

ALEXANDRE
DE MORAES

DIREITO CONSTITUCIONAL

Atualizado até a
EC 128, de 22.12.2022

39ª edição revista, atualizada e ampliada

gen | atlas

- O autor deste livro e a editora empenharam seus melhores esforços para assegurar que as informações e os procedimentos apresentados no texto estejam em acordo com os padrões aceitos à época da publicação, e todos os dados foram atualizados pelo autor até a data de fechamento do livro. Entretanto, tendo em conta a evolução das ciências, as atualizações legislativas, as mudanças regulamentares governamentais e o constante fluxo de novas informações sobre os temas que constam do livro, recomendamos enfaticamente que os leitores consultem sempre outras fontes fidedignas, de modo a se certificarem de que as informações contidas no texto estão corretas e de que não houve alterações nas recomendações ou na legislação regulamentadora.

- Fechamento desta edição: *02.02.2023*

- O Autor e a editora se empenharam para citar adequadamente e dar o devido crédito a todos os detentores de direitos autorais de qualquer material utilizado neste livro, dispondo-se a possíveis acertos posteriores caso, inadvertida e involuntariamente, a identificação de algum deles tenha sido omitida.

- **Atendimento ao cliente: (11) 5080-0751 | faleconosco@grupogen.com.br**

- Direitos exclusivos para a língua portuguesa
Copyright © 2023 *by*
Editora Atlas Ltda.
Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional
Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar
Rio de Janeiro – RJ – 20040-040
www.grupogen.com.br

■ Reservados todos os direitos. É proibida a duplicação ou reprodução deste volume, no todo ou em parte, em quaisquer formas ou por quaisquer meios (eletrônico, mecânico, gravação, fotocópia, distribuição pela Internet ou outros), sem permissão, por escrito, da Editora Forense Ltda.

■ Capa: Aurélio Corrêa

■ **CIP – BRASIL. CATALOGAÇÃO NA FONTE.**
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.

M818d
Moraes, Alexandre de

Direito constitucional / Alexandre de Moraes. – 39. ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2023.

Inclui bibliografia e índice
“Atualizado até a EC 115, de 10.02.2022”
ISBN 978-65-5977-494-4

1. Direito constitucional – Brasil. I. Título.

23-82205	CDU: 342(81)	

Meri Gleice Rodrigues de Souza – Bibliotecária – CRB-7/6439

abdr
Respeite o direito autoral



Sumário

1 DIREITO CONSTITUCIONAL

1 Constitucionalismo

1.1 Estado Constitucional: Estado de Direito e Estado Democrático

2 Conceito de Constituição

3 Classificação das constituições

3.1 Quadro geral

3.2 Quanto ao conteúdo: constituições materiais, ou substanciais, e formais

3.3 Quanto à forma: constituições escritas e não escritas

3.4 Quanto ao modo de elaboração: constituições dogmáticas e históricas

3.5 Quanto à origem: constituições promulgadas (democráticas, populares) e outorgadas

3.6 Quanto à estabilidade: constituições imutáveis, rígidas, flexíveis e semirrígidas

3.7 Quanto à sua extensão e finalidade: constituições analíticas (dirigentes) e sintéticas (negativas, garantias)

3.8 Constituição Federal de 1988

3.9 Outras classificações

4 Aplicabilidade das normas constitucionais

4.1 Normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada

4.2 Normas constitucionais com eficácia absoluta, plena, relativa restringível e relativa complementável ou dependentes de complementação

4.3 Normas programáticas

5 Interpretação das normas constitucionais

5.1 Interpretação conforme a Constituição – Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto – A interpretação constitucional e o ativismo judicial (Neoconstitucionalismo e Positivismo)

6 Preâmbulo constitucional

7 Fundamentos da República Federativa do Brasil

8 Objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil

9 Princípios de regência das relações internacionais da República Federativa do Brasil

9.1 Asilo político

2 PODER CONSTITUINTE

1 Conceito e finalidade

2 Titularidade do Poder Constituinte

3 Espécies de Poder Constituinte

4 Poder Constituinte originário

4.1 Conceito

4.2 Formas de expressão do Poder Constituinte originário

4.3 Características do Poder Constituinte originário

5 Poder Constituinte derivado

5.1 Conceito e características

5.2 Espécies de Poder Constituinte derivado

3 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

1 Origem, desenvolvimento e finalidade. Direitos fundamentais como direitos de defesa

1.1 Classificação dos direitos fundamentais

2 Natureza jurídica e eficácia das normas que disciplinam os direitos e garantias fundamentais

2.1 Relatividade e conflito entre direitos e garantias individuais e coletivos

3 Direitos e garantias individuais

3.1 Diferenciação entre direitos e garantias individuais

3.2 Direitos fundamentais e garantias institucionais

3.3 Direitos fundamentais – classificação

4 Destinatários da proteção – titulares dos direitos e garantias

5 Direito à vida

6 Princípio da igualdade

6.1 Princípio da igualdade e limitação de idade em concurso público

6.2 Tratamento isonômico entre homens e mulheres (art. 5º, I)

6.2.1 Critérios de admissão para concurso público

6.2.2 Critérios para admissão de emprego

6.3 Princípio da igualdade em relação homoafetiva e entidade familiar

6.4 Princípio da igualdade e ações afirmativas

6.4.1 Princípio da igualdade e financiamento isonômico às candidaturas de pessoas negras

como instrumento de efetividade da plena cidadania e combate à discriminação
6.5 Princípio da igualdade e combate ao racismo
7 Princípio da legalidade
7.1 Princípios da legalidade e da reserva legal
8 Tratamento constitucional da tortura (art. 5º, III e XLIII)
9 Liberdade de expressão. Binômio constitucional: liberdade e responsabilidade
9.1 Liberdade de pensamento, direito de resposta e responsabilidade por dano material, moral ou à imagem (art. 5º, IV e V)
10 Liberdade de consciência, crença religiosa, convicção filosófica ou política e escusa de consciência (art. 5º, VI e VIII)
10.1 Liberdade religiosa e Estado laico ou leigo
10.2 Escusa de consciência e serviço militar obrigatório
10.3 Limitações ao livre exercício da crença e do culto religioso
10.4 Religião e cultura
10.5 Assistência religiosa
10.6 Ensino religioso de matrícula facultativa
11 Indenização por dano material, moral ou à imagem
11.1 Direito de resposta ou de réplica
12 Expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, IX)
13 Inviolabilidade à intimidade, vida privada, honra e imagem
14 Inviolabilidade domiciliar (art. 5º, XI)
14.1 Questão do dia e da noite

14.2 Violação de domicílio por decisão administrativa ou parlamentar. Impossibilidade – cláusula de reserva jurisdicional
14.3 Inviolabilidade domiciliar e fisco
15 Sigilo de correspondência e de comunicação (art. 5º, XII)
15.1 Possibilidade de interceptação telefônica
15.2 Lei nº 9.296, de 24-7-1996 – Interceptações telefônicas
15.3 Gravação clandestina
15.4 Excepcionalidade na utilização dos dados obtidos mediante interceptação telefônica fora das hipóteses restritas de sua decretação: limitação subjetiva (descoberta de novos partícipes), limitações objetivas ("crime-achado" e investigações diversas) e prova emprestada
16 Inviolabilidade de dados (art. 5º, X e XII): sigilos bancário e fiscal
16.1 Inviolabilidade constitucional da privacidade e do sigilo de dados
16.2 Características básicas das garantias dos sigilos bancário e fiscal
16.3 Possibilidade de quebra do sigilo por parte do Ministério Público
16.4 Supremo Tribunal Federal: sigilo/Ministério Público
16.5 Inviolabilidade à intimidade e sigilo de dados como cláusulas pétreas da Constituição Federal
16.6 Comissão Parlamentar de Inquérito e sigilo
17 Direito de reunião (art. 5º, XVI)
17.1 Desnecessidade de autorização da autoridade pública e interferência da polícia

17.2 Tutela do direito de reunião

18 Direito de associação (art. 5º, XVII, XVIII, XIX, XX e XXI)

18.1 Finalidade lícita

18.2 Caráter paramilitar

18.3 Vedação de interferência estatal

18.4 Conteúdo do direito de associação

18.5 Dissolução das associações

18.6 Representação dos associados

19 Apreciação de lesão ou ameaça de direito pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXV)

19.1 Inexistência da jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado

19.2 Acesso ao Judiciário e à justiça desportiva

19.3 Inexistência da obrigatoriedade de duplo grau de jurisdição

20 Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (art. 5º, XXXVI)

21 Princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII)

21.1 Justiças especializadas e tribunais de exceção

21.2 Tribunais de ética e tribunais de exceção

22 Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII)

22.1 Plenitude de defesa

22.2 Sigilo de votações

22.3 Soberania dos veredictos e possibilidade de apelação

22.4 Competência constitucional do Tribunal do Júri

22.5 Constitucionalidade do recurso de apelação, previsto no art. 593, III, *d*, do Código de Processo Penal, quando a

decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos

23 Extradição (art. 5º, LI e LII)

- 23.1 Hipóteses constitucionais para a extradição
- 23.2 Requisitos infraconstitucionais para a extradição (Lei de Migração – Lei nº 13.445/2017)
- 23.3 Procedimento e decisão
- 23.4 Prisão cautelar por extradição
- 23.5 Atuação do Judiciário na extradição
- 23.6 Extradição, princípio da especialidade e pedido de extensão (extradição supletiva)
- 23.7 Extradição e expulsão
- 23.8 Possibilidade de extradição ou expulsão de pessoa casada com brasileiros ou com filhos brasileiros
- 23.9 Extradição e deportação
- 23.9-A Extradição e entrega (*surrender*)
- 23.10 Expulsão e deportação de brasileiros
- 23.11 Necessidade de comutação da pena de prisão perpétua em pena privativa de liberdade com prazo máximo

24 Devido processo legal, contraditório, ampla defesa e celeridade processual (art. 5º, LIV, LV e LXXVIII, e Lei nº 11.419/2006)

- 24.1 Inquérito policial e contraditório
- 24.2 Celeridade processual e informatização do processo judicial (Lei nº 11.419/2006)
- 24.3 Enunciação constitucional dos direitos dos presos
- 24.4 Ampla defesa, direito ao silêncio e o privilégio à não autoincriminação

25 Provas ilícitas (art. 5º, LVI)

- 25.1 Provas derivadas das provas ilícitas

25.2 Convalidação de provas obtidas por meios ilícitos com a finalidade de defesa das liberdades públicas fundamentais (legítima defesa)
25.3 Princípios da publicidade e moralidade administrativa e provas ilícitas
26 Princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII)
26.1 Execução da pena após decisão de 2ª instância
27 Ação penal privada subsidiária (art. 5º, LIX)
28 Prisão civil
29 Rol exemplificativo
30 Direitos fundamentais, tratados internacionais e novos instrumentos de efetivação dos direitos humanos fundamentais
31 Conflito entre as fontes dos direitos humanos fundamentais

4 TUTELA CONSTITUCIONAL DAS LIBERDADES
1 *Habeas corpus*
1.1 Origem
1.2 Conceito e finalidade
1.3 Natureza jurídica
1.4 Garantia constitucional da liberdade de locomoção
1.5 Legitimidade ativa
1.6 Legitimidade passiva
1.7 Hipóteses e espécies
1.7.1 *Habeas corpus* preventivo (salvo-conduto)
1.7.2 *Habeas corpus* liberatório ou repressivo
1.7.3 Liminar em *habeas corpus*
1.8 Possibilidade de supressão
1.9 *Habeas corpus* e assistente

1.10 Excesso de prazo
1.11 *Habeas corpus* impetrado contra coação ilegal atribuída à Turma do Supremo Tribunal Federal
1.12 *Habeas corpus* contra ato único ou colegiado de tribunais regionais federais ou estaduais
1.13 *Habeas corpus* contra ato ilegal imputado a promotor de justiça
1.14 *Habeas corpus* contra ato da Turma Recursal nos Juizados Especiais Criminais
1.15 *Habeas corpus* contra ato do juiz especial nos Juizados Especiais Criminais
1.16 *Habeas corpus* e recursos ordinários – concomitância
1.17 *Habeas corpus* – substituição de recurso ordinário constitucional prevista para denegação da ordem – viabilidade
1.18 *Habeas corpus* e punições disciplinares militares
1.19 Empate no *habeas corpus*
1.20 Tutela da liberdade de locomoção – *habeas corpus* – recurso ordinário constitucional STJ

2 *Habeas data*
2.1 Conceito
2.2 Natureza jurídica
2.3 Finalidade
2.4 Cabimento
2.5 Legitimação ativa
2.6 Legitimação passiva
2.7 Procedimento (Lei nº 9.507/97)
2.8 Direito ao conhecimento e à retificação
2.9 Competência

2.10 *Habeas data* e dados sigilosos

3 Mandado de segurança

3.1 Conceito e finalidade

3.2 Espécies

3.3 Natureza jurídica

3.4 Cabimento do mandado de segurança

3.5 Conceito de direito líquido e certo

3.6 Legitimação ativa – impetrante

3.7 Legitimação passiva – impetrado

3.8 Prazo para impetração do mandado de segurança

3.9 Competência

3.10 Competência do mandado de segurança contra atos e omissões de tribunais

3.11 Mandado de segurança individual e coletivo e liminares

3.12 Tutela dos direitos líquidos e certos – mandado de segurança – recurso ordinário constitucional STJ

4 Mandado de segurança coletivo

4.1 Conceito

4.2 Finalidade

4.3 Objeto

4.4 Legitimação ativa e passiva

4.5 Beneficiários

4.6 Mandado de segurança coletivo e individual

5 Mandado de injunção (Lei nº 13.300/2016)

5.1 Histórico

5.2 Conceito

5.3 Objeto do mandado de injunção

5.4 Requisitos

5.5 Legitimidade ativa
5.6 Legitimidade passiva
5.7 Procedimento
5.8 Competência
5.9 Decisão e efeitos do mandado de injunção
6 Direito de certidão
7 Direito de petição
7.1 Histórico e conceito
7.2 Natureza
7.3 Legitimidade ativa e passiva
7.4 Finalidade
8 Ação popular
8.1 Conceito
8.2 Finalidade
8.3 Requisitos
8.4 Objeto
8.5 Legitimação ativa
8.6 Legitimação passiva
8.7 Natureza da decisão
8.8 Competência
8.9 Sentença e coisa julgada
9 Texto integral dos direitos e garantias individuais da Constituição Federal de 1988

5 DIREITOS SOCIAIS
1 Conceito e abrangência
2 Direito à segurança no emprego
3 Rol dos direitos sociais

3.1 Proteção à maternidade. Direito à segurança no emprego e proteção contra trabalho insalubre

4 Liberdade de associação profissional ou sindical

4.1 Conceituação

4.2 Classificação dos direitos sindicais

4.3 Contribuições confederativa e sindical – diferenças e exigibilidade

5 Direito de greve

6 DIREITO DE NACIONALIDADE

1 Conceito

2 Definições relacionadas à matéria

3 Espécies de nacionalidade

4 Brasileiros natos

4.1 Critérios de atribuição de nacionalidade originária

5 Hipóteses de aquisição originária

5.1 Os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país

5.2 Os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil

5.3 Nacionalidade potestativa: os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade (EC nº 54/07), pela nacionalidade brasileira

5.4 Opção

5.5 Os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente (*ius sanguinis* + registro – EC nº 54/07)

6 Brasileiro naturalizado

6.1 Espécies de naturalização

6.1.1 Naturalização tácita ou grande naturalização

6.1.2 Naturalização expressa

6.2 Radicação precoce e curso superior

7 Tratamento diferenciado entre brasileiro nato e naturalizado

7.1 Brasileiro nato e naturalizado – diferenças

7.2 Cargos

7.3 Função

7.4 Extradição

7.5 Direito de propriedade/manifestação de pensamento/informação

8 Perda do direito de nacionalidade

8.1 Ação de cancelamento de naturalização

8.2 Naturalização voluntária

8.2.1 Regra constitucional

8.2.2 Exceções constitucionais

7 DIREITOS POLÍTICOS

1 Conceito

2 Direitos políticos

3 Núcleo dos direitos políticos – direito de sufrágio

3.1 Conceituação

3.2 Classificação

4 Capacidade eleitoral ativa
5 Direito de voto
5.1 Natureza do voto
5.2 Caracteres do voto
6 Plebiscito e referendo: exercício do direito de voto
7 Elegibilidade
7.1 Conceito
7.2 Condições
8 Direitos políticos negativos
8.1 Conceito
8.2 Inelegibilidades
8.3 Quadro de inelegibilidades
8.4 Inelegibilidade absoluta
8.5 Inelegibilidade relativa
8.5.1 Por motivos funcionais
8.5.2 Por motivos de casamento, parentesco ou afinidade
8.5.2.1 Inelegibilidade reflexa e renúncia do detentor de mandato executivo
8.5.3 Militar
8.5.4 Previsões de ordem legal
9 Privação dos direitos políticos
9.1 Perda
9.1.1 Cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional (CF, art. 12, § 4º)
9.1.2 Escusa de consciência
9.1.3 Outros casos de perda

9.2 Suspensão

9.2.1 Incapacidade civil absoluta

9.2.2 Condenação criminal com trânsito em julgado enquanto durarem seus efeitos

9.2.3 Improbidade administrativa

10 Partidos políticos

10.1 Princípio da anualidade eleitoral e fim da verticalização

11 Língua e símbolos oficiais

8 ORGANIZAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA

1 Regras de organização

1.1 Adoção da federação

1.2 Princípio da indissolubilidade do vínculo federativo

1.3 Capital Federal

1.4 União

1.5 Estados-membros

1.5.1 Autonomia estadual

1.5.2 Regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões

1.6 Municípios

1.6.1 Lei orgânica municipal

1.6.2 Prefeito municipal – responsabilidade criminal e política

1.6.3 Vereadores – imunidade material

1.7 Distrito Federal

1.8 Territórios

1.9 Formação dos Estados

1.9.1 Fusão (incorporação entre si)

1.9.2 Subdivisão

1.9.3 Desmembramento
1.10 Formação de municípios
1.11 Vedações constitucionais de natureza federativa
2 Repartição de competências
2.1 Conceito
2.2 Princípio básico para a distribuição de competências – predominância do interesse
2.3 Repartição em matéria administrativa
2.3.1 Quadro geral
2.3.2 Competências administrativas da União
2.3.3 Competências administrativas dos Estados-membros
2.3.4 Competências administrativas dos municípios
2.3.5 Competências administrativas do Distrito Federal
2.3.6 Competência administrativa comum
2.4 Repartição em matéria legislativa
2.4.1 Quadro geral de repartição de competência legislativa
3 Intervenção
3.1 Parte geral
3.2 Intervenção federal
3.2.1 Quadro geral
3.2.2 Hipóteses
3.2.3 Procedimento de intervenção federal
3.3 Intervenção estadual nos municípios

9 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
1 Conceito

2 Princípios constitucionais da administração pública
2.1 Princípio da legalidade
2.2 Princípio da impessoalidade
2.3 Princípio da moralidade
2.4 Princípio da publicidade
2.5 Princípio da eficiência
2.5.1 Introdução
2.5.2 Princípio da eficiência e direito comparado
2.5.3 Conceito
2.5.4 Características do princípio da eficiência
2.5.5 Aplicabilidade e fiscalização
3 Preceitos de observância obrigatória à administração pública da União, Estados, Distrito Federal e Municípios
3.1 Fixação do teto salarial do funcionalismo
3.2 Aplicação do teto remuneratório constitucional e do subsídio mensal dos membros e servidores do Poder Judiciário
4 Concurso público
5 Direitos sociais dos servidores públicos civis (livre associação sindical e greve)
6 Servidor público e data-base – princípio da periodicidade
7 Cumulação de vencimentos no setor público
8 Licitação: interpretação de acordo com a finalidade constitucional
8.1 Da necessidade da licitação
8.2 Das hipóteses excepcionais de ausência de licitação
8.3 Da dispensa da licitação
8.4 Da inexigibilidade da licitação
8.5 Conclusão

9 Publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos

10 Improbidade administrativa

10.1 Alterações importantes no combate à improbidade administrativa trazidas pela Lei 14.230/2021

11 Ação civil pública por ato de improbidade

12 Responsabilidade civil objetiva do Poder Público

12.1 Responsabilidade civil do Poder Público por danos causados a alunos no recinto de estabelecimento oficial de ensino e em relação aos profissionais de imprensa

13 Servidor público e mandato eletivo

14 Sistema remuneratório do servidor público

15 Regra geral de aposentadoria do servidor público civil

15.1 Regra geral temporária de aposentadoria do servidor público civil da União (“ingresso pós-EC 103/19”)

15.2 Primeira regra de transição para a aposentadoria de servidor público federal que tenha ingressado no serviço público até a entrada em vigor da EC nº 103/19

15.3 Segunda regra de transição para aposentadoria de servidor público federal que tenha ingressado no serviço público até a entrada em vigor da EC nº 103/19

15.4 Aposentadoria especial para os titulares do cargo de professor

15.5 Aposentadoria especial para os titulares de cargos ligados à segurança pública e à atividade socioeducativa

15.6 Pensão por morte de servidor público

15.7 Regime de previdência complementar no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios

15.8 Servidores públicos e contribuição previdenciária
15.9 Previdência Social, Emenda Constitucional nº 103/19 e o respeito aos direitos adquiridos
16 Estabilidade do servidor público civil
17 Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios
18 Militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios e cargo público civil
18.1 Cargo público civil permanente
18.2 Cargo, emprego ou função pública temporária
19 Militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios e Direitos Sociais
20 Emendas Constitucionais nºs 19/98, 41/03 e 47/05, teto salarial e respeito aos direitos adquiridos

10 ORGANIZAÇÃO DOS PODERES E DO MINISTÉRIO PÚBLICO
1 Separação das funções estatais – limitação do poder e garantia dos direitos fundamentais
1.1 Introdução
1.2 Funções estatais, imunidades e garantias em face do princípio da igualdade
1.3 Funções estatais: Poder Legislativo, Poder Executivo, Poder Judiciário e Ministério Público
1.4 Conclusão inicial
2 Poder Legislativo
2.1 Funções
2.2 Congresso Nacional
2.3 Câmara dos Deputados
2.3.1 Suplência e permanência no partido
2.4 Senado Federal

2.4.1 Suplência e permanência no partido

2.5 Função típica – fiscalização. Comissões Parlamentares de Inquérito

2.5.1 Limitações constitucionais às Comissões Parlamentares de Inquérito

2.6 Tribunal de Contas

2.6.1 Conceito, funções e finalidades

2.6.2 Tribunal de Contas – escolha pelo Presidente da República (1/3)

2.6.3 Tribunais de Contas estaduais, distrital e municipais

2.6.4 Tribunal de Contas e rejeição de contas do Chefe do Poder Executivo

2.7 Estatuto dos congressistas

2.7.1 Introdução

2.7.2 Finalidade democrática

2.7.3 Histórico

2.7.4 Conceito de imunidades

2.7.5 Imunidades materiais

2.7.6 Imunidade formal – definição histórica

2.7.7 Imunidade formal em relação à prisão e à imposição das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal

2.7.8 Imunidade formal em relação ao processo nos crimes praticados após a diplomação

2.7.9 Prerrogativa de foro em razão da função

2.7.10 Vencimentos dos parlamentares

2.7.11 Deputados Federais/Senadores da República e Forças Armadas

2.7.12 Parlamentar e obrigação de testemunhar
2.7.13 Irrenunciabilidade das imunidades
2.7.14 Imunidades e parlamentar licenciado para exercício de cargo executivo (Ministro de Estado, Secretário de Estado)
2.7.15 Incompatibilidades
2.7.16 Perda do mandato
2.7.17 Conclusão

3 Poder Executivo
3.1 Estrutura do Poder Executivo
3.1.1 Chefe de Estado e Chefe de Governo
3.1.2 Modo de investidura e posse no cargo de Presidente da República
3.1.3 Vacância da Presidência da República
3.1.4 Atribuições do Presidente da República
3.1.4.1 Presidente da República e atos de clemência constitucional (graça, indulto e comutação de pena)
3.1.5 Vice-Presidente da República
3.1.6 Órgãos auxiliares do Presidente da República. Ministros. Conselho da República e Conselho de Defesa Nacional
3.2 Responsabilidade do Presidente da República: prerrogativas e imunidades do Presidente da República
3.2.1 Crimes de responsabilidade
3.2.2 Crimes comuns

4 Poder Judiciário
4.1 Conceito
4.2 Quadro de organização estrutural

4.3 Funções típicas e atípicas

4.4 Garantias do Poder Judiciário

- 4.4.1 Garantias institucionais
- 4.4.2 Garantias aos membros
- 4.4.3 Independência do Poder Judiciário e controle externo
- 4.4.4 Supremo Tribunal Federal e controle externo do Poder Judiciário
- 4.4.5 Conselho Nacional de Justiça

4.5 Organização do Poder Judiciário

- 4.5.1 Fixação de subsídios do Poder Judiciário
- 4.5.2 Requisitos para ingresso na carreira da magistratura
- 4.5.3 Aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2º grau
- 4.5.4 Órgão especial dos tribunais – competências e critérios para a composição e eleição
- 4.5.5 Vedação constitucional às férias coletivas nos juízos e Tribunais de 2º grau e regulamentação do expediente forense no período natalino e na prestação jurisdicional ininterrupta, por meio de plantão permanente

4.6 Escolha dos membros dos Tribunais Superiores

- 4.6.1 Supremo Tribunal Federal (art. 101 da CF)
- 4.6.2 Superior Tribunal de Justiça (art. 104 da CF)
- 4.6.3 Tribunal Superior Eleitoral (art. 118 da CF)
- 4.6.4 Tribunal Superior do Trabalho (art. 111-A da CF)
- 4.6.5 Superior Tribunal Militar (art. 123 da CF)

4.7 Distribuição de competências jurisdicionais

4.7.1 Supremo Tribunal Federal

4.7.2 Superior Tribunal de Justiça

4.7.3 Justiça do Trabalho

4.7.4 Justiça Eleitoral

4.7.5 Justiça Militar

4.7.6 Justiça Federal

4.7.7 Justiça Estadual

4.7.8 Composição dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais do Trabalho, dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios: regra do "quinto constitucional"

4.8 Quadro de competência para julgamento de autoridades da República (os artigos referem-se à Constituição Federal)

4.9 Recurso extraordinário e repercussão geral das questões constitucionais (Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006) do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 2015 e Lei nº 13.256, de 2016)

4.9.1 Recurso extraordinário

4.9.2 Requisitos constitucionais para o recurso extraordinário

4.9.3 Emenda Constitucional nº 45/04 e repercussão geral

4.9.4 Recurso extraordinário e repercussão geral (Lei nº 11.418/2006)

4.9.5 Repercussão geral e Regimento do STF

4.9.6 Repercussão geral e multiplicidade de recursos extraordinários

5 Ministério Público

5.1 Histórico

5.2 Origem e desenvolvimento no Brasil

5.3 Posicionamento constitucional

5.4 Conceito

5.5 Princípios do Ministério Público

5.5.1 Unidade

5.5.2 Indivisibilidade

5.5.3 Princípio da independência ou autonomia funcional

5.5.4 Princípio do promotor natural

5.6 Funções

5.7 Ministério Público e poder de investigação

5.8 Ministério Público e legitimidade para defesa do patrimônio público e zelo dos direitos constitucionais do cidadão

5.9 Garantias do Ministério Público

5.9.1 Garantias da instituição

5.9.2 Garantias dos membros

5.10 Vedação ao exercício da política partidária

5.11 Vedação ao exercício de qualquer outra função pública, salvo uma de magistério

5.12 Da impossibilidade de supressão ou alteração das funções, garantias e prerrogativas constitucionais do Ministério Público

5.13 EC nº 45/04 e Conselho Nacional do Ministério Público

5.14 Ministério Público junto aos Tribunais de Contas

6 Advocacia Pública
7 Advocacia
7.1 Indispensabilidade do advogado
7.2 Imunidade do advogado
8 Defensoria Pública

11 PROCESSO LEGISLATIVO
1 Conceito
2 Noções gerais
2.1 Conceitos iniciais
2.2 Processos legislativos
2.2.1 Classificação em relação às formas de organização política
2.2.2 Classificação em relação à sequência das fases procedimentais
3 Processo legislativo ordinário
3.1 Fase introdutória
3.1.1 Iniciativa de lei do Poder Judiciário
3.1.2 Iniciativa privativa do Presidente da República – art. 61
3.1.3 Emenda que aumenta a despesa em projeto de iniciativa exclusiva do chefe do Poder Executivo ou que desnature o projeto original
3.1.4 Vício de iniciativa e sanção
3.1.5 Iniciativa de lei do Ministério Público
3.1.6 Iniciativa popular de lei
3.1.7 Iniciativa de lei para fixação de subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (teto salarial)

3.2 Fase constitutiva
3.2.1 Deliberação parlamentar
3.2.2 Deliberação executiva
3.3 Fase complementar
3.3.1 Promulgação
3.3.2 Publicação
4 Espécies normativas
4.1 Emendas constitucionais
4.1.1 Quadro geral sobre limitações ao poder reformador
4.1.2 Limitações expressas
4.1.3 Limitações implícitas
4.2 Lei complementar
4.2.1 Lei complementar e lei ordinária – diferenças
4.2.2 Processo legislativo especial da lei complementar
4.2.3 Hierarquia – lei complementar e lei ordinária
4.3 Medidas provisórias
4.3.1 Procedimento da medida provisória – aprovação integral
4.3.2 Aprovação da medida provisória pelo Congresso Nacional com alterações
4.3.3 Rejeição expressa da medida provisória pelo Congresso Nacional
4.3.4 Rejeição tácita da medida provisória não deliberada no prazo de 60 dias pelo Congresso Nacional
4.3.5 Impossibilidade de o Presidente da República retirar da apreciação do Congresso Nacional

medida provisória já editada
4.3.6 Medida provisória e lei anterior que trate do mesmo assunto
4.3.7 Efeitos e disciplina no caso de rejeição da medida provisória
4.3.8 Medidas provisórias e controle de constitucionalidade
4.3.9 Estados-membros e municípios – possibilidade de edição de medidas provisórias
4.3.10 Medida provisória e decreto-lei
4.3.11 Limites materiais à edição de medidas provisórias
4.4 Lei delegada
4.4.1 Natureza jurídica
4.4.2 Processo legislativo especial da lei delegada
4.4.3 O poder do Congresso Nacional de sustar a lei delegada
4.5 Decreto legislativo
4.5.1 Conceito
4.5.2 Processo legislativo especial previsto para a elaboração do decreto legislativo
4.5.3 Tratados e atos internacionais e incorporação com *status* ordinário ou constitucional (direitos humanos)
4.6 Resolução
4.6.1 Conceito
4.6.2 Espécies

4.6.3 Processo legislativo especial para a elaboração das resoluções

4.7 Leis orçamentárias

4.7.1 Processo legislativo especial para as leis relativas ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais

4.7.2 Possibilidade de apresentação de emendas aos projetos de leis orçamentárias

4.7.3 Rejeição do projeto de lei de diretrizes orçamentárias e do projeto de lei orçamentária

12 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1 Ideia central

2 Conceito

3 Pressupostos ou requisitos de constitucionalidade das espécies normativas

3.1 Requisitos formais

3.1.1 Subjetivos

3.1.2 Objetivos

3.2 Requisitos substanciais ou materiais

4 O descumprimento da lei ou do ato normativo inconstitucional pelo Poder Executivo

5 Espécies de controle de constitucionalidade

5.1 Em relação ao momento de realização

5.2 Controle repressivo em relação ao órgão controlador

5.2.1 Político

5.2.2 Judiciário ou jurídico

5.2.3 Misto
5.3 Modelos clássicos de controle de constitucionalidade
5.4 Controle de constitucionalidade no Brasil
6 Controle preventivo
6.1 Comissões de constituição e justiça
6.2 Veto jurídico
7 Controle repressivo de constitucionalidade
8 Controle repressivo realizado pelo Poder Legislativo
8.1 Art. 49, V, da Constituição Federal
8.2 Art. 62 da Constituição Federal
9 Controle repressivo realizado pelo Poder Judiciário
9.1 Difuso ou aberto
9.1.1 Questão do art. 97 – cláusula de reserva de plenário
9.1.2 Controle difuso e Senado Federal (art. 52, X, CF)
9.1.3 Efeitos da declaração de inconstitucionalidade – controle difuso
9.1.4 Controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública
9.1.5 Controle difuso de constitucionalidade durante o processo legislativo
9.1.6 Supremo Tribunal Federal e controle difuso de constitucionalidade durante o processo legislativo
9.1.7 Controle difuso no recurso extraordinário e repercussão geral das questões constitucionais
9.2 Controle concentrado ou via de ação direta

10 Ação direta de inconstitucionalidade genérica

10.1 Competência

10.2 Objeto

10.2.1 Conceito de leis e atos normativos

10.2.2 Impossibilidade do controle de constitucionalidade das normas originárias

10.2.3 Controle concentrado de lei ou ato normativo municipal ou estadual em face das Constituições Estaduais

10.2.4 Controle concentrado de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal

10.2.5 Controle concentrado de lei ou ato normativo distrital em face da Constituição Federal

10.2.6 Controle concentrado de lei ou ato normativo anterior à Constituição Federal

10.2.7 Controle concentrado e respeito à legalidade

10.2.8 Tratados internacionais e controle de constitucionalidade

10.2.9 Controle de constitucionalidade e decretos

10.3 Legitimação

10.3.1 ADIn e pertinência temática

10.3.2 ADIn e entidades de classe ou confederações sindicais

10.3.3 Partidos políticos com representação no Congresso Nacional

10.3.4 Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal

10.4 Finalidade da ação direta de inconstitucionalidade

10.5 Pedido de cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade
10.6 Ação direta de inconstitucionalidade e prazo decadencial
10.7 Advogado-Geral da União
10.8 Procedimento e decisão
10.8-A Amicus curiae e democratização do controle concentrado de constitucionalidade
10.8-B Julgamento e decisão
10.9 Efeitos da declaração de inconstitucionalidade – controle concentrado
10.9-A Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade
10.9-B Efeitos repristinatórios
10.9-B.1 Interpretação conforme a Constituição
10.9-B.2 Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto
10.9-B.3 A interpretação constitucional e o ativismo judicial
10.9-B.4 Reclamações e garantia da eficácia das decisões do STF em sede de ação direta de inconstitucionalidade
11 Ação direta de inconstitucionalidade interventiva
12 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO)
12.1 Finalidade
12.2 Objeto
12.3 Inconstitucionalidade por omissão
12.3.1 Legitimidade e procedimento
12.4 Decisão do Supremo Tribunal Federal

12.5 ADI por omissão (ADO) e medida liminar
13 Ação declaratória de constitucionalidade
13.1 Previsão
13.2 Finalidade
13.3 Legitimidade
13.4 Objeto
13.5 Procedimento e julgamento
13.6 Efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal
14 Arguição de descumprimento de preceito fundamental
14.1 Arguição de descumprimento de preceito fundamental preventiva e repressiva
14.2 Arguição de descumprimento de preceito fundamental por equiparação
15 Súmulas vinculantes (Lei nº 11.417/2006)

13 DEFESA DO ESTADO E DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS
1 Estado de defesa e estado de sítio
1.1 Quadro comparativo: Estado de defesa e Estado de sítio
2 Forças Armadas
3 Segurança pública
3.1 Vedação absoluta ao exercício do direito de greve aos servidores públicos integrantes das carreiras de segurança pública
3.2 Segurança pública e combate à criminalidade organizada

14 ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA
1 Dos princípios gerais da atividade econômica
2 Intervenção do Estado no domínio econômico

2.1 Utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais

3 Da política urbana

3.1 Competência para estabelecimento de políticas de desenvolvimento urbano

3.2 Usucapião constitucional de área urbana

4 Da política agrícola e fundiária e da reforma agrária

4.1 Preceitos da política agrícola

4.2 Destinação das terras públicas e devolutas

4.3 Reforma agrária

4.4 Usucapião constitucional de área rural

5 Do sistema financeiro nacional

5.1 Emenda Constitucional nº 40/03

5.2 Regulamentação por leis complementares e revogação da previsão da taxa anual de juros de 12%

15 ORDEM SOCIAL

1 Seguridade social

1.1 Parte geral

1.1.1 Conceito

1.1.2 Objetivos

1.2 Saúde

1.2.1 Conceito

1.2.2 Diretrizes e preceitos constitucionais relacionados à saúde

1.2.3 Atribuições constitucionais do Sistema Único de Saúde

1.2.4 Promoção da saúde pública e combate a endemias

1.2.5 Promoção da saúde pública e combate a pandemias

1.3 Previdência social

1.3.1 Plano de previdência social

1.3.2 Regras sobre aposentadoria

1.3.3 Regra de transição de aposentadoria voluntária ao segurado filiado ao Regime Geral da Previdência após a entrada em vigor da EC nº 103/19 (“filiados pós-EC nº 103/19”)

1.3.4 Primeira regra de transição de aposentadoria voluntária ao segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social até a data da promulgação da EC nº 103/19 (“filiados pré-EC nº 103/19”) – Critérios de tempo de contribuição e somatório da idade e do tempo de contribuição

1.3.5 Segunda regra de transição de aposentadoria voluntária ao segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social até a data da promulgação da EC nº 103/19 (“filiados pré-EC nº 103/19”) – Critérios do tempo de contribuição e idade

1.3.6 Terceira regra de transição de aposentadoria voluntária ao segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social até a data da promulgação da EC nº 103/19 (“filiados pré-EC nº 103/19”) – Critérios do tempo de contribuição existente até a entrada em vigor

da EC nº 103/19, tempo total de contribuição e período adicional (“pedágio”)

1.3.7 Regra de transição de aposentadoria voluntária ao segurado de que trata o inciso I do § 7º do artigo 201 da Constituição Federal (“filiados pré-EC nº 103/19”)

1.3.8 Regra de transição para aposentadoria voluntária para o segurado ou o servidor público federal que tenha se filiado ao Regime Geral de Previdência Social até a data de entrada em vigor da EC nº 103/19

1.3.9 Regime de previdência privada de caráter complementar

1.3.10 Pensão por morte concedida a dependente de segurado

1.4 Assistência social

2 Educação, cultura e desporto

2.1 Educação

2.1.1 Conceito

2.1.2 Princípios constitucionais do ensino

2.1.3 Objetivos constitucionais da educação (art. 214 da CF)

2.1.4 Universidades

2.1.5 Preceitos constitucionais sobre a educação

2.1.6 Organização dos sistemas de ensino

2.1.7 Aplicação obrigatória de recursos à educação

2.2 Cultura

2.3 Desporto

2.3.1 Preceitos constitucionais

2.3.2 Justiça desportiva

3 Ciência, tecnologia e inovação

4 Comunicação social

4.1 Comunicação social e liberdade de informação

4.2 Garantia constitucional do sigilo da fonte

5 Meio ambiente

5.1 Constituição e proteção ao meio ambiente

5.2 Regras constitucionais específicas sobre meio ambiente

6 Família, criança, adolescente, jovem e idoso

6.1 Conceituação

6.2 Regras de regência das relações familiares

6.2.1 Princípio da paternidade responsável e exame do DNA

6.3 Tutela das crianças e dos adolescentes

6.4 Tutela aos idosos

6.4.1 Constituição Federal e Estatuto da Pessoa Idosa

6.4.2 Saúde do idoso e cidadania

6.4.3 Estatuto da Pessoa Idosa e fiscalização às entidades de atendimento aos idosos

6.4.4 Idoso e transporte público

7 Índios

16 SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL

1 Conceito

2 Competências tributárias

3 Espécies de tributos

3.1 Impostos

3.2 Taxas
3.3 Contribuições de melhoria
3.4 Contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas
3.5 Empréstimo compulsório
4 Competência residual tributária
5 Imposto extraordinário
6 Divisão dos tributos em espécie pelos entes federativos
7 Repartição das receitas tributárias pelos entes federativos
8 Regras constitucionais para repartição das receitas tributárias
9 Limitações do poder de tributar
9.1 Princípio da reserva legal tributária ou da legalidade estrita
9.2 Princípio da igualdade tributária
9.3 Princípio da irretroatividade da lei tributária
9.4 Princípio da anterioridade tributária
9.5 Princípio da anterioridade mitigada ou nonagesimal
9.6 Princípio da vedação ao confisco
9.7 Princípio da ilimitabilidade do tráfego de pessoas ou de bens
9.8 Princípio da capacidade contributiva
9.9 Princípio da razoabilidade
9.10 Princípio da uniformidade
10 Imunidades tributárias e limitações do poder de tributar
11 Isenções tributárias

BIBLIOGRAFIA



Direito Constitucional 1

1 CONSTITUCIONALISMO

A origem formal do constitucionalismo está ligada às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 1787, após a Independência das 13 Colônias, e da França, em 1791, a partir da Revolução Francesa, apresentando dois traços marcantes: *organização do Estado* e *limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais*. Como ressaltado por Jorge Miranda, porém, "o Direito Constitucional norte-americano não começa apenas nesse ano. Sem esquecer os textos da época colonial (antes de mais, as *Fundamental orders of Connecticut* de 1639), integram-no, desde logo, no nível de princípios e valores ou de símbolos a Declaração de Independência, a Declaração de Virgínia e outras Declarações de Direitos dos primeiros Estados".[1]

O Direito Constitucional é um ramo do Direito Público, destacado por ser *fundamental* à organização e funcionamento do Estado, à articulação dos elementos primários dele e ao estabelecimento das bases da estrutura política.

Tem, pois, por *objeto* a constituição política do Estado, no sentido amplo de estabelecer sua estrutura, a organização de suas instituições e órgãos, o modo de aquisição e limitação do poder, por meio, inclusive, da previsão de diversos direitos e garantias fundamentais.

Jorge Miranda define o Direito Constitucional como

> "a parcela da ordem jurídica que rege o próprio Estado, enquanto comunidade e enquanto poder. É o conjunto de normas (disposições e princípios) que recordam o contexto jurídico correspondente à comunidade política como um todo e aí situam os indivíduos e os grupos uns em face dos outros e frente ao Estado-poder e que, ao mesmo tempo, definem a titularidade do poder, os modos de formação e manifestação da vontade política, os órgãos de que esta carece e os actos em que se concretiza".[2]

Como produto legislativo máximo do Direito Constitucional encontramos a própria Constituição, elaborada para exercer dupla função: *garantia do existente* e *programa ou linha de direção para o futuro*.[3]

1.1 Estado Constitucional: Estado de Direito e Estado Democrático

O conceito, a origem e a evolução do Estado podem ser apontados histórica e sistematicamente, abstraindo-se da sua formação. Mas a verdadeira extração científica daquele conceito e a definição do caráter do Estado não podem prescindir dos dados históricos e das investigações técnicas que conseguiram situar o Estado na sistemática jurídica.

A pesquisa histórica aponta que as organizações humanas surgem e se sucedem no sentido de círculos cada vez mais largos e da cada vez maior integração dos grupos sociais, sendo, portanto, o Estado o resultado de lenta e gradual evolução organizacional de poder, que não se confunde com as formas de agrupamentos antigas.

Apesar de importantes semelhanças político-sociais, não se pode considerar os assim denominados Estado escravista, Estado antigo, Estado egípcio, Estado medieval, Estado feudal como verdadeiramente Estados, no

sentido hoje empregado, pois, conforme salienta Pablo Lucas Verdú, “aqueles que agora a sustentam usam o velho procedimento de dar nova roupagem a coisas antigas, tentando aproveitar as vantagens apresentadas pela tradição”.[4]

Essas formas constitucionais históricas, pois, conforme salientado por Sérgio Resende de Barros, foram “necessárias para compor as diversas estruturas feudais em um só mercado nacional sob um só poder político. Aí principiou o monopólio pelo Estado da força institucional, antes dispersa por entre várias entidades legais e clericais, monopólio, inclusive das forças armadas”, uma vez que “o desenvolvimento do mercantilismo integrou a poliarquia feudal nesse monopólio soberano, o que definiu a organização política por essa nova forma: o Estado, que assim nasceu como Estado nacional, Estado-nação, no contexto de uma nova idade histórica, que foi à sua época chamada moderna”.[5]

As lições de Pontes de Miranda apontam o surgimento do Estado, tal qual conhecemos hoje, somente no século XV, em virtude de sua estruturação e define Estado como “o conjunto de todas as relações entre os poderes públicos e os indivíduos, ou daqueles entre si”,[6] pois salienta que “desde que cesse qualquer possibilidade de relações de tal espécie, o Estado desaparece. Desde que surja, o Estado nasce”; enquanto Jorge Miranda aponta o século XVI como o marco inicial do Estado.[7]

O Estado, na tradicional obra de Jellinek, necessita de três elementos fundamentais: poder/soberania, população e território. O Estado, portanto, é forma histórica de organização jurídica limitado a um determinado território e com população definida e dotado de soberania, que em termos gerais e no sentido moderno configura-se em um poder supremo no plano interno e em um poder independente no plano internacional.

São várias as teorias que justificam sua existência, explicando-o pela legitimidade da criação do mais forte (teoria do poder de Hobbes), dos laços jurídico-sociológicos (Pacto social de Rousseau e Kant), da vontade divina

(Santo Agostinho) ou, ainda, da necessidade moral (Platão, Aristóteles, e, mais recentemente, Hegel).

Igualmente, outras tantas teorias pretendem justificar os fins do Estado, apontando-o como necessário à conservação das instituições (Stahl), à realização e aperfeiçoamento moral (Hegel), à realização do direito (Locke, Kant), à criação e asseguração da felicidade (Cristiano Wolff e Bentham) ou, ainda, como aponta a teoria do materialismo histórico estatalista, para a realização da igualdade econômica. Kelsen, dentro do estrito formalismo, justifica o Estado como o "fim em si-mesmo".

As teorias são complementares, pois o Estado sempre almeja fins, ainda que difusos, definíveis e mutáveis e para o pensamento político-constitucional trata-se de uma categoria estruturante.

Nesse contexto histórico, o constitucionalismo escrito surge com o Estado, também com a função de *racionalização* e *humanização,* trazendo consigo a necessidade da proclamação de declarações de direitos.

Surgem as novas declarações de Direitos, com a Declaração de Direitos da Virgínia, de 16 de junho de 1776, a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 4 de julho de 1776, e a Constituição dos Estados Unidos, de 17 de setembro de 1787, com suas dez primeiras emendas aprovadas em 25 de setembro de 1789 e ratificadas em 15 de dezembro de 1791.

O Estado de Direito é consagrado com o constitucionalismo liberal do século XIX, destacando-se a Constituição de Cádis, de 19 de março de 1812, a 1ª Constituição Portuguesa, de 23 de setembro de 1822, a 1ª Constituição Brasileira, de 25 de março de 1824 e a Constituição Belga, de 7 de fevereiro de 1831.

A necessidade de *racionalização* e *humanização* faz com que os textos escritos exijam que todo o âmbito estatal esteja presidido por normas jurídicas, que o poder estatal e a atividade por ele desenvolvida se ajustem

ao que é determinado pelas previsões legais, ou seja, a submissão de todos ao Estado de Direito, como salientado por Maurice Hariou.

Nesse mesmo sentido, Leon Duguit salienta que "a partir do momento em que se compreendeu o significado da expressão Estado de direito, emergiu a vigorosa necessidade de edificar a construção jurídica do Estado".[8]

A Declaração de Direitos da Constituição Francesa de 4 de novembro de 1848, dando sequência a essa série de documentos escritos caracterizadores do constitucionalismo moderno, foi um texto precursor do século XX, pois previa em seu texto que a República Francesa tinha por princípios a liberdade, a igualdade e a fraternidade, tendo por base a família, o trabalho, a propriedade e a ordem pública e estabelecendo competir à República a proteção do cidadão, inclusive no tocante a seu trabalho.

Igualmente, no século XIX, o manifesto comunista de Karl Marx passou a embasar teoricamente o movimento dos trabalhadores, e, juntamente com os reflexos do cartismo na Inglaterra e da Comuna de 1871, na França, passam a minar as até então sólidas bases do Estado Liberal.

A partir da Constituição de Weimar (1919), que serviu de modelo para inúmeras outras constituições do primeiro pós-guerra, e apesar de ser tecnicamente uma constituição consagradora de uma democracia liberal – houve a crescente constitucionalização do Estado Social de Direito, com a consagração em seu texto dos direitos sociais e a previsão de aplicação e realização por parte das instituições encarregadas dessa missão. A constitucionalização do Estado Social consubstanciou-se na importante intenção de converter em direito positivo várias aspirações sociais, elevadas à categoria de princípios constitucionais protegidos pelas garantias do Estado de Direito.

Verifica-se a inclusão de conteúdos predominantemente programáticos nos textos constitucionais, complementando o constitucionalismo nascido

com o Estado Liberal de Direito com normas relativas aos direitos sociais e econômicos, passando a existir expressamente normas programáticas político-sociais, além do tradicional estatuto político, contendo os princípios e normas sobre a ordenação social, os fundamentos das relações entre pessoas e grupos e as formas de participação da comunidade, inclusive no processo produtivo.

O *Estado de Direito*, já com a constitucionalização dos direitos sociais e econômicos, no período anterior à 2ª Grande Guerra foi criticado por autores nacional-socialistas (Reinhard Hohn) e definido como a antítese do Estado bolchevique (Koellreutter), mas também já foi denominado *Estado Ético*, no constitucionalismo italiano, imediatamente ao pós-guerra (1947 – Felice Battaglia).

A evolução do Estado consagrou a necessidade da fórmula *Estado de Direito*, que, conforme salientado por Pablo Lucas Verdú, "ainda exerce particular fascinação sobre os juristas". Essa fórmula aponta a necessidade do Direito ser respeitoso com as liberdades individuais tuteladas pelo Poder Público.

Essa evolução foi acompanhada pela consagração de novas formas de exercício da democracia representativa, em especial, com a tendência de universalização do voto e constante legitimação dos detentores do Poder, fazendo surgir a ideia de Estado Democrático.

Importante, portanto, ressaltar a importância dada por Canotilho ("Qualquer que seja o conceito e a justificação do Estado – e existem vários conceitos e várias justificações – o Estado só se concebe hoje como *Estado constitucional*") ao Estado Constitucional (*Estado com qualidades*), que em seu conceito é "um tecnologia política de equilíbrio político-social através da qual se combateram dois arbítrios ligados a modelos anteriores, a saber: a autocracia absolutista do poder e os privilégios orgânico-corporativo medievais".[9]

O Estado Constitucional configura-se, portanto, como uma das grandes conquistas da humanidade, que, para ser um verdadeiro *Estado de qualidades* no constitucionalismo moderno, deve ser um *Estado democrático de direito*.

Dessa forma, são duas as "grandes qualidades" do Estado Constitucional: *Estado de direito* e *Estado democrático*.

O *Estado de Direito* caracteriza-se por apresentar as seguintes premissas: (1) primazia da lei, (2) sistema hierárquico de normas que preserva a segurança jurídica e que se concretiza na diferente natureza das distintas normas e em seu correspondente âmbito de validade; (3) observância obrigatória da legalidade pela administração pública; (4) separação de poderes como garantia da liberdade ou controle de possíveis abusos; (5) reconhecimento da personalidade jurídica do Estado, que mantém relações jurídicas com os cidadãos; (6) reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais incorporados à ordem constitucional; (7) em alguns casos, a existência de controle de constitucionalidade das leis como garantia ante o despotismo do Legislativo.

Assim, existirá o *Estado de Direito* onde houver a supremacia da legalidade, ou para o direito inglês a *The Rule of Law*, para o direito francês o *État Legal*, para o direito alemão o *Rechtsstaat*, ou ainda, a *always under law* do direito norte-americano.

A interpretação da *The Rule of Law*, apesar de sua evolução e variações históricas, pode ser apontada em suas quatro dimensões: (1) observância do devido processo legal (*Magna Charta de 1215*); (2) predominância das leis e dos costumes do "país" perante a discricionariedade do poder real; (3) sujeição de todos os atos do executivo à soberania do Parlamento; (4) igualdade de acesso aos tribunais para defesa dos direitos consagrados.

L'État legal consagrou-se no constitucionalismo francês com a construção de hierarquia na ordem jurídica, prevendo no vértice da

pirâmide as declarações de direitos e, posteriormente, o texto constitucional.

O *Rechtsstaat,* surgido no início do século XIX na Alemanha, pretendeu substituir a ideia de *Estado de Polícia*, onde tudo é regulamentado e controlado pelo Estado, pela ideia de *Estado de Direito,* no sentido de proteção a ordem e segurança pública, porém com liberdade ao particular nos campos econômicos e sociais, e garantindo-se um amplo modelo protetivo de jurisdição ordinária.

Nos Estados Unidos da América, a consagração do Estado de Direito deu-se com a aplicação prática da ampla *revisão judicial*, no célebre caso *Marbury v. Madison* (1803), quando a Corte Suprema, conduzida pelo Juiz-Presidente Marshal, proclamou a superioridade das normas constitucionais sobre todo o restante do ordenamento jurídico, inclusive sobre os atos do Poder Legislativo, corroborando, dessa forma, as afirmações anteriores de Hamilton, que apontou sobre o tema: "Esta conclusão não supõe de modo algum uma superioridade do poder judiciário sobre o legislativo. Supõe apenas que o poder do povo é superior a ambos, e que, quando a vontade do legislativo, expressa em suas leis, entre em oposição com a do povo, expressa na Constituição, os juízes devem ser governados por esta última e não pelas primeiras. Devem regular suas decisões pelas leis fundamentais, não pelas que não são fundamentais."[10]

Por outro lado, e de maneira complementar, a defesa de um Estado Democrático pretende, precipuamente, afastar a tendência humana ao autoritarismo e à concentração de poder. Como ensina Giuseppe de Vergottini, o estado autoritário, em breve síntese, caracteriza-se pela concentração no exercício do poder, prescindindo do consenso dos governados e repudiando o sistema de organização liberal, principalmente a separação das funções do poder e as garantias individuais.[11]

Maurice Duverger, ao analisar a complexidade da conceituação da Democracia, aponta "a definição mais simples e mais realista de

Democracia: regime em que os governantes são escolhidos pelos governados; por intermédio de eleições honestas e livres".[12]

O Estado Democrático de Direito, caracterizador do *Estado Constitucional,* significa que o Estado se rege por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e às garantias fundamentais que é proclamado, por exemplo, no *caput* do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, que adotou, igualmente, em seu parágrafo único, o denominado princípio democrático ao afirmar que "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição", para mais adiante, em seu art. 14, proclamar que "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; II – referendo; III – iniciativa popular".

Assim, o princípio democrático exprime fundamentalmente a exigência da integral participação de todos e de cada uma das pessoas na vida política do país, a fim de garantir o respeito à soberania popular.[13]

O *Estado Constitucional*, portanto, é mais do que o *Estado de Direito*, é também o *Estado Democrático,* introduzido no constitucionalismo como garantia de legitimação e limitação do poder.

2 CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO

Constituição, *lato sensu*, é o ato de constituir, de estabelecer, de firmar; ou, ainda, o modo pelo qual se constitui uma coisa, um ser vivo, um grupo de pessoas; organização, formação.[14] Juridicamente, porém, *Constituição* deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além disso, é a

Constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas.[15]

Analisando a *área de abrangência* da Constituição, Virgílio de Jesus Miranda Carvalho entende[16]

> "que melhor se definirá a Constituição como *o estatuto jurídico fundamental da comunidade*, isto é, abrangendo, mas não se restringindo estritamente ao *político* e porque suposto este, não obstante a sua hoje reconhecida aptidão potencial para uma *tendencial totalização*, como tendo, apesar de tudo, uma especificidade e conteúdo material próprios, o que não autoriza a que por ele (ou exclusivamente por ele) se defina toda a vida de relação e todas as áreas de convivência humana em sociedade e levará à autonomização do *normativo-jurídico* específico (neste sentido, *total* – e não apenas *tendencialmente* – é o Direito), bem como à distinção, no seio da própria Constituição, entre a sua intenção ideológica-política e a intenção jurídica *stricto sensu.* Com este sentido também poderemos, então, definir a Constituição como *a lei fundamental da sociedade*".

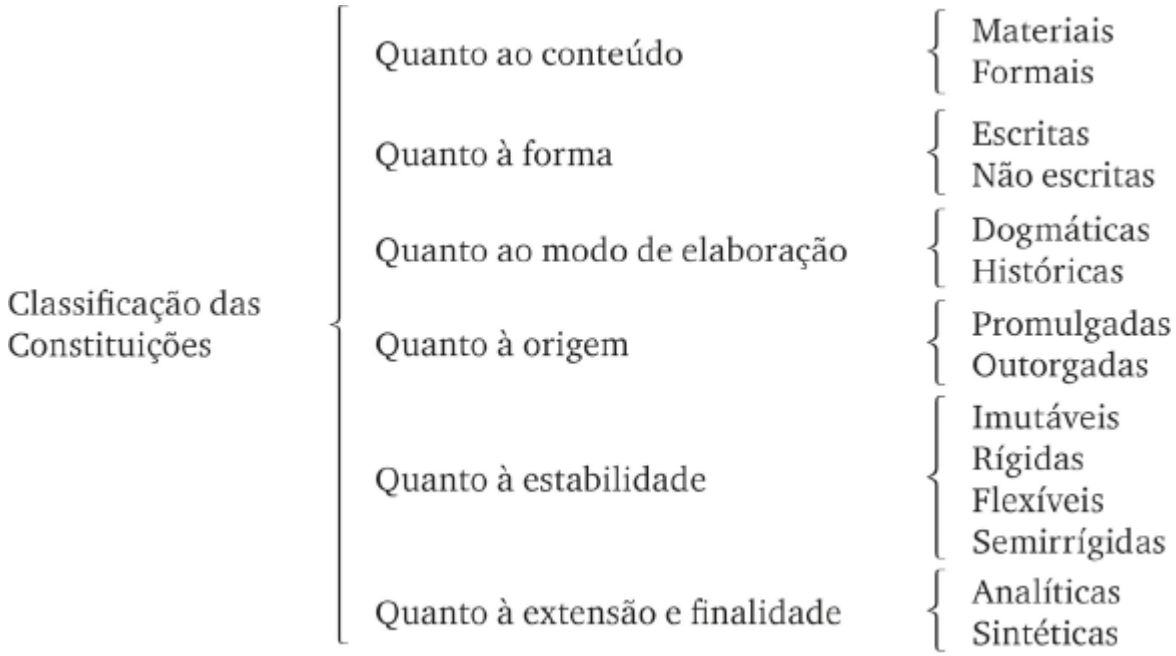
Importante destacar o chamado *conceito ideal de constituição,* imposto a partir do triunfo do movimento constitucional no início do século XIX. Como ensina Canotilho,

> "este conceito ideal identifica-se fundamentalmente com os postulados políticos-liberais, considerando-os como elementos materiais caracterizadores e distintivos os seguintes: (a) a constituição deve consagrar um *sistema de garantias da liberdade* (esta essencialmente concebida no sentido do reconhecimento de direitos individuais e da participação dos cidadãos nos actos do poder legislativo através do parlamento);

(b) a constituição contém o *princípio da divisão de poderes,* no sentido de garantia orgânica contra os abusos dos poderes estatais; (c) a constituição deve ser *escrita* (documento escrito)".[17]

3 CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES

3.1 Quadro geral



3.2 Quanto ao conteúdo: constituições materiais, ou substanciais, e formais

Constituição material consiste no conjunto de regras materialmente constitucionais, estejam ou não codificadas em um único documento; enquanto a *Constituição formal* é aquela consubstanciada de forma escrita, por meio de um documento solene estabelecido pelo poder constituinte originário.

3.3 Quanto à forma: constituições escritas e não escritas

Constituição escrita é o conjunto de regras codificado e sistematizado em um único documento, para fixar-se a organização fundamental. Canotilho denomina-a de *constituição instrumental,* apontando seu efeito racionalizador, estabilizante, de segurança jurídica e de calculabilidade e publicidade.[18]

A Constituição escrita, portanto, é o mais alto estatuto jurídico de determinada comunidade, caracterizando-se por ser a lei fundamental de uma sociedade. A isso corresponde o conceito de *constituição legal,* como resultado da elaboração de uma Carta escrita fundamental, colocada no ápice da pirâmide normativa e dotada de coercibilidade.[19]

Como salienta Canotilho, "A garantia da força normativa da constituição não é tarefa fácil, mas se o direito constitucional é direito positivo, se a *constituição vale como lei,* então as regras e princípios constitucionais devem obter *normatividade* regulando jurídica e efetivamente as relações da vida, dirigindo as condutas e dando segurança a expectativas de comportamento."[20]

Constituição não escrita é o conjunto de regras não aglutinado em um texto solene, mas baseado em leis esparsas, costumes, jurisprudência e convenções (exemplo: Constituição inglesa).

Salienta Jorge Miranda:

> "Diz-se muitas vezes que a Constituição inglesa é uma Constituição não escrita (*unwritten Constitution*). Só em certo sentido este asserto se afigura verdadeiro: no sentido de que uma grande parte das regras sobre organização do poder político é *consuetudinária*; e, sobretudo, no sentido de que a unidade fundamental da Constituição não repousa em nenhum texto ou

documento, mas em princípios não escritos assentes na organização social e política dos Britânicos."[21]

3.4 Quanto ao modo de elaboração: constituições dogmáticas e históricas

Enquanto a *constituição dogmática* se apresenta como produto escrito e sistematizado por um órgão constituinte, a partir de princípios e ideias fundamentais da teoria política e do direito dominante, a *constituição histórica* é fruto da lenta e contínua síntese da História e tradições de um determinado povo (exemplo: Constituição inglesa).

3.5 Quanto à origem: constituições promulgadas (democráticas, populares) e outorgadas

São *promulgadas,* também denominadas *democráticas* ou *populares,* as Constituições que derivam do trabalho de uma Assembleia Nacional Constituinte composta de representantes do povo, eleitos com a finalidade de sua elaboração (exemplo: Constituições brasileiras de 1891, 1934, 1946 e 1988) e constituições *outorgadas* as elaboradas e estabelecidas sem a participação popular, através de imposição do poder da época (exemplo: Constituições brasileiras de 1824, 1937, 1967 e EC nº 01/1969).

Existem, ainda, as chamadas constituições cesaristas, que são aquelas que, não obstante outorgadas, dependem da ratificação popular por meio de referendo.

3.6 Quanto à estabilidade: constituições imutáveis, rígidas, flexíveis e semirrígidas

São *imutáveis* as constituições em que se veda qualquer alteração, constituindo-se relíquias históricas. Em algumas constituições, a imutabilidade poderá ser relativa, quando se preveem as chamadas limitações temporais, ou seja, um prazo em que não se admitirá a atuação do legislador constituinte reformador. Assim, a Constituição de 1824, em seu art. 174, determinava:

> "Se passados quatro annos, depois de jurada a Constituição do Brazil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escripto, a qual deve ter origem na Câmara dos Deputados, e ser apoiada por terça parte delles."

Saliente-se que, apesar dessa previsão, a Constituição de 1824 era semiflexível, como se nota por seu art. 178, que afirmava:

> "É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e attribuições respectivas dos Poderes Politicos, e aos Direitos Politicos, e individuaes dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, póde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinarias."

Rígidas são as constituições escritas que poderão ser alteradas por um processo legislativo mais solene e dificultoso do que o existente para a edição das demais espécies normativas (por exemplo: CF/88 – art. 60); por sua vez, as constituições *flexíveis,* em regra não escritas, excepcionalmente escritas, poderão ser alteradas pelo processo legislativo ordinário.

Como um meio-termo entre as duas anteriores, surge a constituição *semiflexível* ou *semirrígida,* na qual algumas regras poderão ser alteradas pelo processo legislativo ordinário, enquanto outras somente por um processo legislativo especial e mais dificultoso.

Ressalte-se que a Constituição Federal de 1988 pode ser considerada como *super-rígida,* uma vez que em regra poderá ser alterada por um processo legislativo diferenciado, mas, excepcionalmente, em alguns pontos é imutável (CF, art. 60, § 4º – cláusulas pétreas).

3.7 Quanto à sua extensão e finalidade: constituições analíticas (dirigentes) e sintéticas (negativas, garantias)

As constituições *sintéticas* preveem somente os princípios e as normas gerais de regência do Estado, organizando-o e limitando seu poder, por meio da estipulação de direitos e garantias fundamentais (por exemplo: Constituição norte-americana); diferentemente das constituições *analíticas*, que examinam e regulamentam todos os assuntos que entendam relevantes à formação, à destinação e ao funcionamento do Estado (por exemplo: Constituição brasileira de 1988).

Como afirmado por José Afonso da Silva, o Constituinte

> "rejeitou a *constituição sintética*, que é *constituição negativa,* porque construtora apenas de liberdade-negativa ou liberdade-impedimento, oposta à autoridade, modelo de constituição que, às vezes, se chama de *constituição garantia*. (...) Assumiu o novo texto a característica de *constituição-dirigente,* enquanto define fins e programa de ação futura, menos no sentimento socialista do que no de uma orientação social-democrática imperfeita, reconheça-se".[22]

Em obra clássica sobre o assunto, Canotilho aponta a grande problemática em se definirem os limites de uma *constituição-dirigente*, sendo núcleo principal de estudo "o que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o

legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais", implantando os planos traçados pelo legislador constituinte originário, em inter-relação com a realidade social.[23]

3.8 Constituição Federal de 1988

Nossa atual Constituição Federal apresenta a seguinte classificação: formal, escrita, legal, dogmática, promulgada (democrática, popular), rígida, analítica.

3.9 Outras classificações

Doutrinariamente, podemos apontar outras classificações de constituições. Assim, as *constituições dualistas* ou *pactuadas* são aquelas em que se efetiva um compromisso entre o rei e o Poder Legislativo, sujeitando-se o monarca aos esquemas constitucionais, e resultando a constituição de dois princípios: o monárquico e o democrático.

Por sua vez, *constituição nominalista* é aquela cujo texto da Carta Constitucional já contém verdadeiros direcionamentos para os problemas concretos, a serem resolvidos mediante aplicação pura e simples das normas constitucionais. Ao intérprete caberia tão somente interpretá-la de forma gramatical-literal. Por outro lado, *constituição semântica* é aquela cuja interpretação de suas normas depende da averiguação de seu conteúdo significativo, da análise de seu conteúdo sociológico, ideológico, metodológico, possibilitando uma maior aplicabilidade político-normativa-social do texto constitucional.

4 APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

4.1 Normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada

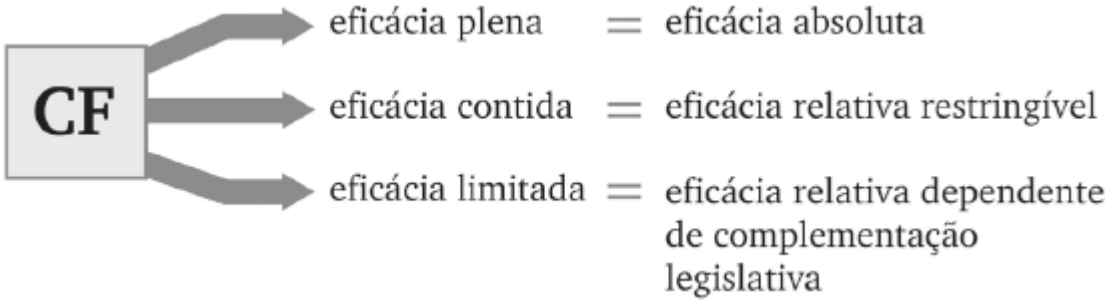
Tradicional a classificação das normas constitucionais, dada por José Afonso da Silva[24] em relação a sua aplicabilidade em normas de eficácia plena, contida e limitada.[25]

São normas constitucionais de eficácia plena

> "aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular" (por exemplo: os "remédios constitucionais").

Normas constitucionais de eficácia contida são aquelas em "que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados" (por exemplo: art. 5º, XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer).

Por fim, *normas constitucionais de eficácia limitada* são aquelas que apresentam "aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade" (por exemplo: CF, art. 37, VII: o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica. Essa previsão condiciona o exercício do direito de greve, no serviço público, à regulamentação legal. Ainda, podemos citar como exemplo o art. 7º, XI, da Constituição Federal, que prevê a participação dos empregados nos lucros, ou resultados da empresa, conforme definido em lei).[26]



4.2 Normas constitucionais com eficácia absoluta, plena, relativa restringível e relativa complementável ou dependentes de complementação

Maria Helena Diniz propõe uma nova espécie de classificação das normas constitucionais, tendo por critério a intangibilidade e a produção dos efeitos concretos.[27]

Assim, propõe e explica a referida autora que são *normas constitucionais de eficácia absoluta*

> "as intangíveis; contra elas nem mesmo há o poder de emendar. Daí conterem uma força paralisante total de toda a legislação que, explícita ou implicitamente, vier a contrariá-las. Distinguem-se, portanto, das normas constitucionais de eficácia plena, que, apesar de incidirem imediatamente sem necessidade de legislação complementar posterior, são emendáveis. Por exemplo, os textos constitucionais que ampararam a federação (art. 1º), o voto direto, secreto, universal e periódico (art. 14), a separação de poderes (art. 2º) e os direitos e garantias individuais (art. 5º, I a LXXVII), por serem insuscetíveis de emenda são intangíveis, por força dos arts. 60, § 4º, e 34, VII, *a* e *b*".

As *normas com eficácia plena*

> “são plenamente eficazes..., desde sua entrada em vigor, para disciplinarem as relações jurídicas ou o processo de sua efetivação, por conterem todos os elementos imprescindíveis para que haja a possibilidade da produção imediata dos efeitos previstos, já que, apesar de suscetíveis de emenda, não requerem normação subconstitucional subsequente. Podem ser imediatamente aplicadas”.

Por sua vez, *as normas com eficácia relativa restringível* correspondem

> “às de eficácia contida de José Afonso da Silva, mas, aceitando a lição de Michel Temer, preferimos denominá-la normas constitucionais de eficácia redutível ou restringível, por serem de aplicabilidade imediata ou plena, embora sua eficácia possa ser reduzida, restringida nos casos e na forma que a lei estabelecer; têm, portanto, seu alcance reduzido pela atividade legislativa. São preceitos constitucionais que receberam do constituinte normatividade capaz de reger os interesses, mas contêm, em seu bojo, a prescrição de meios normativos ou de conceitos que restringem a produção de seus efeitos. São normas passíveis de restrição”.

Finalmente,

> “há preceitos constitucionais que têm aplicação mediata, por dependerem de norma posterior, ou seja, de lei complementar ou ordinária, que lhes desenvolva a eficácia, permitindo o exercício do direito ou do benefício consagrado. Sua possibilidade de produzir efeitos é mediata, pois, enquanto não for promulgada aquela lei complementar ou ordinária, não produzirão efeitos positivos, mas terão eficácia paralisante de efeitos de normas

precedentes incompatíveis e impeditiva de qualquer conduta contrária ao que estabelecerem. Não recebem, portanto, do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação imediata, porque ele deixou ao Legislativo a tarefa de regulamentar a matéria, logo, por esta razão, não poderão produzir todos os seus efeitos de imediato, porém têm aplicabilidade mediata, já que incidirão totalmente sobre os interesses tutelados, após o regramento infraconstitucional. Por esse motivo, preferimos denominá-las *normas com eficácia relativa dependente de complementação legislativa*".

4.3 Normas programáticas

As *normas programáticas*, conforme salienta Jorge Miranda,

> "são de aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata; mais do que comandos-regras, explicitam comandos-valores; conferem *elasticidade* ao ordenamento constitucional; têm como destinatário primacial – embora não único – o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a ser revestidas de plena eficácia (e nisso consiste a discricionariedade); não consentem que os cidadãos ou quaisquer cidadãos as invoquem *já* (ou imediatamente após a entrada em vigor da Constituição), pedindo aos tribunais o seu cumprimento só por si, pelo que pode haver quem afirme que os direitos que delas constam, *máxime* os direitos sociais, têm mais natureza de expectativas que de verdadeiros direitos subjectivos; aparecem, muitas vezes, acompanhadas de conceitos indeterminados ou parcialmente indeterminados".[28]

Portanto, o juízo de oportunidade e a avaliação da extensão do programa incumbem ao Poder Legislativo, no exercício de sua função legiferante e, como salientado por Tercio Sampaio Ferraz Jr., "a eficácia técnica, neste caso, é limitada. E a eficácia social depende da própria evolução das situações de fato. Daí resulta uma aplicabilidade dependente".[29]

Maria Helena Diniz cita os arts. 21, IX, 23, 170, 205, 211, 215, 218, 226, § 2º, da Constituição Federal de 1988 como exemplos de normas programáticas, por não regularem diretamente interesses ou direitos nelas consagrados, mas limitarem-se a traçar alguns preceitos a serem cumpridos pelo Poder Público, como "*programas das respectivas atividades, pretendendo unicamente a consecução dos fins sociais pelo Estado*".[30]

5 INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

O conflito entre direitos e bens constitucionalmente protegidos resulta do fato de a Constituição proteger certos bens jurídicos (saúde pública, segurança, liberdade de imprensa, integridade territorial, defesa nacional, família, idosos, índios etc.), que podem vir a envolver-se numa relação do conflito ou colisão. Para solucionar-se esse conflito, compatibilizando-se as normas constitucionais, a fim de que todas tenham aplicabilidade, a doutrina aponta diversas regras de hermenêutica constitucional em auxílio ao *intérprete.*

Como definido por Vicente Ráo,

> "a hermenêutica tem por objeto investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes, que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito,

> para efeito de sua aplicação e interpretação; por meio de regras e processos especiais procura realizar, praticamente, estes princípios e estas leis científicas; a aplicação das normas jurídicas consiste na técnica de adaptação dos preceitos nelas contidos assim interpretados, às situações de fato que se lhes subordinam".[31]

A palavra *intérprete*, adverte Fernando Coelho, "tem origem latina – *interpres* – que designava aquele que descobria o futuro nas entranhas das vítimas. Tirar das entranhas ou desentranhar era, portanto, o atributo do *interpres*, de que deriva para a palavra *interpretar* com o significado específico de desentranhar o próprio sentido das palavras da lei, deixando implícito que a tradução do verdadeiro sentido da lei é algo bem guardado, entranhado, portanto, em sua própria essência".[32]

Analisando a Constituição Federal, Raul Machado Horta aponta a precedência, em termos interpretativos, dos Princípios Fundamentais da República Federativa e da enunciação dos Direitos e Garantias Fundamentais, dizendo que

> "é evidente que essa colocação não envolve o estabelecimento de hierarquia entre as normas constitucionais, de modo a classificá-la em normas superiores e normas secundárias. Todas são normas fundamentais. A precedência serve à interpretação da Constituição, para extrair dessa nova disposição formal a impregnação valorativa dos Princípios Fundamentais, sempre que eles forem confrontados com atos do legislador, do administrador e do julgador",

motivo pelo qual classifica-a de *Constituição plástica*.[33]

A Constituição Federal há de sempre ser interpretada, pois somente por meio da conjugação da letra do texto com as características históricas,

políticas e ideológicas do momento se encontrará o melhor sentido da norma jurídica, em confronto com a realidade sociopolítico-econômica e almejando sua plena eficácia.[34]

Canotilho enumera diversos princípios e regras interpretativas das normas constitucionais:

- *da unidade da constituição*: a interpretação constitucional dever ser realizada de maneira a evitar contradições entre suas normas;
- *do efeito integrador*: na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, deverá ser dada maior primazia aos critérios favorecedores da integração política e social, bem como ao reforço da unidade política;
- *da máxima efetividade ou da eficiência*: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda;
- *da justeza ou da conformidade funcional*: os órgãos encarregados da interpretação da norma constitucional não poderão chegar a uma posição que subverta, altere ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte originário;
- *da concordância prática ou da harmonização*: exige-se a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros;
- *da força normativa da constituição*: entre as interpretações possíveis, deve ser adotada aquela que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais.

Aponta, igualmente, com Vital Moreira, a *necessidade de delimitação do âmbito normativo de cada norma constitucional, vislumbrando-se sua razão de existência, finalidade e extensão*.[35]

Esses princípios são perfeitamente completados por algumas regras propostas por Jorge Miranda:[36]

- a *contradição dos princípios* deve ser superada, ou por meio da redução proporcional do âmbito de alcance de cada um deles, ou, em alguns casos, mediante a preferência ou a prioridade de certos princípios;
- deve ser fixada a premissa de que todas as normas constitucionais desempenham uma função útil no ordenamento, sendo vedada a interpretação que lhe suprima ou diminua a finalidade;
- os preceitos constitucionais deverão ser interpretados tanto explicitamente quanto implicitamente, a fim de colher-se seu verdadeiro significado.

A aplicação dessas regras de interpretação deverá, em síntese, buscar a harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípuas, adequando-as à realidade e pleiteando a maior aplicabilidade dos direitos, garantias e liberdades públicas.

Ressalte-se, contudo, que a supremacia absoluta das normas constitucionais e a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento basilar da República[37] obrigam o intérprete, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função interpretativa, a aplicar não só *a norma mais favorável à proteção aos Direitos Humanos*, mas, também, eleger em seu processo hermenêutico a interpretação que lhe garanta a maior e mais ampla proteção.[38]

5.1 Interpretação conforme a Constituição – Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto – A interpretação constitucional e o ativismo judicial (Neoconstitucionalismo e Positivismo)

Conferir amplo estudo sobre a interpretação conforme à constituição, a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e a interpretação constitucional e o ativismo judicial (Neoconstitucionalismo e Positivismo), nos itens 10.9.1, 10.9.2 e 10.9.3, no Capítulo 12 (Controle de Constitucionalidade).

6 PREÂMBULO CONSTITUCIONAL

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

O preâmbulo de uma Constituição pode ser definido como documento de intenções do diploma e consiste em uma *certidão de origem e legitimidade do novo texto* e uma *proclamação de princípios,* demonstrando a ruptura com o ordenamento constitucional anterior e o surgimento jurídico de um novo Estado. É de tradição em nosso Direito Constitucional e nele devem constar os antecedentes e o enquadramento histórico da

Constituição, bem como suas justificativas e seus grandes objetivos e finalidades.

Jorge Miranda aponta a existência de preâmbulos em alguns dos mais importantes textos constitucionais estrangeiros: Estados Unidos (1787), Suíça (1874), Alemanha de Weimar (1919), Irlanda (1937), França (1946 e 1958), Japão (1946), Grécia (1975), Espanha (1978).[39]

Podemos acrescentar as constituições do Peru (1979), da antiga Alemanha Ocidental (1949) e da Alemanha Oriental (1968, com as emendas de 7 de outubro de 1974), da Polônia (1952), da Bulgária (1971), da Romênia (1975), de Cuba (1976), da Nicarágua (1987), de Moçambique (1978), de São Tomé e Príncipe (1975) e de Cabo Verde (1981).

Apesar de não fazer parte do texto constitucional propriamente dito e, consequentemente, não conter normas constitucionais de valor jurídico autônomo, o preâmbulo não é juridicamente irrelevante, uma vez que deve ser observado como *elemento de interpretação* e *integração* dos diversos artigos que lhe seguem.[40]

Como ensina Juan Bautista Alberdi, o preâmbulo deve sintetizar sumariamente os grandes fins da Constituição, servindo de fonte interpretativa para dissipar as obscuridades das questões práticas e de rumo para a atividade política do governo.[41]

O preâmbulo, portanto, por não ser norma constitucional, não poderá prevalecer contra texto expresso da Constituição Federal e tampouco poderá ser paradigma comparativo para declaração de inconstitucionalidade, porém, por traçar as diretrizes políticas, filosóficas e ideológicas da Constituição, será uma de suas linhas mestras interpretativas.[42]

Observe-se que a evocação à "proteção de Deus" no preâmbulo da Constituição Federal não a torna confessional, mas, sim, reforça a laicidade do Estado, afastando qualquer ingerência estatal arbitrária ou abusiva nas diversas religiões[43] e garantindo tanto a ampla liberdade de crença e cultos religiosos, como também ampla proteção jurídica aos agnósticos e ateus,

que não poderão sofrer quaisquer discriminações pelo fato de não professarem uma fé.

7 FUNDAMENTOS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

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:

- *a soberania:* consiste, na definição de Marcelo Caetano, em

  "um poder político supremo e independente, entendendo-se por poder supremo aquele que não está limitado por nenhum outro na ordem interna e por poder independente aquele que, na sociedade internacional, não tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceites e está em pé de igualdade com os poderes supremos dos outros povos";[44]

É a capacidade de editar suas próprias normas, sua própria ordem jurídica (a começar pela Lei Magna), de tal modo que qualquer regra heterônoma só possa valer nos casos e nos termos admitidos pela própria Constituição. A Constituição traz a forma de exercício da soberania popular no art. 14;

- *a cidadania*: representa um *status* e apresenta-se simultaneamente como objeto e um direito fundamental das pessoas;
- *a dignidade da pessoa humana*: concede unidade aos direitos e às garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas.[45] Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento

da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*[46] e a busca ao Direito à Felicidade.[47] O Supremo Tribunal Federal, interpretando o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, editou a Súmula Vinculante nº 11 com o seguinte teor: "Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado".[48] Igualmente, em importantíssima decisão, em relação ao tratamento constitucional da tortura, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Lei da Anistia, afirmou o Supremo Tribunal Federal que "o argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, não prospera", concluindo que, "a lei estendeu a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção", pois "a chamada Lei da

anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento".[49]

Em respeito ao Princípio da Dignidade da pessoa humana e no intuito de combater a exploração de trabalho escravo, foi editada a Emenda Constitucional 81, de 5 de junho de 2014, prevendo a expropriação do imóvel como punição.

Dessa forma, as propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde for localizada a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Observe-se, ainda, que todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.

Também, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, o Supremo Tribunal Federal consagrou a ampla possibilidade de reconhecimento de paternidade[50] e da filiação baseada na origem biológica, mesmo existindo previamente a paternidade socioafetiva, declarada ou não, em registro público[51], além de declarar inconstitucional a tese da legítima defesa da honra nos crimes de feminicídios, por, igualmente, contrariar os princípios da proteção à vida e da igualdade de gênero.[52]

- *os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa*: é por meio do trabalho que o homem garante sua subsistência e o crescimento do país, prevendo a Constituição, em diversas passagens, a liberdade, o respeito e a dignidade ao trabalhador (por exemplo: CF, arts. 5º, XIII; 6º; 7º; 8º; 194-204). Como salienta Paolo Barile, a garantia de proteção ao trabalho não

engloba somente o trabalhador subordinado, mas também aquele autônomo e o empregador, enquanto empreendedor do crescimento do país;[53]

- *pluralismo político*: demonstra a preocupação do legislador constituinte em afirmar a ampla e livre participação popular nos destinos políticos do país, garantindo a liberdade de convicção filosófica e política e, também, a possibilidade de organização e participação em partidos políticos.

O Estado Democrático de Direito, que significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais,[54] proclamado no *caput* do artigo, adotou, igualmente, no seu parágrafo único, o denominado *princípio democrático*, ao afirmar que "*todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*".

Canotilho e Moreira informam o alcance do *princípio democrático*, dizendo:

> "A articulação das duas dimensões do princípio democrático justifica a sua compreensão como um princípio normativo multiforme. Tal como a organização da economia aponta, no plano constitucional, para um sistema econômico complexo, também a conformação do princípio democrático se caracteriza tendo em conta a sua estrutura pluridimensional. Primeiramente, a democracia surge como um *processo de democratização*, entendido como processo de aprofundamento democrático da ordem política, econômica, social e cultural. Depois, o princípio democrático recolhe as duas dimensões historicamente consideradas como antitéticas: por um lado, acolhe os mais importantes elementos da *teoria democrática-representativa*

(órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes); por outro lado, dá guarida a algumas das exigências fundamentais da *teoria participativa* (alargamento do princípio democrático a diferentes aspectos da vida econômica, social e cultural, incorporação de participação popular directa, reconhecimento de partidos e associações como relevantes agentes de dinamização democrática etc.).”[55]

Assim, o princípio democrático exprime fundamentalmente a exigência da integral participação de todos e de cada uma das pessoas na vida política do país.[56]

8 OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

O art. 3º da Constituição Federal estabelece que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- garantir o desenvolvimento nacional;
- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.[57]

A Constituição Federal estabelece vários objetivos fundamentais a serem seguidos pelas autoridades constituídas, no sentido de desenvolvimento e progresso da nação brasileira. A partir da definição dos objetivos, os diversos capítulos da Carta Magna passam a estabelecer regras que possibilitem seu fiel cumprimento.

Ao legislador ordinário e ao intérprete, em especial às autoridades públicas dos poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e da Instituição do Ministério Público, esses objetivos fundamentais deverão servir como vetores de interpretação, seja na edição de leis ou atos normativos, seja em suas aplicações.

Logicamente, o rol de objetivos do art. 3º não é taxativo, tratando-se somente da previsão de algumas finalidades primordiais a serem perseguidas pela República Federativa do Brasil. Os poderes públicos devem buscar os meios e instrumentos para promover condições de igualdade real e efetiva e não somente contentar-se com a igualdade formal, em respeito a um dos objetivos fundamentais da República: construção de uma sociedade justa.

Para adoção desse preceito, deve existir uma política legislativa e administrativa que não pode contentar-se com a pura igualdade legal, adotando normas especiais tendentes a corrigir os efeitos díspares ocasionados pelo tratamento igual dos desiguais, buscando a concretização da igualdade social. Nesse sentido, o Brasil é signatário da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, comprometendo-se a realizar as alterações legislativas e a efetivar as políticas públicas necessárias para, conforme salientou o Supremo Tribunal Federal, "inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados".[58]

A Emenda Constitucional nº 31, de 14 de dezembro de 2000, atenta a um dos objetivos fundamentais da República – *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais* –, criou o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza. Para financiamento desse fundo, nos Estados e no Distrito Federal, a EC nº 42, de 19 de dezembro de

2003, autorizou a possibilidade de criação adicional de até dois pontos percentuais na alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) sobre os produtos e serviços supérfluos e nas condições definidas em lei complementar, que deverá definir seus contribuintes, dispor sobre substituição tributária e disciplinar o regime de compensação do imposto (CF, art. 155, § 2º, XII).

O Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído no âmbito do Poder Executivo Federal tem como objetivo viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, devendo a aplicação de seus recursos direcionar-se às ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida.

Ressalte-se que o referido fundo foi regulamentado pela Lei Complementar nº 111/01, contando em seu Conselho Consultivo e de Acompanhamento com representantes da Sociedade Civil.

Igualmente, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a EC nº 31/00 determinou a instituição de Fundos de Combate à Pobreza, com a obrigatoriedade de participação da Sociedade Civil em suas gerências.

9 PRINCÍPIOS DE REGÊNCIA DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios (CF, art. 4º):

- independência nacional;
- prevalência dos direitos humanos;
- autodeterminação dos povos;

- não intervenção;[59]
- 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.

A Constituição ainda determina que a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

9.1 Asilo político

Asilo político consiste no acolhimento de estrangeiro por parte de um Estado que não o seu, em virtude de perseguição por ele sofrida e praticada por seu próprio país ou por terceiro. As causas motivadoras dessa perseguição, ensejadora da concessão do asilo, em regra são: dissidência política, livre manifestação de pensamento ou, ainda, crimes relacionados com a segurança do Estado, que não configurem delitos no direito penal comum.

Basicamente, o asilo político apresenta *natureza territorial*, ou seja, será concedido ao estrangeiro que tenha ingressado nas fronteiras do novo Estado, colocando-se no âmbito especial de sua soberania.

A concessão de asilo político a estrangeiro é *ato de soberania estatal*, de competência do Presidente da República,[60] passível de controle de legalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Nos termos da Lei de Migração (arts. 27 e 28), o asilo político poderá ser diplomático ou territorial e será outorgado como instrumento de proteção à pessoa; e jamais será concedido

a quem tenha cometido crime de genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra ou crime de agressão, nos termos do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 1998.[61] Uma vez concedido, o Ministério da Justiça lavrará termo no qual serão fixados o prazo de estada do asilado no Brasil e, se for o caso, as condições adicionais aos deveres que lhe imponham o direito internacional e a legislação vigente, às quais ficará sujeito. No prazo de trinta dias a contar da concessão do asilo, o asilado deverá registrar-se no Departamento de Polícia Federal, bem como identificar-se pelo sistema datiloscópico. Em seu registro deverão constar os seguintes dados: nome, filiação, cidade e país de nascimento, nacionalidade, data de nascimento, sexo, estado civil, profissão, grau de instrução, local e data de entrada no Brasil, espécie e número de documento de viagem, número e classificação do visto consular, data e local de sua concessão, meio de transporte utilizado, bem como os dados relativos aos filhos menores e locais de residência, trabalho e estudo.

Como ensina Francisco Rezek, *"conceder asilo político não é obrigatório para Estado algum, e as contingências da própria política – exterior e doméstica – determinam, caso a caso, as decisões do governo"*.[62]

O asilado que desejar se ausentar do país e nele, posteriormente, reingressar, sem renúncia de sua condição, deverá solicitar autorização prévia do Ministro da Justiça. Igualmente, compete ao Ministro da Justiça a prorrogação dos prazos de estada do asilado.

A saída do país, sem prévia autorização do governo brasileiro, importará em renúncia ao asilo e impedirá o reingresso nessa condição.[63]

Asilo político e extradição: ressalte-se que a concessão anterior de asilo político não é fator impeditivo de posterior análise, e consequente concessão, de pedido extradicional, desde que o *fato ensejador do pedido não apresente características de crime político ou de opinião, pois nestes casos existirá expressa vedação constitucional* (CF, art. 5º, inc. LII).[64]

[1] MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. t. 1. p. 138.

[2] MIRANDA, Jorge. Op. cit. p. 13-14.

[3] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 151.

[4] VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo estado de direito.* Trad. Agassiz Almeida Filho. Forense, 2007, p. 23.

[5] BARROS, Sérgio Resende. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*, p. 12.

[6] MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1946,* v. I, p. 39.

[7] MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional,* t. 3, p. 20 ss.

[8] DUGUIT, Leon. *Fundamentos do Direito,* Ícone, p. 9.

[9] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* Almedina, p. 87.

[10] The federalist papers LXXVIII.

[11] VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto costituzionale comparato*. Pádua: Cedam, 1981. p. 589.

[12] DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970. p. 387.

[13] CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 195; CAETANO, Marcello. *Direito constitucional.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1, p. 169.

[14] Como ensinado por Mirkine Guetzévitch, “a Constituição de cada país é sempre um compromisso entre as tradições políticas existentes”. (GUETZÉVITCH, B. Mirkine. *As novas tendências do direito constitucional.* São Paulo: Nacional, 1933. p. 45.)

[15] CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 41.

[16] CARVALHO, Virgílio de Jesus Miranda. *Os valores constitucionais fundamentais*: esboço de uma análise axiológico-normativa. Coimbra: Coimbra Editora, 1982. p. 13.

[17] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional.* Coimbra: Almedina, 1993.

[18] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...* Op. cit. p. 65.

[19] Cf. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1981.

[20] *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 183.

[21] MIRANDA, Jorge. Op. cit. t. 1, p. 126.

[22] SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo.* 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. Prefácio, p. 8.

[23] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição...* Op. cit. p. 11, 69, 257.

[24] SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 89-91.

[25] Sobre a aplicabilidade e interpretação das normas constitucionais, conferir FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Interpretação e estudos da Constituição de 1988.* São Paulo: Atlas, 1990. p. 11-20.

[26] STF – Pleno – MI nº 20/DF – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 22 nov. 1996, p. 45.690. O exemplo clássico no texto constitucional original, inclusive pela sua grande repercussão econômica, era o art. 192, § 3º, que estipulava limitação à fixação das taxas de juros, em 12% ao ano, *nos termos da lei complementar*. Porém, esse dispositivo foi revogado pela EC nº 40, de 29 de maio de 2003.

[27] DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 98-103.

[28] MIRANDA, Jorge. Op. cit. p. 218. t. 1.

[29] FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Op. cit. p. 19.

[30] DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 104.

[31] RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952. p. 542. v. 2.

[32] COELHO, Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 182.

[33] HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 239-240.

[34] FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 149.

[35] CANOTILHO e MOREIRA (*Fundamentos...* Op. cit. p. 136) dão-nos o seguinte exemplo: “não há conflito entre a liberdade de expressão e o direito ao bom nome

em caso de difamação, dado que não está coberto pelo âmbito normativo-constitucional da liberdade de expressão o *direito à difamação, calúnia ou injúria*".

[36] MIRANDA, Jorge. Op. cit. t. II, p. 228-229.

[37] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso no direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, 14, nº 57, out./dez. 2006, p. 5.

[38] Nesse sentido, conferir: STF – Pleno – HC 91.361/SP – Rel. Min. Celso de Mello, *Informativo STF*, nº 534.

[39] MIRANDA, Jorge. Op. cit. p. 207.

[40] Afirmando a ausência de força normativa do Preâmbulo constitucional, conferir: STF – Pleno – Adin nº 2.076/AC – Rel. Min. Carlos Velloso, decisão: 15-8-2002. *Informativo STF* nº 277.

[41] *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires: Estrada, 1959. p. 295.

[42] No sentido do texto, afirmando a ausência de caráter normativo ao preâmbulo, e, consequentemente, da impossibilidade de ser paradigma comparativo para declaração de inconstitucionalidade, manifestam-se: CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição.* Coimbra: Coimbra, 1991. p. 45; LAVIÉ, Quiroga. *Derecho constitucional.* 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 61; EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. *Tratado de derecho constitucional.* t. 1. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 76; MELLO FILHO, José Celso. *Constituição Federal Anotada.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 20; BASTOS, Celso; GANDRA, Ives. *Comentários à constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1. p. 409-410; DANTAS, Ivo. *Constituição federal*: teoria e prática. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. v. 1. p. 221; FERREIRA, Pinto. *Comentários à constituição brasileira.* São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1. p. 3-4.

No sentido inverso, admitindo a existência de força normativa no preâmbulo, manifestam-se: CAMPOS, G. Bidart. *Derecho constitucional.* t. 1. Buenos Aires: Ediar, 1968. p. 314; NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro. *Comentários à constituição federal.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 134. Pinto Ferreira também nos aponta: Lafferrière, Roger Pinto, Burdeau, Schmitt, Nawiaski, Paolo Biscaretti di Ruffia e Giese (FERREIRA, Pinto. *Comentários à constituição brasileira.* São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1. p. 4).

[43] STF – Pleno – ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 11 e 12-4-2012, *Informativo STF* nº 661.

[44] CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 169. v. 1.

[45] STF – Pleno – ADI 4388, Rel. Min. Rosa Weber, j. 3-3-2020, *DJe* 53, 12-3-2020; ADI 3559, Rel. Min. Edson Fachin, Red. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 16-9-2020; ADI 6036, Rel. Min. Edson Fachin, Red. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 16-9-2020.

[46] Conferir sobre o princípio da dignidade da pessoa humana: STF – RExtr. nº 352.940/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, decisão: 25-4-2005 – *Informativo STF* nº 385, p. 3 (direito à moradia e bem de família); STF – Pleno – ADI 1946/DF – Rel. Min. Sydney Sanches, *Diário da Justiça*, Seção I, 16 maio 2003, p. 90 (direito à igualdade da mulher e não discriminação); STF – Plenário – ADPF 54 QO/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 27-4-2005 – *Informativo STF* nº 385, p. 1 (direito à vida).

[47] STF 223-AgR – Pleno – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 14-4-2008.

[48] Para verificar os argumentos utilizados pelos Ministros, conferir: “DEBATES QUE INTEGRAM A ATA DA 20ª (VIGÉSIMA) SESSÃO ORDINÁRIA, DO PLENÁRIO, REALIZADA EM 13 DE AGOSTO DE 2008, DJe-214, 12 de novembro de 2008. Cf. nesse sentido: STF – “ALGEMAS – UTILIZAÇÃO. O uso de algemas surge excepcional somente restando justificado ante a periculosidade do agente ou risco concreto de fuga. JULGAMENTO – ACUSADO ALGEMADO – TRIBUNAL DO JÚRI. Implica prejuízo à defesa a manutenção do réu algemado na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, resultando o fato na insubsistência do veredicto condenatório” (STF – Pleno – HC 91952/SP – Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 241, 18 dezembro 2008.

[49] STF – Pleno – ADPF 153/DF – Rel. Min. Eros Grau, DJe-145, 5 agosto 2010. Conferir na análise dos votos o excelente estudo histórico das condições políticas e jurídicas do momento de transição democrática brasileira.

[50] STF – Pleno – AR 1.244 EI/MG – Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 22-9-2016.

[51] STF – Repercussão Geral – RE 898.060/SC – Rel. Min. Luiz Fux, j. 21 e 22-9-2016.

[52] STF – Pleno – ADPF 779 MC-Ref/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento virtual finalizado em 13-3-2021.

[53] BARILE, Paolo. *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*. Bolonha: Il Molino, 1984. p. 105.

[54] Idem, ibidem. p. 14.

[55] CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos...* Op. cit. p. 195.

[56] CARVALHO, Virgílio de Jesus Miranda. Op. cit. p. 22.

[57] STF – Pleno – HC 154248/DF, rel. Min. Edson Fachin, j. 28-10-2021

[58] STF – Pleno – ADI 2.649 – Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento: 8-5-2008.

[59] Observe-se, porém, que o STF decidiu que "Os atos ilícitos praticados por Estados estrangeiros em violação a direitos humanos não gozam de imunidade de jurisdição" (STF – Pleno – ARE 954858/RJ, rel. Min. Edson Fachin, julgamento virtual finalizado em 20-8-2021. Tema 944 de Repercussão Geral).

[60] STF – Pleno – Extradição nº 524/DF – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 8 mar. 1993, p. 2.200; STF – Pleno – Extradição (QO) 783, 784 e 785 – Estados Unidos Mexicanos – Rel. Min. Néri da Silveira, *Informativo STF* nº 241.

[61] STF – Pleno – Ext 1085/Governo da Itália – Rel. Min. Cezar Peluso, decisão: 19-11-2009.

[62] REZEK, José Francisco. *Direito internacional público.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 219.

[63] Cf. sobre asilo: Lei nº 13.445/2017; Decreto nº 9.757/2019; Decreto nº 678/92.

[64] STF – Pleno – Extradição nº 232/DF – Rel. Min. Victor Nunes – *RTJ* 26-1; STF – Pleno – Extradição nº 524/DF – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 8 mar. 1993, p. 2.200; STF – Pleno – Ext 1085/Governo da Itália – Rel. Min. Cezar Peluso, decisão: 19-11-2009.



Poder Constituinte 2

1 CONCEITO E FINALIDADE

O Poder Constituinte é a manifestação soberana da suprema vontade política de um povo, social e juridicamente organizado.

A doutrina aponta a contemporaneidade da ideia de Poder Constituinte com a do surgimento de Constituições escritas, visando à limitação do poder estatal e à preservação dos direitos e das garantias individuais.

2 TITULARIDADE DO PODER CONSTITUINTE

O titular do Poder Constituinte, segundo o abade Emmanuel Sieyès,[1] um dos precursores dessa doutrina, é a *nação*, pois a titularidade do Poder liga-se à ideia de soberania do Estado, uma vez que mediante o exercício do poder constituinte originário se estabelecerá sua organização fundamental pela Constituição, que é sempre superior aos poderes constituídos, de maneira que toda manifestação dos poderes constituídos somente alcança plena validade se se sujeitar à Carta Magna.

Modernamente, porém, é predominante que a titularidade do poder constituinte pertence ao *povo*,[2] pois o Estado decorre da soberania popular, cujo conceito é mais abrangente do que o de nação. Assim, a vontade constituinte é a vontade do povo, expressa por meio de seus representantes.

Celso de Mello, corroborando essa perspectiva, ensina que as Assembleias Constituintes "não titularizam o poder constituinte. São apenas órgãos aos quais se atribui, por delegação popular, o exercício dessa magna prerrogativa".[3] Necessário transcrevermos a observação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, de que "o povo pode ser reconhecido como o titular do Poder Constituinte mas não é jamais quem o exerce. É ele um titular passivo, ao qual se imputa uma vontade constituinte sempre manifestada por uma elite". Assim, distingue-se a *titularidade* e o *exercício* do Poder Constituinte, sendo o *titular* o povo e o *exercente* aquele que, em nome do povo, cria o Estado, editando a nova Constituição.

3 ESPÉCIES DE PODER CONSTITUINTE

O Poder Constituinte classifica-se em *Poder Constituinte originário* ou de *1º grau* e *Poder Constituinte derivado, constituído* ou de *2º grau.*



4 PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

4.1 Conceito

O Poder Constituinte originário estabelece a Constituição de um novo Estado, organizando-o e criando os poderes destinados a reger os interesses de uma comunidade. Tanto haverá Poder Constituinte no surgimento de

uma primeira Constituição quanto na elaboração de qualquer Constituição posterior.

A ideia da existência de um Poder Constituinte é o suporte lógico de uma Constituição superior ao restante do ordenamento jurídico e que, em regra, não poderá ser modificada pelos poderes constituídos. É, pois, esse Poder Constituinte, distinto, anterior e fonte da autoridade dos poderes constituídos, com eles não se confundindo.

4.2 Formas de expressão do Poder Constituinte originário

Inexiste forma prefixada pela qual se manifesta o Poder Constituinte originário, uma vez que apresenta as características de incondicionado e ilimitado. Pela análise histórica da constituição dos diversos países, porém, há possibilidade de apontar duas básicas formas de expressão do Poder Constituinte originário: Assembleia Nacional Constituinte e Movimento Revolucionário (outorga).

Tradicionalmente, a primeira Constituição de um novo país, que conquiste em sua liberdade política, será fruto da primeira forma de expressão: o movimento revolucionário. Entretanto, as demais constituições desse mesmo país adotarão a segunda hipótese, ou seja, as assembleias nacionais constituintes.[4]

Assim, são duas as formas básicas de expressão do Poder Constituinte: *outorga* e *assembleia nacional constituinte/convenção*.

A *outorga* é o estabelecimento da Constituição por declaração unilateral do agente revolucionário, que autolimita seu poder. (Exemplos: Constituições de 1824, 1937 e Ato Institucional nº 1, de 9-4-1964.)

A *assembleia nacional constituinte,* também denominada *convenção,* nasce da deliberação da representação popular, devidamente convocada pelo agente revolucionário, para estabelecer o texto organizatório e

limitativo de Poder. (Exemplo: Constituições de 1891, 1934, 1946, 1967 e 1988.)

4.3 Características do Poder Constituinte originário

O Poder Constituinte caracteriza-se por ser *inicial*, *ilimitado*, *autônomo* e *incondicionado*.

O Poder Constituinte é *inicial*, pois sua obra – a Constituição – é a base da ordem jurídica.

O Poder Constituinte é *ilimitado* e *autônomo,* pois não está de modo algum limitado pelo direito anterior, não tendo que respeitar os limites postos pelo direito positivo antecessor.

O Poder Constituinte também é *incondicionado*, pois não está sujeito a qualquer forma prefixada para manifestar sua vontade; não tem ela que seguir qualquer procedimento determinado para realizar sua obra de constitucionalização.

Canotilho sintetiza essas características dizendo que

> "o poder constituinte, na teoria de Sieyès, seria um poder *inicial, autónomo e omnipotente.* É *inicial* porque não existe, antes dele, nem de facto nem de direito, qualquer outro poder. É nele que se situa, por excelência, a vontade do *soberano* (instância jurídico-política dotada de autoridade suprema). É um poder *autónomo*: a ele e só a ele compete decidir se, como e quando, deve 'dar-se' uma constituição à Nação. É um poder *omnipotente, incondicionado:* o poder constituinte não está subordinado a qualquer regra de forma ou de fundo".[5]

Ressalte-se, ainda, que o Poder Constituinte é permanente, pois não desaparece com a realização de sua obra, ou seja, com a elaboração de uma

nova Constituição. Como afirmado por Sieyès, o Poder Constituinte não esgota sua titularidade, que permanece latente, manifestando-se novamente mediante uma nova Assembleia Nacional Constituinte ou um ato revolucionário.

5 PODER CONSTITUINTE DERIVADO

5.1 Conceito e características

O Poder Constituinte derivado está inserido na própria Constituição, pois decorre de uma regra jurídica de autenticidade constitucional,[6] portanto, conhece limitações constitucionais expressas e implícitas e é passível de controle de constitucionalidade.

Apresenta as características de *derivado*, *subordinado* e *condicionado*. É *derivado* porque retira sua força do Poder Constituinte originário; *subordinado* porque se encontra limitado pelas normas expressas e implícitas do texto constitucional, às quais não poderá contrariar, sob pena de inconstitucionalidade; e, por fim, *condicionado* porque seu exercício deve seguir as regras previamente estabelecidas no texto da Constituição Federal.

5.2 Espécies de Poder Constituinte derivado

O Poder Constituinte derivado subdivide-se em poder constituinte *reformador* e *decorrente*.

O *Poder Constituinte derivado reformador*, denominado por parte da doutrina de *competência reformadora*, consiste na possibilidade de alterar-se o texto constitucional, respeitando-se a regulamentação especial prevista na própria Constituição Federal e será exercitado por determinados órgãos com caráter representativo. No Brasil, pelo Congresso Nacional.

Logicamente, só estará presente nas Constituições rígidas, que exigem um procedimento especial para sua própria alteração e será estudado mais adiante no capítulo sobre emendas constitucionais (CF, art. 60). A partir da EC nº 45/04, também há a manifestação do poder constituinte derivado reformador nas hipóteses do § 3º do artigo 5º do texto constitucional, que permite a aprovação pelo Congresso Nacional de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos pelo mesmo procedimento das emendas constitucionais.

O *Poder Constituinte derivado decorrente*, por sua vez, consiste na possibilidade que os Estados-membros têm, em virtude de sua autonomia político-administrativa, de se auto-organizarem por meio de suas respectivas constituições estaduais, sempre respeitando as regras limitativas estabelecidas pela Constituição Federal.[7] No capítulo sobre organização do Estado Federal, estudar-se-á mais detalhadamente essa matéria.

[1] Emmanuel Joseph Sieyès (1748-1836) é o autor do livro *Qu'est-ce que le tiers État?* (O que é o terceiro Estado?), verdadeiro manifesto da Revolução Francesa, em que expõe as reivindicações da burguesia, definindo-a como a nação e, consequentemente, titular do poder constituinte.

[2] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 15; SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O poder constituinte.* São Paulo: Sugestões Literárias, 1980. p. 16; MELLO FILHO, José Celso. *Constituição...* Op. cit. p. 14; TEMER, Michel. *Elementos...* Op. cit. p. 32.

[3] MELLO FILHO, José Celso. Op. cit. p. 14. No mesmo sentido: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...* Op. cit. p. 102. **Contra:** Nelson Saldanha afirma que "a complementaridade, modernamente, admitida, entre o povo e o governo, faz que se deva repartir entre os dois o título de portador do poder constituinte" (*O poder constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 74).

[4] SALDANHA, Nelson. Op. cit. p. 79.

[5] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...* Op. cit. p. 94.

[6] LOPES, Maurício Ribeiro Antonio. *Poder constituinte reformador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 134.

[7] Como explica Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*O poder...* Op. cit. p. 141), são os chamados princípios constitucionais limitativos.



Direitos e Garantias Fundamentais 3

1 ORIGEM, DESENVOLVIMENTO E FINALIDADE. DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO DIREITOS DE DEFESA

Na visão ocidental de democracia, governo pelo povo e limitação de poder estão indissoluvelmente combinados.[1] O povo escolhe seus representantes, que, agindo como mandatários, decidem os destinos da nação. O poder delegado pelo povo a seus representantes, porém, não é absoluto, conhecendo várias limitações, inclusive com a previsão de direitos e garantias individuais e coletivas do cidadão relativamente aos demais cidadãos (relação horizontal) e ao próprio Estado (relação vertical).

Ressalte-se que o estabelecimento de constituições escritas está diretamente ligado à edição de declarações de direitos do homem. Com a finalidade de estabelecimento de limites ao poder político, ocorrendo a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário.

A evolução histórica dos direitos humanos fundamentais aponta que sua origem pode ser observada no antigo Egito e Mesopotâmia, no terceiro milênio a.C., onde já eram previstos alguns mecanismos para proteção individual em relação ao Estado. O Código de Hammurabi (1690 a.C.)

talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes. A influência filosófico-religiosa nos direitos do homem pôde ser sentida com a propagação das ideias de Buda, basicamente sobre a igualdade de todos os homens (500 a.C.). Posteriormente, já de forma mais coordenada, porém com uma concepção ainda muito diversa da atual, surgem na Grécia vários estudos sobre a necessidade da igualdade e liberdade do homem, destacando-se as previsões de participação política dos cidadãos (democracia direta de Péricles); a crença na existência de um direito natural anterior e superior às leis escritas, defendida no pensamento dos sofistas e estoicos (por exemplo, na obra *Antígona* – 441 a.C. –, Sófocles defende a existência de normas não escritas e imutáveis, superiores aos direitos escritos pelo homem). Contudo, foi o Direito romano que estabeleceu um complexo mecanismo de interditos visando tutelar os direitos individuais em relação aos arbítrios estatais. A Lei das Doze Tábuas pode ser considerada a origem dos textos escritos consagradores da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos do cidadão.

Posteriormente, a forte concepção religiosa trazida pelo *Cristianismo*, com a mensagem de igualdade de todos os homens, independentemente de origem, raça, sexo ou credo, influenciou diretamente a consagração dos direitos fundamentais, enquanto necessários à dignidade da pessoa humana.

Durante a Idade Média, apesar da organização feudal e da rígida separação de classes, com a consequente relação de subordinação entre o suserano e os vassalos, diversos documentos jurídicos reconheciam a existência de direitos humanos, sempre com o mesmo traço básico: *limitação do poder estatal*. O forte desenvolvimento das declarações de direitos humanos fundamentais deu-se, porém, a partir do terceiro quarto do século XVIII até meados do século XX.

Os mais importantes antecedentes históricos das declarações de direitos humanos fundamentais encontram-se, primeiramente, na Inglaterra, onde podemos citar a *Magna Charta Libertatum*, outorgada por João Sem-Terra em 15 de junho de 1215 (MIRANDA, Jorge. *Textos históricos do direito constitucional*. 2. ed. Lisboa: Casa da Moeda, 1990. p. 13, nos informa que foi confirmada seis vezes por Henrique III, três vezes por Eduardo I, catorze vezes por Eduardo III, seis vezes por Ricardo II, seis vezes por Henrique IV, uma vez por Henrique V e uma vez por Henrique VI), a *Petition of Right*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, o *Bill of Rights*, de 1689, e o *Act of Settlement*, de 12-6-1701.

A Magna Charta Libertatum, de 15-6-1215, entre outras garantias, previa: a liberdade da Igreja da Inglaterra, restrições tributárias, proporcionalidade entre delito e sanção (A multa a pagar por um homem livre, pela prática de um pequeno delito, será proporcional à gravidade do delito; e pela prática de um crime será proporcional ao horror deste, sem prejuízo do necessário à subsistência e posição do infrator – item 20); previsão do devido processo legal (Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país – item 39); livre acesso à Justiça (Não venderemos, nem recusaremos, nem protelaremos o direito de qualquer pessoa a obter justiça – item 40); liberdade de locomoção e livre entrada e saída do país.

A Petition of Right, de 1628, previa expressamente que ninguém seria obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou benevolência e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento; e que ninguém seria chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou, de qualquer forma, molestado ou inquietado, por causa destes tributos ou da recusa em

pagá-los. Previa, ainda, que nenhum homem livre ficasse sob prisão ou detido ilegalmente.

O Habeas Corpus Act, de 1679, regulamentou esse instituto que, porém, já existia na common law. A lei previa que, por meio de reclamação ou requerimento escrito de algum indivíduo ou a favor de algum indivíduo detido ou acusado da prática de um crime (exceto se se tratar de traição ou felonia, assim declarada no mandado respectivo, ou de cumplicidade ou de suspeita de cumplicidade, no passado, em qualquer traição ou felonia, também declarada no mandado, e salvo o caso de formação de culpa ou incriminação em processo legal), o lorde-chanceler ou, em tempo de férias, algum juiz dos tribunais superiores, depois de terem visto cópia do mandado ou o certificado de que a cópia foi recusada, poderiam conceder providência de **habeas corpus** (exceto se o próprio indivíduo tivesse negligenciado, por dois períodos, em pedir a sua libertação) em benefício do preso, a qual será imediatamente executada perante o mesmo lorde-chanceler ou o juiz; e, se afiançável, o indivíduo seria solto, durante a execução da providência, comprometendo-se a comparecer e a responder à acusação no tribunal competente. Além de outras previsões complementares, o Habeas Corpus Act previa multa de 500 libras àquele que voltasse a prender, pelo mesmo fato, o indivíduo que tivesse obtido a ordem de soltura.

A Bill of Rights, de 1689, decorrente da abdicação do rei Jaime II e outorgada pelo Príncipe de Orange, no dia 13 de fevereiro, significou enorme restrição ao poder estatal, prevendo, dentre outras regulamentações: fortalecimento ao princípio da legalidade, ao impedir que o rei pudesse suspender leis ou a execução das leis sem o consentimento do Parlamento; criação do direito de petição; liberdade de eleição dos membros do Parlamento; imunidades parlamentares; vedação à aplicação de penas cruéis; convocação frequente do Parlamento. Saliente-se, porém, que, apesar do avanço em termos de declaração de direitos, o Bill of Rights

expressamente negava a liberdade e igualdade religiosa, ao prever em seu item IX que, considerando que a experiência tem demonstrado que é incompatível com a segurança e bem-estar deste reino protestante ser governado por um príncipe papista ou por um rei ou rainha casada com um papista, os lordes espirituais e temporais e os comuns pedem, além disso, que fique estabelecido que quaisquer pessoas que participem ou comunguem da Sé e Igreja de Roma ou professem a religião papista ou venha a casar com um papista sejam excluídos e se tornem para sempre incapazes de herdar, possuir ou ocupar o trono deste reino, da Irlanda e seus domínios ou de qualquer parte do mesmo ou exercer qualquer poder, autoridade ou jurisdição régia; e, se tal se verificar, mais reclamam que o povo destes reinos fique desligado do dever de obediência e que o trono passe para a pessoa ou as pessoas de religião protestante que o herdariam e ocupariam em caso de morte da pessoa ou das pessoas dadas por incapazes.

O Act of Settlement, de 12-6-1701, basicamente, configurou-se em um ato normativo reafirmador do princípio da legalidade (item IV – E considerando que as leis de Inglaterra constituem direitos naturais do seu povo e que todos os reis e rainhas que subirem ao trono deste reino deverão governá-lo, em obediência às ditas leis, e que todos os seus oficiais e ministros deverão servi-los também de acordo com as mesmas leis…) e da responsabilização política dos agentes públicos, prevendo-se a possibilidade, inclusive, de impeachment de magistrados.

Posteriormente, e com idêntica importância, na evolução dos direitos humanos encontramos a participação da Revolução dos Estados Unidos da América, onde podemos citar os históricos documentos: Declaração de Direitos de Virgínia, de 16-6-1776; Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, 4-7-1776; Constituição dos Estados Unidos da América, de 17-9-1787.

Na Declaração de Direitos de Virgínia, a Seção I já proclama o direito à vida, à liberdade e à propriedade. Outros direitos humanos fundamentais

foram expressamente previstos, tais quais o princípio da legalidade, o devido processo legal, o Tribunal de Júri, o princípio do juiz natural e imparcial, a liberdade de imprensa e a liberdade religiosa (Só a razão e a convicção, não a força ou a violência, podem prescrever a religião e as obrigações para com o Criador e a forma de as cumprir; e, por conseguinte, todos os homens têm igualmente direito ao livre culto da religião, de acordo com os ditames da sua consciência – Seção XVI).

A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, documento de inigualável valor histórico e produzido basicamente por Thomas Jefferson, teve como tônica preponderante a limitação do poder estatal, como se percebe por algumas passagens: A história do atual Rei da Grã-Bretanha compõe-se de repetidos danos e usurpações, tendo todos por objetivo direto o estabelecimento da tirania absoluta sobre estes Estados. Para prová-lo, permitam-nos submeter os fatos a um cândido mundo: recusou assentimento a leis das mais salutares e necessárias ao bem público (…) Dissolveu Casas de Representantes repetidamente porque se opunham com máscula firmeza às invasões dos direitos do povo (…) Dificultou a administração da justiça pela recusa de assentimento a leis que estabeleciam poderes judiciários. Tornou os juízes dependentes apenas da vontade dele para gozo do cargo e valor e pagamento dos respectivos salários (…) Tentou tornar o militar independente do poder civil e a ele superior (…).

Igualmente, a Constituição dos Estados Unidos da América e suas dez primeiras emendas, aprovadas em 25-9-1789 e ratificadas em 15-12-1791, pretenderam limitar o poder estatal estabelecendo a separação dos poderes estatais e diversos direitos humanos fundamentais: liberdade religiosa; inviolabilidade de domicílio; devido processo legal; julgamento pelo Tribunal do Júri; ampla defesa; impossibilidade de aplicação de penas cruéis ou aberrantes.

A consagração normativa dos direitos humanos fundamentais, porém, coube à França, quando, em 26-8-1789, a Assembleia Nacional promulgou

a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, com 17 artigos. Dentre as inúmeras e importantíssimas previsões, podemos destacar os seguintes direitos humanos fundamentais: princípio da igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção de inocência; liberdade religiosa, livre manifestação de pensamento.

A Constituição francesa de 3-9-1791 trouxe novas formas de controle do poder estatal, porém coube à Constituição francesa de 24-6-1793 uma melhor regulamentação dos direitos humanos fundamentais, cujo preâmbulo assim se manifestava:

> "O povo francês, convencido de que o esquecimento e o desprezo dos direitos naturais do homem são as causas das desgraças do mundo, resolveu expor, numa declaração solene, esses direitos sagrados e inalienáveis, a fim de que todos os cidadãos, podendo comparar sem cessar os atos do governo com a finalidade de toda a instituição social, nunca se deixem oprimir ou aviltar pela tirania; a fim de que o povo tenha sempre perante os olhos as bases da sua liberdade e da sua felicidade, o magistrado a regra dos seus deveres, o legislador o objeto da sua missão. Por consequência, proclama, na presença do Ser Supremo, a seguinte declaração dos direitos do homem e do cidadão."

Dentre outras previsões, foram consagrados os seguintes direitos humanos fundamentais: igualdade, liberdade, segurança, propriedade, legalidade, livre acesso aos cargos públicos, livre manifestação de pensamento, liberdade de imprensa, presunção de inocência, devido processo legal, ampla defesa, proporcionalidade entre delitos e penas, liberdade de profissão, direito de petição, direitos políticos.

A maior efetivação dos direitos humanos fundamentais continuou durante o constitucionalismo liberal do século XIX, tendo como exemplos a Constituição espanhola de 19-3-1812 (Constituição de Cádis), a Constituição portuguesa de 23-9-1822, a Constituição belga de 7-2-1831 e a Declaração francesa de 4-11-1848.

A Constituição de Cádis previa, em seu Capítulo III, o princípio da legalidade, e, em seu art. 172, as restrições aos poderes do rei, consagrando dentre outros direitos humanos fundamentais: princípio do juiz natural, impossibilidade de tributos arbitrários, direito de propriedade, desapropriação mediante justa indenização, liberdade. Não obstante essas garantias, inexistia a liberdade religiosa, pois em seu art. 12 a citada Constituição estabelecia: A religião da Nação Espanhola é e será perpetuamente a católica apostólica romana, única verdadeira. A Nação protege-a com leis sábias e justas e proíbe o exercício de qualquer outra.

A Constituição portuguesa de 1822, grande marco de proclamação de direitos individuais, estabelecia já em seu Título I, Capítulo único, os direitos individuais dos portugueses, consagrando, dentre outros, os seguintes direitos: igualdade, liberdade, segurança, propriedade, desapropriação somente mediante prévia e justa indenização, inviolabilidade de domicílio, livre comunicação de pensamentos, liberdade de imprensa, proporcionalidade entre delito e pena, reserva legal, proibição de penas cruéis ou infamantes, livre acesso aos cargos públicos, inviolabilidade da comunicação de correspondência.

Anote-se que a liberdade de imprensa era muito relativizada à época, como demonstra o art. 8º da citada Constituição portuguesa, que previa a possibilidade de censura dos escritos publicados sobre dogma e moral, a ser realizada pelos bispos.

A Constituição belga de 7-2-1831 também reservou um título autônomo para a consagração dos direitos dos belgas (Título II, arts. 4º a 24) que, além da consagração dos já tradicionais direitos individuais

previstos na Constituição portuguesa, estabelecia a liberdade de culto religioso (arts. 14 e 15), direito de reunião e associação.

A Declaração de Direitos da Constituição francesa de 4-11-1848 esboçou uma ampliação em termos de direitos humanos fundamentais que seria, posteriormente, definitiva a partir dos diplomas constitucionais do século XX. Assim, além dos tradicionais direitos humanos, em seu art. 13 previa como direitos dos cidadãos garantidos pela Constituição a liberdade do trabalho e da indústria, a assistência aos desempregados, às crianças abandonadas, aos enfermos e aos velhos sem recursos, cujas famílias não pudessem socorrer.

O início do século XX trouxe diplomas constitucionais fortemente marcados pelas preocupações sociais, como se percebe por seus principais textos: Constituição mexicana de 31-1-1917, Constituição de Weimar de 11-8-1919, Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 17-1-1918, seguida pela primeira Constituição Soviética (Lei Fundamental) de 10-7-1918 e Carta do Trabalho, editada pelo Estado Fascista italiano em 21-4-1927.

A Constituição mexicana de 1917 passou a garantir direitos individuais com fortes tendências sociais, como, por exemplo, direitos trabalhistas (art. 5º – o contrato de trabalho obrigará somente a prestar o serviço convencionado pelo tempo fixado por lei, sem poder exceder um ano em prejuízo do trabalhador, e não poderá compreender, em caso algum, a renúncia, perda ou diminuição dos direitos políticos ou civis. A falta de cumprimento do contrato pelo trabalhador só o obrigará à correspondente responsabilidade civil, sem que em nenhum caso se possa exceder coação sobre a sua pessoa), efetivação da educação (art. 3º, VI e VII – a educação primária será obrigatória; toda a educação ministrada pelo Estado será gratuita).

A Constituição de Weimar previa em sua Parte II os Direitos e Deveres fundamentais dos alemães. Os tradicionais direitos e garantias individuais

eram previstos na Seção I, enquanto a Seção II trazia os direitos relacionados à vida social, a Seção III, os direitos relacionados à religião e às Igrejas, a Seção IV, os direitos relacionados à educação e ensino, e a Seção V, os direitos referentes à vida econômica.

Em relação à Seção I, podemos destacar, além da consagração dos direitos tradicionais, as previsões do art. 117 (são invioláveis o segredo da correspondência, dos correios, do telégrafo e do telefone. Só a lei pode estabelecer exceções a esta regra) e do art. 118 (Todo cidadão tem o direito, nos limites das leis gerais, de exprimir livremente o seu pensamento pela palavra, por escrito, pela impressão, pela imagem ou por qualquer outro meio. Nenhuma relação de trabalho ou emprego pode sofrer prejuízo por sua causa).

No tocante à Seção II, logo no art. 119 previa-se o casamento como fundamento da vida da família e da conservação e desenvolvimento da nação e proclamava a igualdade de direitos dos dois sexos, além de proteger a maternidade e afirmar incumbir ao Estado a pureza, a saúde e o desenvolvimento social da família. Inovou também em termos de direitos e garantias específicos à juventude, proclamando a igualdade entre os filhos legítimos e ilegítimos, a proteção contra a exploração, o abandono moral, intelectual e físico (arts. 120 a 122).

A liberdade de crença e culto foi consagrada pela Constituição de Weimar na Seção III, em seu art. 135, que expressamente afirmava: Todos os habitantes do Império gozam de plena liberdade de crença e consciência. O livre exercício da religião é garantido pela Constituição e está sob proteção do Estado.

A Seção IV dava grande importância às artes, às ciências e ao seu ensino, consagrando plena liberdade e incumbindo o Estado de protegê-las. Em relação à educação, o Estado deveria assegurar o princípio da escolaridade obrigatória e gratuita (arts. 145 e 146).

Por fim, a Seção V, além de consagrar direitos tradicionais como propriedade, sucessão e liberdade contratual, deu grande ênfase aos direitos socioeconômicos, prevendo a proteção especial do Império em relação ao trabalho (art. 157), a liberdade de associação para defesa e melhoria das condições de trabalho e de vida (art. 159), a obrigatoriedade de existência de tempo livre para os empregados e operários poderem exercer seus direitos cívicos e funções públicas gratuitas (art. 160), sistema de seguridade social, para conservação da saúde e da capacidade de trabalho, proteção da maternidade e prevenção dos riscos da idade, da invalidez e das vicissitudes da vida (art. 161).

Além desses direitos sociais expressamente previstos, a Constituição de Weimar demonstrava forte espírito de defesa dos direitos sociais, ao proclamar que o império procuraria obter uma regulamentação internacional da situação jurídica dos trabalhadores que assegurasse ao conjunto da classe operária da humanidade um mínimo de direitos sociais e que os operários e empregados seriam chamados a colaborar, em pé de igualdade, com os patrões na regulamentação dos salários e das condições de trabalho, bem como no desenvolvimento das forças produtivas.

A Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918, pelas próprias circunstâncias que idealizaram a Revolução de 1917, visava, como previsto em seu Capítulo II, suprimir toda a exploração do homem pelo homem, a abolir completamente a divisão da sociedade em classes, a esmagar implacavelmente todos os exploradores, a instaurar a organização socialista da sociedade e a fazer triunfar o socialismo em todos os países. Com base nesses preceitos, foi abolido o direito de propriedade privada, sendo que todas as terras passaram a ser propriedade nacional e entregues aos trabalhadores sem qualquer espécie de resgate, na base de uma repartição igualitária em usufruto (art. 1º).

Posteriormente, a Lei Fundamental Soviética de 10-7-1918 proclamou o princípio da igualdade, independentemente de raça ou nacionalidade (art.

22), determinando a prestação de assistência material e qualquer outra forma de apoio aos operários e aos camponeses mais pobres, a fim de concretizar a igualdade (art. 16).

Apesar desses direitos, a citada Lei Fundamental Soviética, em determinadas normas, avança em sentido oposto à evolução dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, ao privar, em seu art. 23, os indivíduos e os grupos particulares dos direitos de que poderiam usar em detrimento dos interesses da revolução socialista, ou ainda ao centralizar a informação (art. 14) e a obrigatoriedade do trabalho (art. 14) com o princípio quem não trabalha não come (art. 18).

A Carta do Trabalho de 21-4-1927, apesar de impregnada fortemente pela doutrina do Estado fascista italiano, trouxe um grande avanço em relação aos direitos sociais dos trabalhadores, prevendo, principalmente: liberdade sindical, magistratura do trabalho, possibilidade de contratos coletivos de trabalho, maior proporcionalidade de retribuição financeira em relação ao trabalho, remuneração especial ao trabalho noturno, garantia do repouso semanal remunerado, previsão de férias após um ano de serviço ininterrupto, indenização em virtude de dispensa arbitrária ou sem justa causa, previsão de previdência, assistência, educação e instrução sociais.

A evolução histórica dos direitos humanos fundamentais nas Constituições brasileiras seguiu a tendência internacional, inclusive com importantes previsões desde nossa primeira Constituição Imperial.

A Constituição Política do Império do Brasil, jurada a 25-3-1824, previa em seu Título VIII – Das disposições geraes, e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brazileiros – extenso rol de direitos humanos fundamentais. O art. 179 possuía 35 incisos, consagrando direitos e garantias individuais, tais como: princípios da igualdade e legalidade, livre manifestação de pensamento, impossibilidade de censura prévia, liberdade religiosa, liberdade de locomoção, inviolabilidade de domicílio, possibilidade de prisão somente em flagrante delito ou por ordem da

autoridade competente, fiança, princípio da reserva legal e anterioridade da lei penal, independência judicial, princípio do Juiz natural, livre acesso aos cargos públicos, abolição dos açoites, da tortura, da marca de ferro quente e todas as mais penas cruéis, individualização da pena, respeito à dignidade do preso, direito de propriedade, liberdade de profissão, direito de invenção, inviolabilidade das correspondências, responsabilidade civil do Estado por ato dos funcionários públicos, direito de petição, gratuidade do ensino público primário.

A existência de um rol onde os direitos humanos fundamentais fossem expressamente declarados foi novamente repetida pela 1ª Constituição republicana, de 24-2-1891, que em seu Título III – Seção II previa a Declaração de Direitos.

Além dos tradicionais direitos e garantias individuais que já haviam sido consagrados pela Constituição anterior, podemos destacar as seguintes previsões estabelecidas pelo art. 72: gratuidade do casamento civil, ensino leigo, direitos de reunião e associação, ampla defesa (§ 16 – Aos accusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciaes a ella, desde a nota de culpa, entregue em vinte e quatro horas ao preso e assignada pela autoridade competente, com os nomes do accusador e das testemunhas), abolição das penas das galés e do banimento judicial, abolição da pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra, habeas corpus, propriedade de marcas de fábrica, Instituição do Júri.

A tradição de as Constituições brasileiras preverem um capítulo sobre direitos e garantias foi mantida pela Constituição de 16-7-1934, que repetiu – em seu art. 113 e seus 38 incisos – o extenso rol de direitos humanos fundamentais, acrescentando: consagração do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada; escusa de consciência, direitos do autor na reprodução de obras literárias, artísticas e científicas; irretroatividade da lei penal; impossibilidade de prisão civil por dívidas, multas ou custas;

impossibilidade de concessão de extradição de estrangeiro em virtude de crimes políticos ou de opinião e impossibilidade absoluta de extradição de brasileiro; assistência jurídica gratuita; mandado de segurança; ação popular (art. 113, inc. 38 – Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios).

A Constituição de 10-11-1937, apesar das características políticas preponderantes à época, também consagrou extenso rol de direitos e garantias individuais, prevendo 17 incisos em seu art. 122. Além da tradicional repetição dos direitos humanos fundamentais clássicos, trouxe como novidades constitucionais os seguintes preceitos: impossibilidade de aplicação de penas perpétuas; maior possibilidade de aplicação da pena de morte, além dos casos militares (inc. 13, alíneas a até f); criação de um Tribunal especial com competência para o processo e julgamento dos crimes que atentarem contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular.

A Constituição de 18-9-1946, além de prever um capítulo específico para os direitos e garantias individuais (Título IV, Capítulo II), estabeleceu em seu art. 157 diversos direitos sociais relativos aos trabalhadores e empregados seguindo, pois, uma tendência da época. Além disso, previu títulos especiais para a proteção à família, educação e cultura (Título VI).

O art. 141 da referida Constituição passou a utilizar-se de nova redação, posteriormente seguida pelas demais Constituições, inclusive a atual. Assim, em seu *caput* proclamava: A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes (…). Após essa enunciação, trazia um rol de 38 parágrafos com previsões específicas sobre os direitos e garantias individuais. Além das tradicionais previsões já constantes nas demais Constituições, podemos ressaltar as seguintes: A lei não poderá excluir da

apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual; para proteger direito líquido e certo não amparado por **habeas corpus**, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder; contraditório; sigilo das votações, plenitude de defesa e soberania dos veredictos do Tribunal do Júri; reserva legal em relação a tributos; direito de certidão.

A Constituição de 24-1-1967 igualmente previa um capítulo de direitos e garantias individuais e um artigo (158) prevendo direitos sociais aos trabalhadores, visando à melhoria de sua condição social.

Seguindo a tradição brasileira de enumeração exemplificativa, a redação do art. 150 muito se assemelhava à redação da Constituição anterior e trouxe como novidades: sigilo das comunicações telefônicas e telegráficas; respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário; previsão de competência mínima para o Tribunal do Júri (crimes dolosos contra a vida); previsão de regulamentação da sucessão de bens de estrangeiros situados no Brasil pela lei brasileira, em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que lhes seja mais favorável a lei nacional do *de cujus*.

A Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-1969, que produziu inúmeras e profundas alterações na Constituição de 1967, inclusive em relação à possibilidade de excepcionais restrições aos direitos e garantias individuais, não trouxe nenhuma *substancial alteração formal* na enumeração dos direitos humanos fundamentais.

1.1 Classificação dos direitos fundamentais[2]

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II os *direitos e garantias fundamentais,* subdividindo-os em cinco capítulos: *direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos* e *partidos políticos.* Assim, a classificação adotada pelo legislador

constituinte estabeleceu cinco espécies ao gênero *direitos e garantias fundamentais*: direitos e garantias individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos.

Modernamente, a doutrina apresenta-nos a classificação de direitos fundamentais de *primeira, segunda* e *terceira gerações,* baseando-se na ordem histórica cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos.

Como destaca Celso de Mello,

> "enquanto os *direitos de primeira geração* (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os *direitos de segunda geração* (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os *direitos de terceira geração,* que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade".[3]

Assim, os *direitos fundamentais de primeira geração* são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente a partir da *Magna Charta.*

Referindo-se aos hoje chamados *direitos fundamentais de segunda geração,* que são os direitos sociais, econômicos e culturais, surgidos no início do século, Themistocles Brandão Cavalcanti analisou que

> “o começo do nosso século viu a inclusão de uma nova categoria de direitos nas declarações e, ainda mais recentemente, nos princípios garantidores da liberdade das nações e das normas da convivência internacional. Entre os direitos chamados sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice etc.”.[4]

Por fim, modernamente, protege-se, constitucionalmente, como *direitos de terceira geração* os chamados *direitos de solidariedade ou fraternidade,* que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado,[5] uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos, que são, no dizer de José Marcelo Vigliar, os interesses de grupos menos determinados de pessoas, sendo que entre elas não há vínculo jurídico ou fático muito preciso.[6]

Como conclui Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “a primeira geração seria a dos direitos de *liberdade,* a segunda, dos direitos de *igualdade,* a terceira, assim, complementaria o lema da Revolução Francesa: *liberdade, igualdade, fraternidade*”.[7]

Note-se que Celso Lafer classifica esses mesmos direitos em quatro gerações, dizendo que os direitos de terceira e quarta gerações transcendem a esfera dos indivíduos considerados em sua expressão singular e recaindo, exclusivamente, nos grupos primários e nas grandes formações sociais.[8]

2 NATUREZA JURÍDICA E EFICÁCIA DAS NORMAS QUE DISCIPLINAM OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Os direitos e garantias fundamentais são direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma constituição cuja *eficácia* e *aplicabilidade* dependem muito de seu próprio enunciado, uma vez que a

Constituição faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados entre os fundamentais.[9] Em regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata. A própria Constituição Federal, em uma norma-síntese, determina tal fato dizendo que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Essa declaração pura e simplesmente não bastaria se outros mecanismos não fossem previstos para torná-la eficiente (exemplo: mandado de injunção e iniciativa popular).

A eficácia e aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias individuais atua em dois planos distintos e complementares – eficácia vertical (Estado-indivíduo) e horizontal (indivíduo-indivíduo), de maneira a evitar abusos e excessos inconstitucionais tanto na atuação estatal quanto nas relações privadas e sociais.

Sob a ótica da eficácia vertical (Estado-indivíduo), os direitos fundamentais cumprem, no dizer de Canotilho,

> "a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)".[10]

Há, porém, inúmeras situações em que a plena eficácia vertical (Estado/indivíduo) dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional exige a concretização de prestações estatais positivas que demandam recursos financeiros, não raras vezes insuficientes. Em várias

dessas hipóteses, o poder público evoca a *cláusula da reserva do possível*, consistente na justificativa objetiva de impossibilidade de efetiva implementação da previsão constitucional por ausência de suporte financeiro.

A *cláusula da reserva do possível* não poderá, contudo, ser arguida para evitar a aplicação do *mínimo existencial*[11] em matéria de direitos fundamentais, pois conforme destacado pelo Supremo Tribunal Federal, "a *cláusula da reserva do possível* – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade",[12] devendo a decisão governamental "conferir precedência à intangibilidade do *mínimo existencial*, em ordem a atribuir real efetividade aos direitos positivados na própria Lei Fundamental da República e aos valores consagrados nas diversas convenções internacionais de direitos humanos. A cláusula da reserva do possível, por isso mesmo, é inoponível à concretização do "mínimo existencial", em face da preponderância dos valores e direitos que nele encontram seu fundamento legitimador".[13]

A eficácia horizontal – adotada em 1954, na Alemanha, onde surgiu o instituto do *Drittwirkung, a partir de decisão do* magistrado trabalhista Hans Carl Nipperdey e, posteriormente consagrada no julgamento do caso Lüth pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (BVerfGE 7, 198, 1958)[14] – garante sua incidência protetiva no âmbito das relações privadas, vinculando a atuação particular ao absoluto e irrestrito respeito aos direitos fundamentais em todas as dimensões da vida social, vedando que, em suas relações privadas e sociais, os particulares pratiquem condutas

discriminatórias, preconceituosas, racistas, homofóbicas, sob pena de responsabilização civil e criminal.

Em que pese a controvérsia doutrinária e no Direito comparado sobre a aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações privadas, em virtude da necessidade de respeito ao princípio da autonomia privada, conforme destacado pelo Ministro Gilmar Mendes, "um meio de irradiação dos direitos fundamentais para as relações privadas seriam as cláusulas gerais *(Generalklausel)* que serviriam de *'porta de entrada' (Einbruchstelle)* dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado", estabelecendo padrões mínimos de liberdade individual *(standard)*, sem, porém, perder de vista, como "adverte Hesse, que a liberdade individual pode restar ameaçada pela utilização de mecanismos de poder econômico ou social, o que acabaria por permitir a supressão daquele *standard* mínimo de liberdade pelo uso (abusivo) de posições dominantes no plano econômico-social. Assim, entende Hesse que cabe ao legislador e, se este se revelar omisso ou indiferente, ao próprio juiz, interpretar o direito privado à luz dos direitos fundamentais *(ïm Licht der Gründrechte),* exercendo o dever de proteção *(Schutzplicht)* que se impõe ao Estado".[15]

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal incorporou os dois planos distintos e complementares de eficácia dos direitos e garantias fundamentais – eficácia vertical (Estado-indivíduo) e horizontal (indivíduo-indivíduo) –, entendendo que, "consoante regra insculpida no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, pois não contemplara o legislador constituinte nenhuma condição ou restrição à sua eficácia imediata, e, outrossim, não havendo bloqueio constitucional quanto à irradiação de efeitos dos direitos fundamentais às relações jurídicas não verticais (Estado-particular), tem-se que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm campo de incidência em qualquer relação jurídica, seja ela pública, mista ou privada (eficácia horizontal), donde os direitos

fundamentais assegurados pela Carta Política vinculam não apenas os poderes públicos, alcançando também as relações privadas",[16] pois "as violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados".[17]

Ressalte-se, ainda, que o estabelecimento de princípios e regras constitucionais expressas protetivas dos direitos e garantias fundamentais não afasta a existência do Princípio Implícito da Proibição de Retrocesso, como importante vetor da manutenção de sua efetividade, impedindo que, uma vez concretizados que venham a sofrer redução ou supressão por novas medidas governamentais. Trata-se de princípio aplicável na interpretação dos direitos sociais – em especial no direito à saúde – a partir de seu desenvolvimento para a garantia de proteção ao Meio Ambiente.[18] Nesse sentido, conforme destacado pelo Ministro António Herman Benjamin, "é seguro afirmar que a proteção de retrocesso, apesar de não se encontrar, com nome e sobrenome, consagrada na nossa Constituição, nem em normas infraconstitucionais, e não obstante sua relativa imprecisão – compreensível em institutos de formulação recente e ainda em pleno processo de consolidação –, transformou-se em princípio geral do Direito Ambiental, a ser invocado na avaliação da legitimidade de iniciativas legislativas destinadas a reduzir o patamar de tutela legal do meio ambiente, mormente naquilo que afete em particular (a) processos ecológicos essenciais, (b) ecossistemas frágeis ou à beira de colapso e (c) espécies ameaçadas de extinção".[19]

A natureza jurídica constitucional dos direitos e garantias fundamentais coloca-os em elevada posição hermenêutica em relação aos demais direitos previstos no ordenamento jurídico, apresentando diversas características:

imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, interdependência, complementaridade e relatividade:

- *Imprescritibilidade*: os direitos humanos fundamentais não se perdem pelo decurso do prazo;
- *Inalienabilidade*: não há possibilidade de transferência dos direitos humanos fundamentais, seja a título gratuito, seja a título oneroso;
- *Irrenunciabilidade*: os direitos humanos fundamentais não podem ser objeto de renúncia. Dessa característica surgem discussões importantes na doutrina, tais como a renúncia ao direito à vida e a eutanásia, o suicídio e o aborto;
- *Inviolabilidade*: impossibilidade de desrespeito por determinações infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal;
- *Universalidade*: a abrangência desses direitos engloba todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica;
- *Efetividade*: a atuação do Poder Público deve ser no sentido de garantir a efetivação dos direitos e garantias previstos, com mecanismos coercitivos para tanto, uma vez que a Constituição Federal não se satisfaz com o simples reconhecimento abstrato;
- *Interdependência*: as várias previsões constitucionais, apesar de autônomas, possuem diversas intersecções para atingirem suas finalidades. Assim, por exemplo, a liberdade de locomoção está intimamente ligada à garantia do *habeas corpus*, bem como previsão de prisão somente por flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial competente;

- *Complementaridade*: os direitos humanos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente, mas sim de forma conjunta com a finalidade de alcance dos objetivos previstos pelo legislador constituinte;
- *Relatividade*: item 2.1.

2.1 Relatividade e conflito entre direitos e garantias individuais e coletivos

Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um *verdadeiro escudo protetivo* da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.[20]

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (*Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas*).

Apontando a relatividade dos direitos fundamentais, Quiroga Lavié[21] afirma que os direitos fundamentais nascem para reduzir a ação do Estado aos limites impostos pela Constituição, sem, contudo, desconhecerem a subordinação do indivíduo ao Estado, como garantia de que eles *operem dentro dos limites impostos pelo direito.*

A própria Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, expressamente, em seu art. 29 afirma que

> "toda pessoa tem deveres com a comunidade, posto que somente nela pode-se desenvolver livre e plenamente sua personalidade. No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades

> todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Estes direitos e liberdades não podem, em nenhum caso, serem exercidos em oposição com os propósitos e princípios das Nações Unidas. Nada na presente Declaração poderá ser interpretado no sentido de conferir direito algum ao Estado, a um grupo ou uma pessoa, para empreender e desenvolver atividades ou realizar atos tendentes a supressão de qualquer dos direitos e liberdades proclamados nessa Declaração".

Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deverá utilizar-se do *princípio da concordância prática ou da harmonização*, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (*contradição dos princípios*), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua, pois nessas hipóteses, como salienta Robert Alexy, há necessidade que um dos direitos fundamentais ceda ao outro, "o que não significa declará-lo inválido", mas analisar as circunstâncias fáticas para, no caso concreto, realizar a devida ponderação e apontar a precedência de um em relação ao outro.[22] Nesse mesmo sentido, Ronald Dwordin ensina que "quando dois princípios entram em colisão — por exemplo, se um diz que algo é proibido e outro, que é permitido —, um dos dois tem que ceder frente ao outro, porquanto um limita a possibilidade jurídica do outro. O que não implica que o princípio desprezado seja inválido, pois a colisão de princípios se dá apenas entre princípios válidos".[23]

Robert Alexy aponta a necessidade de observar-se três graus na aplicação da técnica da ponderação, afirmando que “segundo a lei da ponderação, a ponderação deve realizar-se em três graus. No primeiro grau dever ser determinada a intensidade da intervenção. No segundo grau trata-se, então, da importância dos fundamentos que justificam a intervenção. Somente no terceiro grau realiza-se, então, a ponderação em sentido restrito e verdadeiro”.[24]

Ocorrendo a colisão entre direitos fundamentais, portanto, para que se atinja o verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua, deverão ser analisados os critérios da proporcionalidade, razoabilidade e adequação, no sentido de realizar-se a técnica da ponderação para atingir-se o resultado hermenêutico justo e necessário perante o caso concreto,[25] pois como salientado por Robert Alexy, “o ponto de partida da teoria da argumentação jurídica é a constatação de que, no limite, a fundamentação jurídica sempre diz respeito a questões práticas, ou seja, àquilo que é obrigatório, proibido e permitido (…) Em todos os casos minimamente problemáticos são necessárias valorações que não são dedutíveis diretamente do material normativo preexistente”.[26]

3 DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

3.1 Diferenciação entre direitos e garantias individuais

Diversos doutrinadores diferenciam direitos de garantias fundamentais. A distinção entre *direitos* e *garantias fundamentais*, no direito brasileiro, remonta a Rui Barbosa, ao separar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o

poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito.

Para Canotilho, rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o *caráter instrumental* de proteção dos direitos. As garantias traduzem-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade (exemplo: direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos, princípios do *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine crimen,* direito de *habeas corpus*, princípio do *non bis in idem*).[27] A mesma diferenciação faz Jorge Miranda afirmando que "clássica e bem actual é a contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos ou direitos e liberdades, por um lado, e garantias por outro lado. Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, as respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos *declaram-se*, as garantias *estabelecem-se*".[28]

3.2 Direitos fundamentais e garantias institucionais

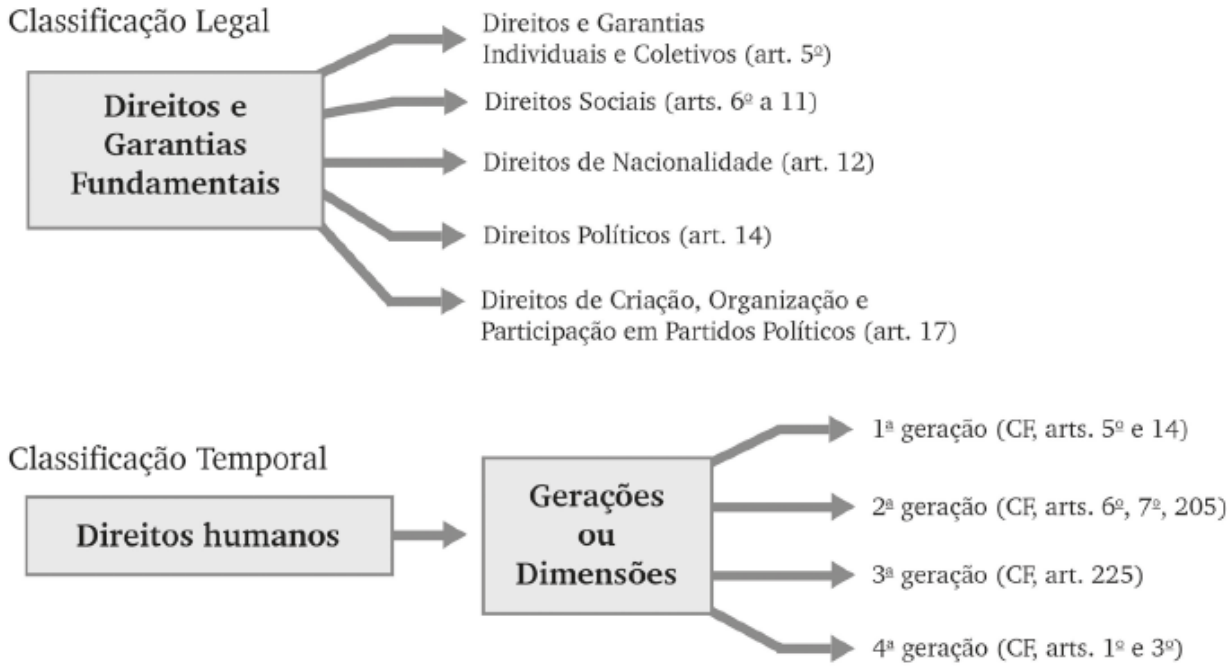
Trata-se de clássica distinção da doutrina alemã, como lembra Canotilho, para a qual as garantias institucionais (*Einrichtungsgarantien*) compreendiam as garantias jurídico-públicas (*Institutionnelle Garantien*) e as garantias jurídico-privadas (*Institutsgarantie*).

As garantias institucionais, apesar de muitas vezes virem consagradas e protegidas pelas leis constitucionais, não seriam verdadeiros direitos atribuídos diretamente às pessoas, mas a determinadas instituições que possuem sujeito e objeto diferenciado.

Assim, a maternidade, a família, a liberdade de imprensa, o funcionalismo público, os entes federativos, são instituições protegidas diretamente como realidades sociais objetivas e só, indiretamente, se expandem para a proteção dos direitos individuais. Concluindo esse raciocínio, Canotilho afirma que

> "a protecção das garantias institucionais aproxima-se, todavia, da protecção dos direitos fundamentais quando se exige, em face das intervenções limitativas do legislador, a salvaguarda do 'mínimo essencial' (núcleo essencial) das instituições".[29]

3.3 Direitos fundamentais – classificação



4 DESTINATÁRIOS DA PROTEÇÃO – TITULARES DOS DIREITOS E GARANTIAS

O art. 5º da Constituição Federal afirma que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes[30] no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Observe-se, porém, que a expressão *residentes no Brasil* deve ser interpretada no sentido de que a Carta Federal assegura ao estrangeiro todos os direitos e garantias mesmo que não possua domicílio no País,[31] só podendo, porém, assegurar a validade e gozo dos direitos fundamentais dentro do território brasileiro,[32] não excluindo, pois, o estrangeiro[33] em trânsito pelo território nacional, que possui igualmente acesso às ações, como o mandado de segurança e demais remédios constitucionais.[34] Igualmente, as pessoas jurídicas são beneficiárias dos direitos e garantias individuais, pois reconhece-se às associações o direito à existência, o que de nada adiantaria se fosse possível excluí-las de todos os seus demais direitos.[35] Dessa forma, os direitos enunciados e garantidos pela constituição são de brasileiros, pessoas físicas e jurídicas.

Os refugiados, igualmente, são titulares dos mesmos direitos e deveres do estrangeiro no Brasil, pois, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, a Lei de Migração "afirma entre os princípios e diretrizes da política migratória brasileira, a universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, a acolhida humanitária, o fortalecimento da integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, mediante constituição de espaços de cidadania e de livre circulação de pessoas e a cooperação internacional com Estados de origem, de trânsito e de destino de movimentos migratórios, a fim de garantir efetiva proteção aos direitos humanos do migrante. O art. 5º da Lei

nº 9.474/1997 (Lei dos Refugiados), por sua vez, é categórico ao assegurar aos refugiados os mesmos direitos e deveres do estrangeiro no Brasil".[36]

Assim, o regime jurídico das liberdades públicas protege tanto as pessoas naturais, brasileiros, estrangeiros ou refugiados no território nacional, como as pessoas jurídicas, pois têm direito à existência, à segurança, à propriedade, à proteção tributária e aos remédios constitucionais.[37]

Miguel Ángel Ekmekdjian e Calogero Pizzolo observam que o art. 25.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos habilita tanto as pessoas físicas como as jurídicas a reclamar a proteção de direitos humanos, da mesma forma que o Tribunal Constitucional da Espanha, que reconheceu expressamente a existência de direitos fundamentais relacionados à pessoa jurídica, respeitando-se, por óbvio, suas características próprias.[38]

Igualmente, a Lei Fundamental alemã consagra que os direitos fundamentais são válidos para pessoas jurídicas, à medida que, pela sua essência, sejam aplicáveis às mesmas.[39]

5 DIREITO À VIDA

A Constituição Federal garante que 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. O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.

A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo[40] e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.[41]

O início da mais preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão somente, dar-lhe o enquadramento legal,[42] pois do ponto de vista biológico a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, resultando um ovo ou zigoto. Assim a vida viável, portanto, começa com a nidação, quando se inicia a gravidez.[43] Conforme adverte o biólogo Botella Lluziá, o embrião ou feto representa um ser individualizado, com uma carga genética própria, que não se confunde nem com a do pai, nem com a da mãe, sendo inexato afirmar que a vida do embrião ou do feto está englobada pela vida da mãe.[44] A Constituição, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive uterina, porém, como os demais Direitos Fundamentais, de maneira não absoluta, pois como destacado pelo Supremo Tribunal Federal, "reputou inquestionável o caráter não absoluto do direito à vida ante o texto constitucional, cujo art. 5º, XLVII, admitiria a pena de morte no caso de guerra declarada na forma do seu artigo 84, XIX. No mesmo sentido, citou previsão de aborto ético ou humanitário como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade no Código Penal, situação em que o legislador teria priorizado os direitos da mulher em detrimento dos do feto.[45] Recordou que a proteção ao direito à vida comportaria diferentes gradações, consoante o que estabelecido na ADI 3510/DF".[46]

6 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo *a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais*, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico.[47] Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se

tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem que se esqueça, porém, como ressalvado por Fábio Konder Comparato, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal.[48]

A igualdade se configura como uma eficácia transcendente, de modo que toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrar compatibilidade com os valores que a Constituição, como norma suprema, proclama.

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado.[49]

Importante, igualmente, apontar a tríplice finalidade limitadora do princípio da igualdade – *limitação ao legislador, ao intérprete/autoridade pública e ao particular*.[50] O *legislador,* no exercício de sua função constitucional de edição normativa, não poderá afastar-se do princípio da igualdade, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. Assim, normas que criem diferenciações abusivas, arbitrárias, sem qualquer finalidade lícita, serão incompatíveis com a Constituição Federal.

O intérprete/autoridade pública não poderá aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias. Ressalte-se que, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional de dizer o direito ao caso concreto, deverá utilizar os mecanismos constitucionais no sentido de dar uma interpretação única e igualitária às normas jurídicas. Nesse sentido a intenção do legislador constituinte ao prever o recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (*uniformização na interpretação da Constituição Federal*) e o recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça (*uniformização na interpretação da legislação federal*). Além disso, sempre em respeito ao princípio da igualdade, a legislação processual deverá estabelecer mecanismos de uniformização de jurisprudência a todos os Tribunais.

Finalmente, o particular não poderá pautar-se por condutas discriminatórias, preconceituosas ou racistas, sob pena de responsabilidade civil e penal, nos termos da legislação em vigor.

Sobre o princípio da igualdade, indispensável recordarmos a lição de San Tiago Dantas:

> "Quanto mais progridem e se organizam as coletividades, maior é o grau de diferenciação a que atinge seu sistema legislativo. A lei

> raramente colhe no mesmo comando todos os indivíduos, quase sempre atende a diferenças de sexo, de profissão, de atividade, de situação econômica, de posição jurídica, de direito anterior; raramente regula do mesmo modo a situação de todos os bens, quase sempre se distingue conforme a natureza, a utilidade, a raridade, a intensidade de valia que ofereceu a todos; raramente qualifica de um modo único as múltiplas ocorrências de um mesmo fato, quase sempre os distingue conforme as circunstâncias em que se produzem, ou conforme a repercussão que têm no interesse geral. Todas essas situações, inspiradas no agrupamento natural e racional dos indivíduos e dos fatos, são essenciais ao processo legislativo, e não ferem o princípio da igualdade. Servem, porém, para indicar a necessidade de uma construção teórica, que permita distinguir as leis arbitrárias das leis conforme o direito, e eleve até esta alta triagem a tarefa do órgão do Poder Judiciário."[51]

É esta a direção interpretativa do princípio da igualdade na doutrina[52] e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.[53]

6.1 Princípio da igualdade e limitação de idade em concurso público

A proibição genérica de acesso a determinadas carreiras públicas, tão somente em razão da idade do candidato, consiste em flagrante inconstitucionalidade, uma vez que não se encontra direcionada a uma finalidade acolhida pelo direito, tratando-se de discriminação abusiva, em virtude da vedação constitucional de diferença de critério de admissão por motivo de idade (CF, art. 7º, XXX), que consiste em corolário, na esfera das relações do trabalho, do princípio fundamental da igualdade (CF, art. 5º, *caput*), que se entende, a falta de exclusão constitucional inequívoca, como

ocorre em relação aos militares (CF, art. 42, § 1º), a todo o sistema de pessoal civil.[54]

É certo que ficarão ressalvadas, por satisfazer a uma finalidade acolhida pelo direito, uma vez examinada à luz da teleologia que informa o princípio da igualdade, as hipóteses em que a limitação de idade se possa legitimar como imposição de natureza e das atribuições do cargo a preencher.[55]

Nesses termos, o STF editou a Súmula 683:

> "O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido."

O Conselho Nacional de Justiça entendeu incabível a fixação de idade máxima (45 anos) como requisito para o ingresso na Magistratura, uma vez que não se justifica pela natureza das atribuições do cargo de magistrado, cujo texto constitucional permite – na hipótese do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores – o acesso até 65 anos de idade.[56]

Esse foi o entendimento, igualmente, adotado pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou inconstitucional limite etário máximo fixado para ingresso no cargo de juiz, pois "a Constituição Federal não exige idade mínima para o ingresso na magistratura, mas sim a exigência de 'três anos de atividade jurídica' ao bacharel em direito (CF, art. 93, I). O limite de 50 anos de idade para ingresso em cargo de magistrado não guarda correlação com a natureza do cargo e destoa do critério a que a Constituição adotou para a composição dos Tribunais Superiores, Tribunais Regionais Federais e Tribunais Regionais do Trabalho".[57]

6.2 Tratamento isonômico entre homens e mulheres (art. 5º, I)

Afirma o art. 5º, I, da Constituição Federal, que *homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.*

A correta interpretação desse dispositivo torna inaceitável a utilização do discrímen sexo, sempre que ele seja eleito com o propósito de desnivelar materialmente o homem da mulher; aceitando-o, porém, quando a finalidade pretendida for atenuar os desníveis. Consequentemente, além de tratamentos diferenciados entre homens e mulheres previstos pela própria constituição (arts. 7º, XVIII e XIX; 40, § 1º, III; 143, §§ 1º e 2º; 201, § 7º, I), poderá a legislação infraconstitucional pretender atenuar os desníveis de tratamento em razão do sexo.

O Supremo Tribunal Federal, em defesa da efetiva igualdade entre homens e mulheres, reconheceu como cláusula pétrea a previsão constitucional de licença à gestante (art. 7º, XVIII), afirmando que qualquer alteração, mesmo por meio de emenda constitucional (na hipótese, a EC nº 20/98), "a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado", uma vez que poderá propiciar "a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da CF/88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres".[58]

Conforme ressaltado pelo STF, "a imposição de discrímen de gênero para fins de participação em concurso público somente é compatível com a Constituição nos excepcionais casos em que demonstradas a fundamentação proporcional e a legalidade da imposição, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia".[59]

O STF, igualmente, reconheceu os direitos da mulher com relação à maternidade e à gestação, consagrando real efetividade à segurança no emprego, que compreende a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa da gestante, mesmo que no momento da dispensa o empregador não tivesse conhecimento do fato. Conforme destacado, "o texto constitucional, portanto, fixa os termos inicial e final, para que não pairem dúvidas sobre a excepcionalidade dessa estabilidade, evitando eventuais fraudes, como o início da gestação posterior à dispensa sem justa causa. O que se exige é a presença de um requisito biológico, qual seja, a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa";[60] bem como amplo acesso aos cargos públicos, ao declarar constitucional a remarcação de testes de aptidão física de candidatas impossibilitadas de realizá-los à época determinada em virtude da gravidez, independentemente de expressa previsão no edital.[61]

Em matéria eleitoral, nossa Corte Suprema também admitiu a presença de ações afirmativas perante o princípio da igualdade material com a finalidade de afastar qualquer tipo de discriminação com relação à mulher e declarou a inconstitucionalidade de regras destinadas ao financiamento de campanhas eleitorais de candidatas.[62]

De igual maneira, no sentido de garantir a efetiva igualdade e considerando a violência de gênero grave violação aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, aplicando interpretação extensiva ao art. 44, I, do Código Penal, indeferiu a possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em caso de contravenção penal envolvendo violência doméstica contra a mulher, tendo reconhecido "a necessidade de combate à cultura de violência contra a mulher no Brasil".[63]

Com o objetivo de garantir o pleno respeito à dignidade da pessoa humana, o Supremo Tribunal Federal entendeu constitucional a previsão de medidas eficazes para prevenir a violência contra a mulher, consistente em

afastamento imediato do agressor do local de convivência com a ofendida, excepcionalmente, pelo delegado de polícia ou policial com imediato referendo judicial. Conforme destacado por nossa Corte Suprema, "A autorização excepcional para que delegados de polícia e policiais procedam na forma do art. 12-C II e III, e § 1º, da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), com as alterações incluídas pela Lei nº 13.827/19, é resposta legislativa adequada e necessária ao rompimento do ciclo de violência doméstica em suas fases mais agudas, amplamente justificável em razão da eventual impossibilidade de obtenção da tutela jurisdicional em tempo hábil… A antecipação administrativa de medida protetiva de urgência para impedir que mulheres vítimas de violência doméstica e familiar permaneçam expostas às agressões e hostilidades ocorridas na privacidade do lar não subtrai a última palavra do Poder Judiciário, a quem se resguarda a prerrogativa de decidir sobre sua manutenção ou revogação, bem como sobre a supressão e reparação de eventuais excessos ou abusos".[64]

6.2.1 Critérios de admissão para concurso público

A interpretação jurisprudencial direciona no sentido da inconstitucionalidade da diferença de critério de admissão considerado o sexo (art. 5º, inciso I, e § 3º do art. 39 da Carta Federal), permitindo-se exceções tendo em vista a ordem socioconstitucional.[65]

6.2.2 Critérios para admissão de emprego

A Lei nº 9.029, de 13-4-1995, com alterações determinadas pela Lei nº 13.146/2015, proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência de relação jurídica de trabalho. Igualmente, fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso

a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal, constituindo crime a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez; a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem indução ou instigamento à esterilização genética; promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde – SUS.

6.3 Princípio da igualdade em relação homoafetiva e entidade familiar

O Supremo Tribunal Federal entendeu que o texto constitucional proíbe expressamente o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre homens e mulheres, afirmando a existência de isonomia entre os sexos, que se caracteriza pela garantia de "não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anatomofisiológica e de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; além de, nas situações de uso emparceirado da sexualidade fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo ou não".

Dessa forma, em relação à união homoafetiva e entidade familiar, destacou o Ministro Ayres Britto, que nada "obsta que a união de pessoas do mesmo sexo possa ser reconhecida como entidade familiar apta a merecer proteção estatal", concluindo que deve seguir "as mesmas regras e com idênticas consequências da união estável heteroafetiva", aplicando interpretação conforme o art. 1.723 do Código Civil "para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua,

pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo de família".[66]

Conforme, ainda, afirmado pelo Ministro Celso de Mello, há o "direito de qualquer pessoa de constituir família, independentemente de sua orientação sexual", tratando-se, portanto, de "norma de inclusão" para "proteção das minorias".[67]

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a "parceria homoafetiva como uma das modalidades de entidade familiar",[68] para efeitos de partilha, tendo, inclusive, afirmando a possibilidade de casamento de pessoas do mesmo sexo, afirmando que "diferentemente das constituições pretéritas, a concepção constitucional de casamento deve ser plural, porque plurais são as famílias; ademais, não é o casamento o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, qual seja, a proteção a pessoa humana em sua dignidade".[69]

6.4 Princípio da igualdade e ações afirmativas

As políticas estatais baseadas em discriminações positivas serão legítimas quando presentes finalidades razoavelmente proporcionais ao fins visados, devendo conter demonstração empírica de que a neutralidade do ordenamento jurídico produz resultados prejudiciais a determinados grupos de indivíduos, reduzindo-lhes as oportunidades de realização pessoal (viabilidade fática); bem como vantagem jurídica idônea proposta pelo ato normativo para reverter o quadro de exclusão verificado na realidade social, gerando mais consequências positivas do que negativas (viabilidade prática).[70]

No tocante ao percentual de vagas reservadas aos negros pela Lei nº 12.990/2014, o mapeamento dos indicadores sociais verificados no Brasil

evidencia que a perpetuação intergeracional da desigualdade não constitui mero acaso, mas subproduto de um modelo estruturalmente injusto na distribuição das oportunidades.

O sistema de cotas é, portanto, compatível com o princípio da igualdade, pois na presente hipótese tem por finalidade a produção de inúmeros resultados positivos, promovendo uma espécie de compensação pelo tratamento aviltante historicamente aplicado à população negra no Brasil (*ideia de reparação*), viabilizando acesso preferencial a uma plataforma importante para subsidiar o rearranjo das condições de funcionamento do processo social (*ideia de redistribuição*), atenuando, por meio do exemplo positivo, o maléfico sentimento de inferiorização causado pela rarefeita presença de pessoas negras em posições sociais de prestígio (*ideia de reconhecimento*) e qualificando o ambiente universitário pela incorporação de corpo discente com experiências de vida plurais (*ideia de diversidade*).

O Supremo Tribunal Federal proclamou a constitucionalidade da Lei n° 12.990/2014, que prevê a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta para negros, afirmando ser "legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa". Conforme destacado pelo Ministro-relator Roberto Barroso, "a desequiparação promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia. Ela se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente", concluindo que "a administração pública deve atentar para os seguintes parâmetros: (i) os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as

fases dos concursos; (ii) a reserva deve ser aplicada em todas as vagas oferecidas no concurso público (não apenas no edital de abertura); (iii) os concursos não podem fracionar as vagas de acordo com a especialização exigida para burlar a política de ação afirmativa, que só se aplica em concursos com mais de duas vagas; e (iv) a ordem classificatória obtida a partir da aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade na nomeação dos candidatos aprovados deve produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da reserva de vagas".[71]

6.4.1 Princípio da igualdade e financiamento isonômico às candidaturas de pessoas negras como instrumento de efetividade da plena cidadania e combate à discriminação

A conquista da igualdade do voto, no mundo todo, foi essencial e necessária para o combate e a diminuição de todas as formas de discriminação, porém não suficiente. Há necessidade, também, de plena capacidade eleitoral passiva (elegibilidade), permitindo a todos que possam ser candidatos e, mais do que isso, que possam ser votados disputando eleições em igualdade de condições, inclusive de recursos eleitorais.

A sub-representação das pessoas negras nos poderes eleitos, ao mesmo tempo que é derivada do racismo estrutural existente no Brasil, acaba sendo um dos principais instrumentos de perpetuação da gravíssima desigualdade social entre brancos e negros. Trata-se de um círculo extremamente vicioso, que afeta diretamente a igualdade proclamada na Constituição Federal e fere gravemente a dignidade das pessoas negras.

O histórico funcionamento do sistema político eleitoral brasileiro perpetua a desigualdade racial, pois, tradicionalmente, foi estruturado nas bases de uma sociedade ainda, e lamentavelmente, racista. O mesmo

sempre ocorreu em relação à questão de gênero, cuja legislação vem avançando em busca de uma efetiva e concreta igualdade de oportunidades com a adoção de mecanismos de ações afirmativas.

O princípio da igualdade consagrado pela Constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis e atos normativos, impedindo tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e os atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.

A desigualdade inconstitucional na lei também se produz quando, mesmo sem expressa previsão, a aplicação da norma acarreta uma distinção de tratamento não razoável ou arbitrária especificamente a determinadas pessoas, como na presente hipótese em relação às candidaturas dos negros.

Nesse contexto, conforme analisado no item anterior, são justificáveis interpretações e políticas estatais baseadas em discriminações positivas, sempre legítimas quando presentes as *viabilidades fática e jurídica*, bem como a interpretação que venha a permitir a efetivação da plena participação política das brasileiras e brasileiros negros, pois produziria inúmeros resultados positivos, promovendo as *ideias de reparação, de redistribuição, de reconhecimento e de diversidade*.

Essas premissas são coerentes para justificar a utilização do recorte racial para a distribuição dos recursos públicos à disposição do sistema político eleitoral.

O que se discute é a distribuição de recursos públicos (financeiros e direito de arena) que, portanto, deve respeitar em sua execução os fundamentos constitucionais da República, previstos no artigo 1º da Constituição Federal, em especial, assegurando a plena cidadania, a dignidade das pessoas e o pluralismo político; visando, sempre, a atingir os

objetivos fundamentais da Democracia brasileira estabelecidos no artigo 3º de nossa Carta Magna, em especial, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdade sociais, para promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação.

O mapeamento dos indicadores sociais verificados no Brasil evidencia que a perpetuação intergeracional da desigualdade não constitui mero acaso, mas subproduto de um modelo estruturalmente injusto na distribuição das oportunidades. O que dificulta a identificação da discriminação no país é o seu escondimento sob facetas aparentemente neutras, como o mérito, a competição ou o desempenho.

O princípio da igualdade, portanto, sustenta a constitucionalidade da interpretação baseada no recorte racial para a distribuição de recursos públicos no campo eleitoral, por se tratar de fórmula razoável e adequada para a realização da integração proporcional e efetiva dos negros em espaços de poder político.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela aplicação imediata das políticas públicas de incentivo a candidaturas de pessoas negras a cargos eletivos, referentes à Consulta 0600306-47.2019 do Tribunal Superior Eleitoral, afirmando que “políticas públicas tendentes a incentivar a apresentação de candidaturas de pessoas negras aos cargos eletivos nas disputas eleitorais que se travam em nosso País, já a partir deste ano, prestam homenagem aos valores constitucionais da cidadania e da dignidade humana, bem como à exortação, abrigada no preâmbulo do texto magno, de construirmos, todos, uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social, livre de quaisquer formas de discriminação”.[72]

6.5 Princípio da igualdade e combate ao racismo

A Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, firmado pela República Federativa do Brasil, na Guatemala, em 5 de junho de 2013 foi aprovada pelo Congresso Nacional, nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição Federal e ingressou em nosso ordenamento jurídico com status de Emenda Constitucional a partir do Decreto Presidencial nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022.

A Convenção definiu "Discriminação racial" como "qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes. A discriminação racial pode basear-se em raça, cor, ascendência ou origem nacional ou étnica"; estabelecendo, também, a hipótese de "Discriminação racial indireta", como aquela que "ocorre, em qualquer esfera da vida pública ou privada, quando um dispositivo, prática ou critério aparentemente neutro tem a capacidade de acarretar uma desvantagem particular para pessoas pertencentes a um grupo específico ou as coloca em desvantagem, a menos que esse dispositivo, prática ou critério tenha um objetivo ou justificativa razoável e legítima à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos".

O Racismo, nos termos da convenção, consiste em "qualquer teoria, doutrina, ideologia ou conjunto de ideias que enunciam um vínculo causal entre as características fenotípicas ou genotípicas de indivíduos ou grupos e seus traços intelectuais, culturais e de personalidade, inclusive o falso conceito de superioridade racial. O racismo ocasiona desigualdades raciais e a noção de que as relações discriminatórias entre grupos são moral e

cientificamente justificadas. Toda teoria, doutrina, ideologia e conjunto de ideias racistas descritas neste artigo são cientificamente falsas, moralmente censuráveis, socialmente injustas e contrárias aos princípios fundamentais do Direito Internacional e, portanto, perturbam gravemente a paz e a segurança internacional, sendo, dessa maneira, condenadas pelos Estados Partes".

Importante destacar, em seu art. 1º, Item 5, a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância estabelece que "as medidas especiais ou de ação afirmativa adotadas com a finalidade de assegurar o gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais de grupos que requeiram essa proteção não constituirão discriminação racial, desde que essas medidas não levem à manutenção de direitos separados para grupos diferentes e não se perpetuem uma vez alcançados seus objetivos".

Em defesa da igualdade e contra a discriminação racial, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade de lei municipal que instituiu feriado local no Dia da Consciência Negra (20 de novembro), por entender que a legislação tem o condão de conscientizar sobre a importância da data e promover reflexões e ações políticas para o enfrentamento do racismo estrutural.[73]

O Congresso Nacional, igualmente, fortaleceu o combate ao racismo, aprovando a Lei nº 14.532/2023, que tipificou como crime de racismo a injúria racial e especificou as condutas praticadas no contexto de atividade esportiva ou artística.

7 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE[74]

O art. 5º, II, da Constituição Federal, preceitua que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral. Com o primado soberano da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei. Conforme salientam Celso Bastos e Ives Gandra Martins, no fundo, portanto, o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por uma outra via que não seja a da lei, pois como já afirmava Aristóteles, "a paixão perverte os Magistrados e os melhores homens: a inteligência sem paixão – eis a lei".[75]

Como ressaltado por García de Enterría, "quanto ao conteúdo das leis, a que o princípio da legalidade remete, fica também claro que não é tampouco válido qualquer conteúdo (*dura lex*, *sed lex*), não é qualquer comando ou preceito normativo que se legitima, mas somente aqueles que se produzem 'dentro da Constituição' e especialmente de acordo com sua 'ordem de valores' que, com toda explicitude, expressem e, principalmente, que não atentem, mas que pelo contrário sirvam aos direitos fundamentais".[76]

Importante salientarmos as razões pelas quais, em defesa do princípio da legalidade, o Parlamento historicamente detém o monopólio da atividade legislativa,[77] de maneira a assegurar o primado da lei como fonte máxima do direito:[78]

- trata-se da sede institucional dos debates políticos;
- configura-se em uma caixa de ressonância para efeito de informação e mobilização da opinião pública;

- é o órgão que, em tese, devido a sua composição heterogênea e a seu processo de funcionamento, torna a lei não uma mera expressão dos sentimentos dominantes em determinado setor social, mas a vontade resultante da síntese de posições antagônicas e pluralistas da sociedade.

7.1 Princípios da legalidade e da reserva legal

O princípio da legalidade é de abrangência mais ampla do que o princípio da reserva legal. Por ele fica certo que qualquer comando jurídico impondo comportamentos forçados há de provir de uma das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional. Por outro lado, encontramos o princípio da reserva legal. Este opera de maneira mais restrita e diversa. Ele não é genérico e abstrato, mas concreto. Ele incide tão somente sobre os campos materiais especificados pela Constituição. Se todos os comportamentos humanos estão sujeitos ao princípio da legalidade, somente alguns estão submetidos ao da reserva da lei. Este é, portanto, de menor abrangência, mas de maior densidade ou conteúdo, visto exigir o tratamento de matéria exclusivamente pelo Legislativo, sem participação normativa do Executivo.

Dessa maneira, o princípio da legalidade é mais amplo, constituindo verdadeira regra de liberdade de conduta individual em um Estado de Direito, direcionada diretamente ao particular em face do poder público; enquanto o princípio da reserva legal é mais restrito, sendo regra de definição de competência aos entes estatais.

José Afonso da Silva ensina que a doutrina não raro confunde ou não distingue suficientemente o *princípio da legalidade* e o da *reserva legal*. O primeiro significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. O segundo consiste em *estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente*

por lei formal. Encontramos o princípio da reserva legal quando a Constituição reserva conteúdo específico, caso a caso, à lei. Por outro lado, encontramos o princípio da legalidade quando a Constituição outorga poder amplo e geral sobre qualquer espécie de relação. Assim,

> "tem-se, pois, *reserva de lei*, quando uma norma constitucional atribui determinada matéria exclusivamente à lei formal (ou a atos equiparados, na interpretação firmada na praxe), subtraindo-a, com isso, à disciplina de outras fontes, àquela subordinada".[79]

A Constituição Federal estabelece essa reserva de lei, de modo absoluto ou relativo.

Assim, temos a *reserva legal absoluta* quando a norma constitucional exige para sua integral regulamentação a edição de lei formal, entendida como *ato normativo emanado do Congresso Nacional elaborado de acordo com o devido processo legislativo constitucional.*

Por outro lado, temos a *reserva legal relativa* quando a Constituição Federal, apesar de exigir edição de lei formal, permite que esta fixe tão somente parâmetros de atuação para o órgão administrativo, que poderá complementá-la por ato infralegal, sempre, porém, respeitados os limites ou requisitos estabelecidos pela legislação.[80]

Como salienta Canotilho,

> "quanto a certas matérias, a Constituição preferiu a lei como meio de *actuação* das disposições constitucionais, mas não proibiu a intervenção de outros actos legislativos, desde que a *lei formal* isso mesmo autorize e estabeleça, previamente, os princípios e objecto de regulamentação das matérias (*reserva relativa*)".[81]

As hipóteses de *reserva legal relativa* são estabelecidas diretamente pela Constituição Federal, que permitirá, excepcionalmente, a complementação da legislação por atos normativos infraconstitucionais,[82] pois em caso contrário, como salienta Canotilho, "a lei deve estabelecer ela mesmo o respectivo regime jurídico, não podendo declinar a sua competência normativa a favor de outras fontes (proibição da incompetência negativa do legislador)".[83]

Saliente-se, ainda, que o texto constitucional, apesar de reservar a primazia, não concede o monopólio da função normativa ao Poder Legislativo, e estabelece outras fontes normativas primárias, tanto no Executivo (medidas provisórias, decretos autônomos),[84] quanto no Judiciário (poder normativo primário do Conselho Nacional de Justiça).[85]

8 TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA TORTURA (ART. 5º, III E XLIII)

O art. 5º da Constituição Federal prevê que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (inc. III); bem como que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. O art. 5º, XLIII, da Constituição Federal é uma norma constitucional de eficácia limitada, pois necessita da atuação do legislador infraconstitucional para que sua eficácia se produza. Assim, quanto à inafiançabilidade e insuscetibilidade de graça ou anistia foi editada a lei dos crimes hediondos,[86] porém, no tocante à definição do crime de terrorismo e tortura, foi, ainda, necessária a edição de lei infraconstitucional, de competência da União (art. 22, I, da CF), tipificando-os, em razão do próprio preceito constitucional do art. 5º, XXXIX.

Questão controvertida, decidida pelo Supremo Tribunal Federal, considerou por maioria de votos (6 × 5), que já existe lei tipificando o delito de *tortura*, quando praticado contra criança ou adolescente, ao analisar a constitucionalidade do art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente.[87]

A controvérsia, porém, foi solucionada pelo legislador que, ao editar a Lei nº 9.455, de 7-4-1997, definiu os crimes de tortura (art. 1º) e, expressamente em seu art. 4º, revogou o art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90).

Assim, o crime de tortura exige o constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental.[88]

Em nova e importante decisão sobre o *tratamento constitucional da tortura*, o Supremo Tribunal Federal analisou a validade da "Lei de Anistia", tendo decidido pelo *"caráter bilateral da anistia, ampla e geral"*, onde afirmou "o argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, não prospera (...). A chamada Lei de anistia diz com uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia. Ignora, no contexto da Lei nº 6.683/79, o sentido ou os sentidos correntes, na doutrina, da chamada conexão criminal; refere o que "se procurou", segundo a inicial, vale dizer, estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão", concluindo que, "A lei estendeu a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção", pois "a chamada Lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento".[89]

9 LIBERDADE DE EXPRESSÃO. BINÔMIO CONSTITUCIONAL: LIBERDADE E RESPONSABILIDADE

A liberdade de expressão, discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão,[90] que tem por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva.[91]

A Constituição protege a liberdade de expressão no seu duplo aspecto: o positivo, que é exatamente "*o cidadão pode se manifestar como bem entender*", e o negativo, que proíbe a ilegítima intervenção do Estado, por meio de censura prévia.

A liberdade de expressão, em seu aspecto positivo, permite posterior responsabilidade cível e criminal pelo conteúdo difundido, além da previsão do direito de resposta. No entanto, não há permissivo constitucional para restringir a liberdade de expressão no seu sentido negativo, ou seja, para limitar preventivamente o conteúdo do debate público em razão de uma conjectura sobre o efeito que certos conteúdos possam vir a ter junto ao público.

Será inconstitucional toda e qualquer restrição, subordinação ou forçosa adequação programática da liberdade de expressão do candidato e dos meios de comunicação a mandamentos normativos cerceadores durante o período eleitoral, pretendendo diminuir a liberdade de opinião e de criação artística e a livre multiplicidade de ideias, com a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático; tratando-se, pois, de ilegítima interferência estatal no direito individual de informar e criticar.

No célebre caso *New York Times vs. Sullivan,* a Suprema Corte Norte-Americana reconheceu ser "*dever do cidadão criticar tanto quanto é dever do agente público administrar"* (376 US, at. 282, 1964); pois, como salientado pelo professor da Universidade de Chicago, HARRY KALVEN JR., "em uma Democracia o cidadão, como governante, é o agente público mais importante".[92]

A censura prévia desrespeita diretamente o princípio democrático, pois a liberdade política termina e o poder público tende a se tornar mais corrupto e arbitrário quando pode usar seus poderes para silenciar e punir seus críticos.[93]

Os legisladores não têm, na advertência feita por DWORKIN, a capacidade prévia de "*fazer distinções entre comentários políticos úteis e nocivos"*, devendo-se, portanto, permitir a possibilidade de ampla discussão dos temas de relevância.[94]

Tanto a liberdade de expressão quanto a participação política em uma Democracia representativa somente se fortalecem em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das diversas opiniões sobre os principais temas de interesse do eleitor e também sobre os governantes, que nem sempre serão "*estadistas iluminados",* como lembrava o JUSTICE HOLMES ao afirmar, com seu conhecido pragmatismo, a necessidade do exercício da política de desconfiança (*politics of distrust*) na formação do pensamento individual e na autodeterminação democrática, para o livre exercício dos direitos de sufrágio e oposição; além da necessária fiscalização dos órgãos governamentais.

No célebre caso *Abrams v. United States,* 250 U.S. 616, 630-1 (1919), OLIVER HOLMES defendeu a liberdade de expressão por meio do *mercado livre das ideias (free marketplace of ideas)*, em que se torna imprescindível o embate livre entre diferentes opiniões, afastando-se a existência de verdades absolutas e permitindo-se a discussão aberta das diferentes ideias, que poderão ser aceitas, rejeitadas, desacreditadas ou

ignoradas; porém, jamais censuradas, selecionadas ou restringidas pelo Poder Público que deveria, segundo afirmou em divergência acompanhada pelo JUSTICE BRANDEIS, no caso *Whitney v. California,* 274 U.S. 357, 375 (1927), "*renunciar a arrogância do acesso privilegiado à verdade"*.

RONALD DWORKIN, mesmo não aderindo totalmente ao *mercado livre das ideias*, destaca que:

> "a proteção das expressões de crítica a ocupantes de cargos públicos é particularmente importante. O objetivo de ajudar o mercado de ideias a gerar a melhor escolha de governantes e cursos de ação política fica ainda mais longínquo quando é quase impossível criticar os ocupantes de cargos públicos".[95]

No âmbito da Democracia, a garantia constitucional da liberdade de expressão não se direciona somente à permissão de expressar as ideias e informações oficiais produzidas pelos órgãos estatais ou a suposta verdade das maiorias, mas sim garante as diferentes manifestações e defende todas as opiniões ou interpretações políticas conflitantes ou oposicionistas, que podem ser expressadas e devem ser respeitadas, não porque necessariamente são válidas, mas porque são extremamente relevantes para a garantia do pluralismo democrático.[96]

Todas as opiniões existentes são possíveis em discussões livres, uma vez que faz parte do princípio democrático "*debater assuntos públicos de forma irrestrita, robusta e aberta"* (*Cantwell v. Connecticut,* 310 U.S. 296, 310 (1940), quoted 376 U.S at 271-72).

O direito fundamental à liberdade de expressão, portanto, não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também àquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias (*Kingsley Pictures Corp. v. Regents,* 360 U.S 684, 688-89, 1959).

A Corte Europeia de Direitos Humanos afirma, em diversos julgados, que a liberdade de expressão:

> "constitui um dos pilares essenciais de qualquer sociedade democrática, uma das condições primordiais do seu progresso e do desenvolvimento de cada um. Sem prejuízo do disposto no nº 2 do art. 10º, ela vale não só para as 'informações' ou 'ideias' acolhidas com favor ou consideradas como inofensivas ou indiferentes, mas também para aquelas que ferem, chocam ou inquietam. Assim o exige o pluralismo, a tolerância e o espírito de abertura, sem os quais não existe 'sociedade democrática'. Esta liberdade, tal como se encontra consagrada no art. 10º da Convenção, está submetida a excepções, as quais importa interpretar restritivamente, devendo a necessidade de qualquer restrição estar estabelecida de modo convincente. A condição de 'necessário numa sociedade democrática' impõe ao Tribunal determinar se a ingerência litigiosa corresponde a 'uma necessidade social imperiosa'".[97]

A Democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático.

Lembremo-nos de que, nos Estados totalitários no século passado – comunismo, fascismo e nazismo –, as liberdades de expressão, comunicação e imprensa foram suprimidas e substituídas pela estatização e monopólio da difusão de ideias, informações, notícias e educação política, seja pela existência do serviço de divulgação da verdade do partido comunista (*pravda*), seja pela criação do Comitê superior de vigilância italiano ou pelo programa de educação popular e propaganda dos nazistas,

criado por Goebbels; com a extinção da multiplicidade de ideias e opiniões, e, consequentemente, da Democracia.

Essa estreita interdependência entre a liberdade de expressão e o livre exercício dos direitos políticos também é salientada por JONATAS E. M. MACHADO,[98] ao afirmar que:

> "o exercício periódico do direito de sufrágio supõe a existência de uma opinião pública autônoma, ao mesmo tempo que constitui um forte incentivo no sentido de que o poder político atenda às preocupações, pretensões e reclamações formuladas pelos cidadãos. Nesse sentido, o exercício do direito de oposição democrática, que inescapavelmente pressupõe a liberdade de expressão, constitui um instrumento eficaz de crítica e de responsabilização política das instituições governativas junto da opinião pública e de reformulação das políticas públicas… O princípio democrático tem como corolário a formação da vontade política de baixo para cima, e não ao contrário".

No Estado Democrático de Direito, não cabe ao Poder Público previamente escolher ou ter ingerência nas fontes de informação, nas ideias ou nos métodos de divulgação de notícias ou no controle do juízo de valor das opiniões dos candidatos ou dos meios de comunicação e na formatação de programas jornalísticos ou humorísticos a que tenham acesso seus cidadãos, por tratar-se de insuportável e ofensiva interferência no âmbito das liberdades individuais e políticas.

O funcionamento eficaz da democracia representativa exige absoluto respeito à ampla liberdade de expressão, possibilitando a liberdade de opinião, de criação artística, a proliferação de informações, a circulação de ideias; garantindo-se, portanto, os diversos e antagônicos discursos – moralistas e obscenos, conservadores e progressistas, científicos, literários,

jornalísticos ou humorísticos, pois, no dizer de HEGEL, é no espaço público de discussão que a verdade e a falsidade coabitam.

A liberdade de expressão permite que todos os meios de comunicação optem por determinados posicionamentos e exteriorizem seu juízo de valor; bem como autoriza programas humorísticos e sátiras realizados a partir de trucagem, montagem ou outro recurso de áudio e vídeo, como costumeiramente se realiza.

Note-se que, em relação à liberdade de expressão exercida inclusive por meio de sátiras, a Corte Europeia de Direitos Humanos referendou sua importância no livre debate de ideias, afirmando que "a sátira é uma forma de expressão artística e de comentário social que, além da exacerbação e a deformação da realidade que a caracterizam, visa, como é próprio, provocar e agitar". Considerando a expressão artística representada pela sátira, a Corte entendeu que:

> "sancionar penalmente comportamentos como o que o requerente sofreu no caso pode ter um efeito dissuasor relativamente a intervenções satíricas sobre temas de interesse geral, as quais podem também desempenhar um papel muito importante no livre debate das questões desse tipo, sem o que não existe sociedade democrática".[99]

A plena proteção constitucional da exteriorização da opinião (aspecto positivo) não significa a impossibilidade posterior de análise e responsabilização de candidatos por eventuais informações injuriosas, difamantes, mentirosas, e em relação a eventuais danos materiais e morais, pois os direitos à honra, intimidade, vida privada e à própria imagem formam a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas, mas não permite a censura prévia pelo Poder Público.

A Constituição Federal não permite a propagação de discurso de ódio, ideias contrárias à ordem constitucional e ao Estado Democrático (CF, art. 5º, XLIV, e art. 34, III e IV), tampouco a realização de manifestações nas redes sociais ou através de entrevistas públicas visando ao rompimento do Estado de Direito, com a extinção das cláusulas pétreas constitucionais – Separação de Poderes (CF, art. 60, § 4º), com a consequente instalação do arbítrio.

A Constituição Federal consagra o binômio "LIBERDADE e RESPONSABILIDADE"; não permitindo de maneira irresponsável a efetivação de abuso no exercício de um direito constitucionalmente consagrado; não permitindo a utilização da "liberdade de expressão" como escudo protetivo para a prática de discursos de ódio, antidemocráticos, ameaças, agressões, infrações penais e toda a sorte de atividade ilícitas.

Liberdade de expressão não é Liberdade de agressão! Liberdade de expressão não é Liberdade de destruição da Democracia, das Instituições e da dignidade e honra alheias! Liberdade de expressão não é Liberdade de propagação de discursos de ódio e preconceituosos!

A Constituição Federal não autoriza, portanto, a partir de ofensas e de ideias contrárias à ordem constitucional, a Democracia e ao Estado de Direito, que se propaguem inverdades que atentem contra a lisura, a normalidade e a legitimidade das Instituições.

Nesse cenário, a livre circulação de pensamentos, opiniões e críticas visa a fortalecer o Estado Democrático de Direito e à democratização do debate, devendo ser coibidas e responsabilizadas as práticas abusivas ou divulgação de notícias falsas e fraudulentas, de modo a proteger o regime democrático, a integridade das Instituições e a honra e dignidade das pessoas.

Os excessos que a Constituição Federal autoriza responsabilizar, sem qualquer restrição ao lícito exercício da liberdade de expressão, dizem respeito aos seguintes elementos: a vedação ao discurso de ódio e

discriminatório; atentados contra a Democracia e o Estado de Direito; a divulgação de notícias sabidamente inverídicas; a veiculação de mensagens difamatórias, caluniosas ou injuriosas.

A liberdade de expressão, portanto, não permite a propagação de discursos de ódio e ideias contrárias à ordem constitucional e ao Estado de Direito.[100]

9.1 Liberdade de pensamento, direito de resposta e responsabilidade por dano material, moral ou à imagem (art. 5º, IV e V)

A manifestação do pensamento é livre e garantida em nível constitucional, não aludindo a censura prévia em diversões e espetáculos públicos. Os abusos porventura ocorridos no exercício indevido da manifestação do pensamento são passíveis de exame e apreciação pelo Poder Judiciário com as consequentes responsabilidades civil e penal de seus autores,[101] decorrentes inclusive de publicações injuriosas na imprensa, que deve exercer vigilância e controle da matéria que divulga.[102] Atualmente, como ressalta Pinto Ferreira,

> "o Estado democrático defende o conteúdo essencial da manifestação da liberdade, que é assegurado tanto sob o aspecto positivo, ou seja, proteção da exteriorização da opinião, como sob o aspecto negativo, referente à proibição de censura".[103]

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, "por entender que o exercício dos direitos fundamentais de reunião e de livre manifestação do pensamento devem ser garantidos a todas as pessoas", concedeu interpretação conforme ao art. 287 do CP, com efeito vinculante, "de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da

legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações públicas e eventos públicos", salientando, porém, que a decisão não permite a "incitação, incentivo ou estímulo ao consumo de entorpecentes" na sua realização, bem como determinando a não participação de crianças e adolescentes na denominada "Marcha da Maconha".[104]

A partir da EC nº 45/04 ("*por questões de política judiciária"*), as ações de indenização, inclusive por dano moral, com base em acidente do trabalho, propostas por empregado contra empregador, são da competência da justiça do trabalho, pois, conforme entendeu o Supremo Tribunal Federal, "o direito à indenização em caso de acidente de trabalho, quando o empregador incorrer em dolo ou culpa, está enumerado no art. 7º da CF como autêntico direito trabalhista, cuja tutela, deve ser, por isso, da justiça especial".[105]

Em relação à comunicação social e liberdade de informação, conferir item 4.1, no Capítulo 15.

10 Liberdade de consciência, crença religiosa, convicção filosófica ou política e escusa de consciência (Art. 5º, VI e VIII)

A Constituição Federal prevê que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei,[106] pois

> *"a liberdade de consciência constitui o núcleo básico de onde derivam as demais liberdades do pensamento. É nela que reside o fundamento de toda a atividade político-partidária, cujo*

exercício regular não pode gerar restrição aos direitos de seu titular".[107]

Igualmente, o art. 15, IV, da Carta Federal, prevê que a recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa acarretará a perda dos direitos políticos.

Dessa forma, dois são os requisitos para privação de direitos em virtude de crença religiosa ou convicção filosófica ou política: não cumprimento de uma obrigação a todos imposta e descumprimento de prestação alternativa, fixada em lei.

O direito à escusa de consciência não está adstrito simplesmente ao serviço militar obrigatório, mas pode abranger quaisquer obrigações coletivas que conflitem com as crenças religiosas, convicções políticas ou filosóficas, como, por exemplo, o dever de alistamento eleitoral aos maiores de 18 anos e o dever de voto aos maiores de 18 anos e menores de 70 anos (CF, art. 14, § 1º, I e II), cujas prestações alternativas vêm estabelecidas nos arts. 7º e 8º do Código Eleitoral (justificação ou pagamento de multa pecuniária),[108] e, ainda, à obrigatoriedade do Júri.

10.1 Liberdade religiosa e Estado laico ou leigo[109]

A conquista constitucional da liberdade religiosa é verdadeira consagração de maturidade de um povo, pois, como salientado por Themistocles Brandão Cavalcanti, é ela verdadeiro desdobramento da liberdade de pensamento e manifestação.[110]

A abrangência do preceito constitucional é ampla, pois sendo a religião o complexo de princípios que dirigem os pensamentos, ações e adoração do homem para com Deus, acaba por compreender a crença, o dogma, a moral, a liturgia e o culto. O constrangimento à pessoa humana de forma a

renunciar sua fé representa o desrespeito à diversidade democrática de ideias, filosofias e a própria diversidade espiritual.

A evocação à "proteção de Deus" no preâmbulo da Constituição Federal reforça a laicidade do Estado, afastando qualquer ingerência estatal arbitrária ou abusiva nas diversas religiões[111] e garantindo tanto a ampla liberdade de crença e cultos religiosos, como também ampla proteção jurídica aos agnósticos e ateus, que não poderão sofrer quaisquer discriminações pelo fato de não professarem uma fé. A laicidade do Estado é reforçada pela vedação federativa prevista no artigo 19 do texto constitucional, que impede à União, Estados, Distrito Federal e Municípios o estabelecimento ou subvenção de cultos religiosos ou igrejas, bem como veda atrapalhar seu funcionamento.[112] Nesse sentido e na garantia da laicidade do Estado, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a previsão legal de obrigatoriedade de manutenção de exemplares de Bíblias em escolas e bibliotecas públicas estaduais.[113]

Saliente-se que na história das constituições brasileiras nem sempre foi assim, pois a Constituição de 25 de março de 1824 consagrava a plena liberdade de crença, restringindo, porém, a liberdade de culto, pois determinava em seu art. 5º que "a Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior de Templo". Porém, já na 1ª Constituição da República, de 24 de fevereiro de 1891, no art. 72, § 3º, foram consagradas as liberdades de crença e de culto, estabelecendo-se que "todos os individuos e confissões religiosas podem exercer publica e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito commum". Tal previsão foi seguida por todas as nossas constituições.

Assim, a Constituição Federal, ao consagrar a inviolabilidade de crença religiosa, está também assegurando plena proteção à liberdade de

culto e a suas liturgias.[114] Em defesa da liberdade religiosa, o STF, inclusive, proclamou a impossibilidade de o Poder Judiciário censurar declarações religiosas, mesmo que, eventualmente, exageradas.[115]

Salienta Canotilho que a quebra de unidade religiosa da cristandade deu origem à aparição de minorias religiosas que defendiam o direito de cada um à *verdadeira fé*, concluindo que

> "esta defesa da liberdade religiosa postulava, pelo menos, a ideia de tolerância religiosa e a proibição do Estado em impor ao foro íntimo do crente uma religião oficial. Por este facto, alguns autores, como G. Jellinek, vão mesmo ao ponto de ver na luta pela liberdade de religião a verdadeira origem dos direitos fundamentais. Parece, porém, que se tratava mais da ideia de tolerância religiosa para credos diferentes do que propriamente da concepção da liberdade de religião e crença, como direito inalienável do homem, tal como veio a ser proclamado nos modernos documentos constitucionais".[116]

Ressalte-se que a liberdade de convicção religiosa abrange inclusive o direito de não acreditar ou professar nenhuma fé, devendo o Estado respeito ao ateísmo.[117]

10.2 Escusa de consciência e serviço militar obrigatório

O art. 143 da Lei Magna prevê que o serviço militar é obrigatório nos termos da lei (Lei nº 4.375, de 17-8-1964, regulamentada pelo Decreto nº 57.654, de 20-1-1966), competindo às Forças Armadas, na forma da lei, atribuir serviços alternativos aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem

de atividades de caráter essencialmente militar. A Lei nº 8.239, de 4-10-1991, com alterações da Lei nº 12.608, de 2012, regulamentando o art. 143, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, dispõe sobre a prestação de serviço alternativo ao serviço militar obrigatório. Assim, ao Estado-Maior das Forças Armadas compete, na forma da lei e em coordenação com o Ministério da Defesa e os comandos militares, atribuir serviços alternativos aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência decorrente de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar. Entende-se por

> "serviço militar alternativo o exercício de atividades de caráter administrativo, assistencial filantrópico ou mesmo produtivo, em substituição às atividades de caráter essencialmente militar".

O serviço alternativo será prestado em organizações militares da atividade e em órgãos de formação de reservas das Forças Armadas ou em órgãos subordinados aos ministérios civis, mediante convênios entre estes e o Ministério da Defesa, desde que haja interesse recíproco e, também, que sejam atendidas as aptidões do convocado. Ao final do período de atividades previsto, será conferido certificado de prestação alternativa ao serviço militar obrigatório, com os mesmos efeitos jurídicos do certificado de reservista. A recusa ou cumprimento incompleto do serviço alternativo, sob qualquer pretexto, por motivo de responsabilidade pessoal do convocado, implicará o não fornecimento do certificado correspondente, pelo prazo de dois anos após o vencimento do período estabelecido. Findo o prazo previsto no parágrafo anterior, o certificado só será emitido após a decretação, pela autoridade competente, da suspensão dos direitos políticos do inadimplente, que poderá, a qualquer tempo, regularizar sua situação mediante cumprimento das obrigações devidas. A citada lei foi regulamentada pela Portaria nº 2.681 – Cosemi, de 28-7-1992, aprovando o

Regulamento da Lei de Prestação do Serviço Alternativo ao Serviço Militar Obrigatório.

10.3 Limitações ao livre exercício da crença e do culto religioso

A Constituição Federal assegura o livre exercício do culto religioso, enquanto não for contrário à ordem, tranquilidade e sossego públicos, bem como compatível com os bons costumes,[118] tendo, inclusive, a EC nº 116, de 17 de fevereiro de 2022, complementado a previsão do artigo 150, VI, *b*, da Constituição Federal, que veda a instituição de impostos sobre templos de qualquer culto, para especificar que não incide IPTU (Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana) sobre templos de qualquer culto, mesmo que as entidades abrangidas pela imunidade tributária sejam apenas locatárias do bem imóvel.

Dessa forma, a questão das pregações e curas religiosas deve ser analisada de modo que não obstaculize a liberdade religiosa garantida constitucionalmente, nem tampouco acoberte práticas ilícitas.[119] Da mesma maneira, é constitucional a legislação que permite o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana, segundo suas próprias tradições.[120]

Obviamente, assim como as demais liberdades públicas, também a liberdade religiosa não atinge grau absoluto, não sendo, pois, permitidos a qualquer religião ou culto atos atentatórios à dignidade da pessoa humana, sob pena de responsabilização civil e criminal.

Compatibilizando os direitos à vida e à saúde com a liberdade religiosa, o Supremo Tribunal Federal entendeu compatível com a Constituição Federal a fixação de restrições temporárias à realização de cultos e demais atividades religiosas presenciais de caráter coletivo, com a finalidade de contenção ao avanço da pandemia da Covid-19.[121] Igualmente,

o STF decidiu, em relação à vacinação compulsória de crianças e adolescentes e liberdade de consciência e crença dos pais, ser "constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, (i) tenha sido incluída no Programa Nacional de Imunizações ou (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei ou (iii) seja objeto de determinação da União, estado, Distrito Federal ou município, com base em consenso médico-científico. Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar".[122]

10.4 Religião e cultura

O ensino religioso poderá, desde que sempre de matrícula facultativa, constituir disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental (CF, art. 210, § 1º). Ressalte-se que essa previsão constitucional deverá adequar-se às demais liberdades públicas, dentre elas a liberdade de culto religioso e a previsão do Brasil como um Estado laico.

Dessa forma, destaca-se uma dupla garantia constitucional. Primeiramente, não se poderá instituir nas escolas públicas o ensino religioso de uma única religião, nem tampouco pretender-se doutrinar os alunos a essa ou àquela fé. A norma constitucional pretende, implicitamente, que o ensino religioso deverá constituir-se de regras gerais sobre religião e princípios básicos da fé. Em segundo lugar, a Constituição garante a liberdade das pessoas em matricularem-se ou não, uma vez que, conforme já salientado, a plena liberdade religiosa consiste também na liberdade ao ateísmo.

Em relação à cultura, a lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas, inclusive feriados religiosos, de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais (CF, art. 215, § 2º).

10.5 Assistência religiosa

A previsão constitucional do inciso VII, do art. 5º ("é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva"), encerra um direito subjetivo daquele que se encontra internado em estabelecimento coletivo.

Assim, ao Estado cabe, nos termos da lei, a materialização das condições para a prestação dessa assistência religiosa, que deverá ser multiforme, ou seja, de tantos credos quanto aqueles solicitados pelos internos.[123]

Logicamente, não se poderá obrigar nenhuma pessoa que se encontrar nessa situação, seja em entidades civis ou militares, a utilizar-se da referida assistência religiosa, em face da total liberdade religiosa vigente no Brasil. No entanto, dentro dessa limitação natural, a ideia do legislador constituinte foi fornecer maior amparo espiritual às pessoas que se encontram em situações menos favorecidas, afastadas do convívio familiar e social. Além disso, visa-se, por meio da assistência religiosa, a melhor ressocialização daquele que se encontra em estabelecimento de internação coletiva em virtude de sua natureza pedagógica.[124]

Trata-se de uma norma constitucional de eficácia limitada, cuja regulamentação em relação às Forças Armadas foi dada pela Lei nº 6.923/81, parcialmente alterada pela Lei nº 7.672, de 23-9-1988, ambas recepcionadas pela nova ordem constitucional.

No tocante aos estabelecimentos prisionais, a Lei nº 7.210/84 (Lei das Execuções Penais), igualmente recepcionada, em seu art. 24, estabelece que a assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa. Além disso, prevê-se que no estabelecimento prisional haverá local

apropriado para os cultos religiosos e que nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de atividades religiosas.

Não nos parece procedente a crítica que alguns doutrinadores fazem a esse inciso da Constituição Federal, afirmando que não há compatibilidade entre um Estado laico e a previsão, como direito individual, de prestação de assistência religiosa, uma vez que o Estado brasileiro, embora laico, não é ateu, como comprova o preâmbulo constitucional, e, além disso, trata-se de um direito subjetivo e não de uma obrigação, preservando-se, assim, a plena liberdade religiosa daqueles que não professam nenhuma crença.[125]

10.6 Ensino religioso de matrícula facultativa

A análise da previsão constitucional do § 1º do artigo 210 exige a interpretação da interdependência e complementariedade das noções de Estado laico e liberdade de crença e de culto no Estado brasileiro, pois o campo de discussão alcança a própria liberdade de expressão de pensamento sob a luz da tolerância e diversidade de opiniões.

Tolerância relacionada à liberdade de manifestação de concepções políticas, ideológicas, de gênero, a partir da diversidade de opiniões, inclusive em salas de aula sobre os mesmos fenômenos; não sendo possível, somente em relação à religião, pretender-se a realização de censura prévia à livre manifestação de concepções religiosas em sala de aula, em disciplinas com matrícula facultativa em ferimento à consagração constitucional da liberdade de crença e culto.

É possível concordar ou não com uma ou mais concepções religiosas, mas não há como negar que o § 1º do artigo 210 da CF representa o legítimo direito subjetivo constitucional do aluno, ou de seu pai/responsável, de matricular-se no ensino religioso de sua própria confissão, não sendo permitido, porém, qualquer tentativa de tutela à livre

manifestação de vontade, e, consequentemente de restrição à liberdade religiosa.

Não se pode confundir a correta proibição de um Estado confessional com a possibilidade de implementação por nosso Estado Laico – sem favoritismos, em igualdade de condições e com matrícula facultativa – do ensino religioso de natureza confessional nas escolas públicas, somente para aqueles que já professam determinada fé, impedindo, portanto, qualquer forma de proselitismo religioso.

A relação entre o Estado e as religiões, histórica, jurídica e culturalmente, é um dos mais importantes temas estruturais do Estado. A interpretação da Carta Magna brasileira que, mantendo a nossa tradição republicana de ampla liberdade religiosa, consagrou a inviolabilidade de crença e cultos religiosos, deve ser realizada em sua dupla acepção: (a) proteger o indivíduo e as diversas confissões religiosas de quaisquer intervenções ou mandamentos estatais; (b) assegurar a laicidade do Estado, prevendo total liberdade de atuação estatal em relação aos dogmas e princípios religiosos.

A singularidade da previsão constitucional de ensino religioso, de matrícula facultativa, observado o binômio laicidade do Estado (CF, art. 19, I)/consagração da liberdade religiosa (CF, art. 5º, VI), deverá atuar na regulamentação integral do cumprimento do preceito constitucional previsto no artigo 210, § 1º, autorizando na rede pública, sempre em igualdade de condições (CF, art. 5º, *caput*), o oferecimento de ensino confessional das diversas crenças.

A Constituição Federal garante aos alunos, que expressa e voluntariamente se matriculem, o pleno exercício de seu direito subjetivo ao ensino religioso como disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, ministrada de acordo com os princípios de sua confissão religiosa e baseada nos dogmas da fé, inconfundível com outros

ramos do conhecimento científico, como história, filosofia ou ciência das religiões.[126]

O binômio laicidade do Estado/consagração da liberdade religiosa está assegurado, na medida em que o texto constitucional, (a) expressamente garante a voluntariedade da matrícula para o ensino religioso, acolhendo, inclusive o dever do Estado de absoluto respeito aos agnósticos e ateus; (b) implicitamente impede que o Poder Público crie de modo artificial seu próprio ensino religioso, com um determinado conteúdo estatal para a disciplina, bem como proíbe o favorecimento ou a hierarquização de interpretações bíblicas, de textos sagrados e religiosos em geral, de um ou mais grupos em detrimento dos demais.

O *ensino religioso* previsto constitucionalmente é um *direito subjetivo individual e não um dever imposto pelo Poder Público.* A definição do núcleo imprescindível do *ensino religioso* como sendo os *dogmas de fé, protegidos integralmente pela liberdade de crença,* de cada uma das diversas confissões religiosas, demonstra que não há possibilidade de neutralidade ao se ministrar essa disciplina, que possui seus próprios dogmas estruturantes, postulados, métodos e conclusões que o diferenciam de todos os demais ramos do saber jurídico, e deverá ser oferecida segundo a confissão religiosa manifestada voluntariamente pelos alunos, sem qualquer interferência estatal, seja ao impor determinada crença religiosa, seja ao estabelecer *fictício conteúdo misturando diversas crenças religiosas, em desrespeito à singularidade de cada qual,* ou confundindo o *ensino religioso* com o estudo de história, filosofia ou ciência das religiões.

O direito fundamental à liberdade religiosa não exige do Estado concordância ou parceria com uma ou várias religiões, *exige tão somente, respeito*; impossibilitando-o de *mutilar dogmas religiosos de várias crenças, bem como de unificar dogmas contraditórios sob o pretexto de criar uma pseudoneutralidade no "ensino religioso estatal".*

O Estado deve respeitar todas as confissões religiosas, bem como a ausência delas, e seus seguidores, mas jamais sua legislação; suas condutas e políticas públicas devem ser pautadas por quaisquer dogmas ou crenças religiosas ou por concessões benéficas e privilegiadas a determinada religião.

O Poder Público tem a obrigação constitucional de garantir a plena liberdade religiosa, mas, em face de sua laicidade, não pode ser subserviente ou mesmo conivente com qualquer dogma ou princípio religioso que possa colocar em risco sua própria laicidade ou a efetividade dos demais direitos fundamentais, entre eles o princípio da isonomia no tratamento de todas as crenças e de seus adeptos, bem como dos agnósticos e ateus.

É essa a ótica que deve garantir a efetividade da determinação constitucional do ensino religioso, de matrícula facultativa, como disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental (CF, art. 210, § 1º), pautada pela análise da *excepcional e singular previsão constitucional do tema;* pelo *binômio laicidade do Estado/consagração da liberdade religiosa* e pelo respeito ao *princípio da igualdade entre todas as crenças religiosas.*

11 INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL, MORAL OU À IMAGEM

A Constituição Federal prevê o direito de indenização por dano material, moral e à imagem, consagrando, no inciso V, do art. 5º, ao ofendido a total reparabilidade em virtude dos prejuízos sofridos.[127]

A norma pretende a reparação da ordem jurídica lesada, seja por meio de ressarcimento econômico, seja por outros meios, por exemplo, o direito de resposta.[128]

O art. 5º, V, não permite qualquer dúvida sobre a obrigatoriedade da indenização por dano moral,[129] inclusive a cumulatividade dessa com a indenização por danos materiais.[130]

Como decidiu o Superior Tribunal de Justiça, "sobrevindo, em razão de ato ilícito, perturbação nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos sentimentos e nos afetos de uma pessoa, configura-se o dano moral, passível de indenização",[131] inclusive em relação aos danos estéticos.[132]

Como ensina Rui Stoco, "pacificado, hoje, o entendimento de que o dano moral é indenizável e afastadas as restrições, o preconceito e a má vontade que a doutrina pátria e alienígena impunham à tese, com o advento da nova ordem constitucional (CF/88), nenhum óbice se pode, *a priori*, antepor à indenizabilidade cumulada".[133]

Limongi França traz-nos o conceito de dano moral, afirmando ser aquele que, direta ou indiretamente, a pessoa física ou jurídica, bem assim a coletividade, sofre no aspecto não econômico dos seus bens jurídicos.[134]

Ressalte-se, portanto, que a indenização por danos morais terá cabimento seja em relação à pessoa física, seja em relação à pessoa jurídica[135] e até mesmo em relação às coletividades (interesses difusos ou coletivos); mesmo porque são todos titulares dos direitos e garantias fundamentais desde que compatíveis com suas características de pessoas artificiais.

A partir da EC nº 45/04 ("*por questões de política judiciária*"), as ações de indenização, inclusive por dano moral, com base em acidente do trabalho, propostas por empregado contra empregador, são da competência da justiça do trabalho, pois, conforme entendeu o Supremo Tribunal Federal, "o direito à indenização em caso de acidente de trabalho, quando o empregador incorrer em dolo ou culpa, está enumerado no art. 7º da CF como autêntico direito trabalhista, cuja tutela, deve ser, por isso, da justiça especial".[136]

11.1 Direito de resposta ou de réplica

A consagração constitucional do direito de resposta proporcional ao agravo é instrumento democrático moderno previsto em vários ordenamentos jurídico-constitucionais, e visa proteger a pessoa de imputações ofensivas e prejudiciais a sua dignidade humana e sua honra.[137]

A abrangência desse direito fundamental é ampla, aplicando-se em relação a todas as ofensas, configurem ou não infrações penais.

Nesse sentido, lembremo-nos da lição de Rafael Bielsa, para quem existem fatos que, mesmo sem configurar crimes, acabam por afetar a reputação alheia, a honra ou o bom nome da pessoa, além de também vulnerarem a verdade, cuja divulgação é de interesse geral. O cometimento desses fatos pela imprensa deve possibilitar ao prejudicado instrumentos que permitam o restabelecimento da verdade, de sua reputação e de sua honra, por meio do exercício do chamado direito de réplica ou de resposta,[138] regulamentado pelo Congresso Nacional, nos termos da Lei nº 13.188/2015.

O exercício do direito de resposta, se negado pelo autor das ofensas, deverá ser tutelado pelo Poder Judiciário, garantindo-se o mesmo destaque à notícia que o originou. Anote-se que o ofendido poderá desde logo socorrer-se ao Judiciário para a obtenção de seu direito de resposta constitucionalmente garantido, não necessitando, se não lhe aprouver, tentar entrar em acordo com o ofensor.

A Constituição Federal estabelece como requisito para o exercício do direito de resposta ou réplica a proporcionalidade, ou seja, o desagravo deverá ter o mesmo destaque, a mesma duração (no caso de rádio e televisão), o mesmo tamanho (no caso de imprensa escrita) que a notícia que gerou a relação conflituosa. A responsabilidade pela divulgação do direito de resposta é da direção do órgão de comunicação, e não daquele que proferiu as ofensas.

Ressalte-se que o conteúdo do exercício do direito de resposta não poderá acobertar atividades ilícitas, ou seja, ser utilizado para que o ofendido passe a ser o ofensor, proferindo, em vez de seu desagravo, manifestação caluniosa, difamante, injuriosa.

12 EXPRESSÃO DA ATIVIDADE INTELECTUAL, ARTÍSTICA, CIENTÍFICA E DE COMUNICAÇÃO (ART. 5º, IX)

A liberdade de expressão e de manifestação de pensamento não pode sofrer nenhum tipo de limitação prévia, no tocante a censura de natureza política, ideológica e artística.[139] Contudo, é possível à lei ordinária a regulamentação das diversões e espetáculos, classificando-os por faixas etárias a que não se recomendem, bem como definir locais e horários que lhes sejam inadequados. Caberá também à lei estabelecer meios de defesa das pessoas e das famílias quanto a programas de rádio e televisão que descumpram os princípios determinados no art. 221, I a IV, como respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (arts. 220, § 3º, e 221). A inviolabilidade prevista no inciso X do art. 5º, porém, traça os limites tanto para a liberdade de expressão do pensamento como para o direito à informação, vedando-se o atingimento à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas e o discurso de ódio (cf. a respeito, item 4, no Capítulo 15).[140]

A censura prévia significa o controle, o exame, a necessidade de permissão a que se submete, previamente e com caráter vinculativo, qualquer texto ou programa que pretende ser exibido ao público em geral. O caráter preventivo e vinculante é o traço marcante da censura prévia, sendo a restrição à livre manifestação de pensamento sua finalidade antidemocrática, pois, como salientado pelo Ministro Celso de Mello, “a liberdade de expressão é condição inerente e indispensável à caracterização

e preservação das sociedades livres e organizadas sob a égide dos princípios estruturadores do regime democrático".[141]

O texto constitucional repele frontalmente a possibilidade de censura prévia. Essa previsão, porém, não significa que a liberdade de imprensa é absoluta, não encontrando restrições nos demais direitos fundamentais, pois a responsabilização posterior do autor e/ou responsável pelas notícias injuriosas, difamantes, mentirosas sempre será cabível, em relação a eventuais danos materiais e morais.

Como salienta Miguel Ángel Ekmekdjian, a proibição à censura prévia, como garantia à liberdade de imprensa, implica forte limitação ao controle estatal preventivo, mas não impede a responsabilização posterior em virtude do abuso no exercício desse direito.

O autor, inclusive, cita julgado da Corte Suprema de Justiça argentina no qual se afirmou: "apesar de no regime democrático a liberdade de expressão ter um lugar eminente que obriga a particular cautela enquanto se trata de decidir responsabilidades por seu desenvolvimento, pode-se afirmar sem vacilação que ela não se traduz no propósito de assegurar a impunidade da imprensa".[142]

A liberdade de imprensa em todos os seus aspectos, inclusive mediante a vedação de censura prévia, deve ser exercida com a necessária responsabilidade que se exige em um Estado Democrático de Direito, de modo que o desvirtuamento da mesma para o cometimento de fatos ilícitos, civil ou penalmente, possibilitará aos prejudicados plena e integral indenização por danos materiais e morais, além do efetivo direito de resposta.

Em defesa da *liberdade de imprensa e da livre manifestação de pensamento*, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade concentrada, pela via da Arguição de Descumprimento de preceito fundamental, da "Lei de Imprensa", afirmando que o texto constitucional "veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento

(vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social".[143]

O STF, também, declarou inconstitucionais dispositivos legais que cerceavam preventivamente a liberdade de expressão humorística e a liberdade de opinião de veículos de comunicação durante o período eleitoral, destacando que "tanto a liberdade de expressão quanto a participação política em uma Democracia representativa somente se fortalecem em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das mais variadas opiniões sobre os governantes. O direito fundamental à liberdade de expressão não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias".[144]

Igualmente, nossa Corte Suprema suspendeu com efeitos vinculantes e *erga omnes* atos judiciais, policiais e administrativos que autorizavam "o ingresso de agentes públicos em universidades públicas e privadas, o recolhimento de documentos, a interrupção de aulas, debates ou manifestações de docentes e discentes universitários, a atividade disciplinar docente e discente e a coleta irregular de depoimentos desses cidadãos pela prática de manifestação livre de ideias e divulgação do pensamento em ambientes universitários ou em equipamentos sob a administração de universidades públicas e privadas e serventes a seus fins e desempenhos".[145]

A liberdade de discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão que tem por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos,[146] no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva.[147] Não há permissivo constitucional para restringir a liberdade de expressão no seu sentido negativo, ou seja, para limitar preventivamente o

conteúdo do debate público em razão de uma conjectura sobre o efeito que certos conteúdos possam vir a ter junto ao público, em especial no âmbito universitário, onde a Carta Magna é taxativa ao prever a autonomia universitária e garantir a "*liberdade de aprender*, *ensinar*, *pesquisar*, *divulgar* o *pensamento*" e *consagrar* o "*pluralismo de ideias*" (CF, art. 206 e 207).[148]

Analisando a compatibilidade do direito ao esquecimento com a liberdade de expressão e informação, entendeu o Supremo Tribunal Federal ser "incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral – e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível".[149]

13 INVIOLABILIDADE À INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM

Os direitos à intimidade e à própria imagem formam a proteção constitucional à vida privada, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas.[150]

A proteção constitucional consagrada no inciso X do art. 5º refere-se tanto a pessoas físicas quanto a pessoas jurídicas,[151] abrangendo, inclusive, à necessária proteção à própria imagem frente aos meios de comunicação em massa (televisão, rádio, jornais, revistas etc.).[152]

Os conceitos constitucionais de *intimidade* e *vida privada* apresentam grande interligação, podendo, porém, ser diferenciados por meio da menor

amplitude do primeiro, que se encontra no âmbito de incidência do segundo.

Assim, *intimidade* relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto *vida privada* envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc.[153]

Encontra-se em clara e ostensiva contradição com o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), com o direito à honra, à intimidade e à vida privada (CF, art. 5º, X) converter em instrumento de diversão ou entretenimento assuntos de natureza tão íntima quanto falecimentos, padecimentos ou quaisquer desgraças alheias, que não demonstrem nenhuma finalidade pública e caráter jornalístico em sua divulgação. Assim, não existe qualquer dúvida de que a divulgação de fotos, imagens ou notícias apelativas, injuriosas, desnecessárias para a informação objetiva e de interesse público (CF, art. 5º, XIV), que acarretem injustificado dano à dignidade humana autoriza a ocorrência de indenização por danos materiais e morais, além do respectivo direito à resposta.

No restrito âmbito familiar, os direitos à intimidade e vida privada devem ser interpretados de uma forma mais ampla, levando-se em conta as delicadas, sentimentais e importantes relações familiares, devendo haver maior cuidado em qualquer intromissão externa. Dessa forma, concluímos como Antonio Magalhães, no sentido de que "as intromissões na vida familiar não se justificam pelo interesse de obtenção de prova, pois, da mesma forma do que sucede em relação aos segredos profissionais, deve ser igualmente reconhecida a *função social* de uma *vivência conjugal e familiar à margem de restrições e intromissões*".[154]

Por outro lado, essa proteção constitucional em relação àqueles que exercem atividade política ou ainda em relação aos artistas em geral deve ser interpretada de uma forma mais restrita, havendo necessidade de uma maior tolerância ao se interpretar o ferimento das inviolabilidades à honra, à

intimidade, à vida privada e à imagem, pois os primeiros estão sujeitos a uma forma especial de fiscalização pelo povo e pela mídia,[155] enquanto o próprio exercício da atividade profissional dos segundos exige maior e constante exposição à mídia. Essa necessidade de interpretação mais restrita, porém, não afasta a proteção constitucional contra ofensas desarrazoadas, desproporcionais e, principalmente, sem qualquer nexo causal com a atividade profissional realizada.[156]

14 INVIOLABILIDADE DOMICILIAR (ART. 5º, XI)

O preceito constitucional consagra a inviolabilidade do domicílio, direito fundamental enraizado mundialmente, a partir das tradições inglesas, conforme verificamos no discurso de Lord Chatham no Parlamento britânico: *O homem mais pobre desafia em sua casa todas as forças da Coroa, sua cabana pode ser muito frágil, seu teto pode tremer, o vento pode soprar entre as portas mal ajustadas, a tormenta pode nela penetrar, mas o Rei da Inglaterra não pode nela entrar.*

A inviolabilidade domiciliar constitui uma das mais antigas e importantes garantias individuais de uma Sociedade civilizada,[157] pois engloba a tutela da intimidade, da vida privada, da honra, bem como a proteção individual e familiar do sossego e tranquilidade, que não podem ceder – salvo excepcionalmente – à persecução penal ou tributária do Estado.[158]

No sentido constitucional, o termo *domicílio* tem amplitude maior do que no direito privado ou no senso comum, não sendo somente a residência, ou, ainda, a habitação com intenção definitiva de estabelecimento, mas inclusive, quarto de hotel habitado.[159] Considera-se, pois, domicílio todo local, delimitado e separado, que alguém ocupa com exclusividade, a qualquer título, inclusive profissionalmente,[160] pois nessa relação entre pessoa e espaço preserva-se, mediatamente, a vida privada do sujeito.

Como já pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, domicílio, numa extensão conceitual mais larga,[161] abrange até mesmo o local onde se exerce a profissão ou a atividade, desde que constitua um ambiente fechado ou de acesso restrito ao público, como é o caso típico dos escritórios profissionais.[162] Como salientado por Gianpaolo Smanio, "aquilo que for destinado especificamente para o exercício da profissão estará dentro da disposição legal".[163]

Dessa forma, a proteção constitucional à inviolabilidade domiciliar abrange todo local, delimitado e separado, que alguém ocupa com exclusividade, a qualquer título, inclusive profissionalmente, pois nessa relação entre pessoa e espaço preservaram-se, mediatamente, a intimidade e a vida privada do indivíduo, pois, como destacado pelo Ministro Celso de Mello, "a extensão do domicílio ao compartimento habitado e outras moradias, além de locais não abertos ao público no qual exerce a pessoa sua profissão ou atividade, há que ser entendida como um reforço de proteção à intimidade e à privacidade, igualmente exercitadas e merecedoras de tutela em locais não incluídos no rígido conceito de 'residência' e domicílio".[164]

Os direitos à intimidade e à vida privada – consubstanciados em bens, pertences e documentos pessoais existentes dentro de "casa" – garantem uma salvaguarda ao espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas, e contra flagrantes arbitrariedades.

O conteúdo de bens, pertences e documentos pessoais existentes dentro de "casa", cuja proteção constitucional é histórica, se relaciona às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa humana, suas relações familiares e de amizade (intimidade), e também envolve todos os relacionamentos externos da pessoa, inclusive os objetivos, tais como relações sociais e culturais (vida privada).

Encontra-se em clara e ostensiva contradição com o fundamento constitucional da Dignidade da Pessoa Humana (CF, art. 1º, III), com o direito à honra, intimidade e vida privada (CF, art. 5º, X) utilizar-se, em

desobediência expressa à autorização judicial ou aos limites de sua atuação, de bens e documentos pessoais apreendidos ilicitamente acarretando injustificado dano à dignidade humana, autorizando a ocorrência de indenização por danos materiais e morais, além do respectivo direito à resposta e responsabilização penal.[165]

Os direitos à intimidade e vida privada, corolários da inviolabilidade domiciliar, devem ser interpretados de forma mais ampla, em face do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, levando em conta, como salienta Paolo Barile,[166] as delicadas, sentimentais e importantes relações familiares, devendo haver maior cuidado em qualquer intromissão externa,[167] pois como nos ensina Antonio Magalhães Gomes Filho, "as intromissões na vida familiar não se justificam pelo interesse de obtenção da prova, pois, da mesma forma do que sucede em relação aos segredos profissionais, deve ser igualmente reconhecida a função social de uma vivência conjugal e familiar à margem de restrições e intromissões".[168]

A Constituição Federal, porém, estabelece exceções à inviolabilidade domiciliar. Assim, a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, ainda, *durante o dia*, por determinação judicial.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que mesmo sendo a casa o asilo inviolável do indivíduo, não pode ser transformado em garantia de impunidade de crimes, que em seu interior se praticam.[169]

Assim, violação de domicílio legal, sem consentimento do morador, é permitida, porém somente nas hipóteses constitucionais:[170]

- **Dia:** flagrante delito[171] ou desastre ou para prestar socorro, ou, ainda, por determinação judicial. Somente durante o dia, a proteção constitucional deixará de existir por determinação judicial.

- **Noite:** flagrante delito ou desastre ou para prestar socorro.

Portanto, como definido de maneira vinculante pelo STF, “a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados”.[172]

14.1 Questão do dia e da noite

Para José Afonso da Silva, dia é o período das 6:00 horas da manhã às 18:00, ou seja, *“sol alto, isto é, das seis às dezoito”*, esclarecendo Alcino Pinto Falcão que durante o dia a tutela constitucional é menos ampla, visto que a lei ordinária pode ampliar os casos de entrada na casa durante aquele período, que se contrapõe ao período da noite.[173] Para Celso de Mello, deve ser levado em conta o critério físico-astronômico, como o intervalo de tempo situado entre a aurora e o crepúsculo.[174]

É o mesmo entendimento de Guilherme de Souza Nucci, ao afirmar que noite “é o período que vai do anoitecer ao alvorecer, pouco importando o horário, bastando que o sol se ponha e depois se levante no horizonte”.[175]

Entendemos que a aplicação conjunta de ambos os critérios alcança a finalidade constitucional de maior proteção ao domicílio durante a noite, resguardando-se a possibilidade de invasão domiciliar com autorização judicial, mesmo após as 18:00 horas, desde que, ainda, não seja noite (por exemplo: horário de verão).[176]

14.2 Violação de domicílio por decisão administrativa ou parlamentar. Impossibilidade – cláusula de reserva jurisdicional

A possibilidade de invasão domiciliar, durante o dia, sujeita-se a denominada *cláusula de reserva jurisdicional*,[177] consistente na expressa previsão constitucional de competência exclusiva dos órgãos do Poder Judiciário, com total exclusão de qualquer outro órgão estatal, para a prática de determinados atos.[178]

Como salientado pelo Ministro Celso de Mello, "nem a Polícia Judiciária, nem o Ministério Público, nem a administração tributária, nem a Comissão Parlamentar de Inquérito ou seus representantes, agindo por autoridade própria, podem invadir domicílio alheio com o objetivo de apreender, durante o período diurno, e sem ordem judicial, quaisquer objetos que possam interessar ao Poder Público. Esse comportamento estatal representará inaceitável afronta a um direito essencial assegurado a qualquer pessoa, no âmbito de seu espaço privado, pela Constituição da República".[179]

Conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal,[180]

> "a essencialidade da *ordem judicial* para efeito de realização das medidas de busca e apreensão domiciliar nada mais representa, dentro do novo contexto normativo emergente da Carta Política de 1988, senão a plena concretização da garantia constitucional pertinente à inviolabilidade do domicílio".

Daí a advertência – que cumpre ter presente – feita por Celso Ribeiro Bastos, no sentido de que

> "é forçoso reconhecer que deixou de existir a possibilidade de invasão por decisão de autoridade administrativa, de natureza policial ou não. Perdeu portanto a Administração a possibilidade da autoexecutoriedade administrativa".

Obviamente, em face da extensão da garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, não se pode considerar caracterizado o crime de resistência ou desobediência, daquele que se recusa a permitir o acesso de autoridades policiais ou administrativas em sua residência ou escritório profissional fora das hipóteses excepcionais previstas pelo texto constitucional.[181]

14.3 Inviolabilidade domiciliar e fisco

Como destaca o Ministro Celso de Mello,[182]

> "esse amplo sentido conceitual da noção jurídica de *'casa'* revela-se plenamente consentâneo com a exigência constitucional de proteção à esfera de liberdade individual e de privacidade pessoal (*RT*, 214/409; *RT*, 467/385; *RT*, 637/341). É por essa razão que a doutrina – ao destacar o caráter abrangente desse conceito jurídico – adverte que o princípio da inviolabilidade estende-se ao espaço em que alguém exerce, com exclusão de terceiros, qualquer atividade de índole profissional (Pontes de Miranda, *Comentários à constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*, tomo V/187, 2ª ed./2ª tir., 1974, *RT*; José Cretella Júnior, *Comentários à constituição de 1988*, v. I/261, item nº 150, 1989, Forense Universitária; Pinto Ferreira, *Comentários à constituição brasileira*, v. 1/82, 1989, Saraiva; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à constituição brasileira de 1988*, v. 1/36-37, 1990, Saraiva; Carlos Maximiliano, *Comentários à*

constituição brasileira, v. III/91, 1948, Freitas Bastos; Dinorá Adelaide Musetti Grotti, *Inviolabilidade do domicílio na constituição*, p. 70-78, 1993, Malheiros, *v.g.*). Sendo assim, nem a Polícia Judiciária e nem a administração tributária podem, afrontando direitos assegurados pela Constituição da República, invadir domicílio alheio com o objetivo de apreender, durante o período diurno, e sem ordem judicial, quaisquer objetos que possam interessar ao Poder Público. A Constituição Federal prescreve, no art. 145, § 1º, que a administração tributária está sujeita, na efetivação das medidas e na adoção de providências que repute necessárias, ao respeito incondicional aos direitos individuais, dentre os quais avulta, por sua indiscutível importância, o direito à inviolabilidade domiciliar. Daí a observação de Ives Gandra Martins – reiterada por Sacha Calmon Navarro Coelho – no sentido de que os poderes de investigação do Fisco estão essencialmente limitados pelas cláusulas subordinantes da Constituição Federal cujas prescrições proclamam a necessidade de efetiva submissão do Poder estatal aos direitos individuais assegurados pela Lei Fundamental. Por isso mesmo, assinala Ives Gandra Martins (*Comentários à Constituição do Brasil*, v. 6º, tomo I, p. 64, 1990, Saraiva). De início, o direito de fiscalizar é um direito inerente à Administração dentro das regras próprias do direito administrativo. E como a Constituição garante os direitos individuais, à evidência, garante a inviolabilidade do domicílio nos termos do art. 5º, XI, com o que o Fisco, pela nova Constituição, não tem mais direitos do que aqueles que tinha com a Constituição pretérita".

A exigência de absoluto respeito à garantia da inviolabilidade domiciliar pelas autoridades tributárias foi reiterada pelo Supremo Tribunal

Federal, que afirmou não serem "absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, pois o Estado, em tema de tributação, inclusive em matéria de fiscalização tributária, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem, constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral",[183] e, consequentemente, ilícitas as provas assim obtidas.[184]

15 SIGILO DE CORRESPONDÊNCIA E DE COMUNICAÇÃO (ART. 5º, XII)

É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Ocorre, porém, que apesar de a exceção constitucional expressa referir-se somente à interceptação telefônica, entende-se que nenhuma liberdade individual é absoluta, sendo possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação das correspondências[185] e comunicações telegráficas e de dados sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.[186]

Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal pela possibilidade excepcional de interceptação de carta de presidiário pela administração penitenciária, entendendo que a "inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas".[187]

A análise do direito comparado reforça a ideia de relatividade dessas inviolabilidades. O art. 72 da Constituição do Reino da Dinamarca, promulgada em 5-6-1953, expressamente prevê que qualquer violação do segredo de correspondência postal, telegráfica e telefônica somente poderá ocorrer se nenhuma lei justificar exceção particular, após decisão judicial.

O art. 12 da Lei Constitucional da Finlândia prevê que será inviolável o segredo das comunicações postais, telegráficas e telefônicas, salvo as exceções estabelecidas em lei.

Igualmente, o art. 15 da Constituição italiana prevê que a liberdade e o segredo da correspondência e de qualquer outra forma de comunicação são invioláveis. Sua limitação pode ocorrer somente por determinação da autoridade judiciária, mantidas as garantias estabelecidas em lei.

Importante destacar que a previsão constitucional, além de estabelecer expressamente a inviolabilidade das correspondências e das comunicações em geral, implicitamente proíbe o conhecimento ilícito de seus conteúdos por parte de terceiros. O segredo das correspondências e das comunicações é verdadeiro princípio corolário das inviolabilidades previstas na Carta Maior.

O preceito que garante o sigilo de dados engloba o uso de informações decorrentes da informática. Essa nova garantia, necessária em virtude da existência de uma nova forma de armazenamento e transmissão de informações, deve coadunar-se com as garantias de intimidade, honra e dignidade humanas, de forma que se impeçam interceptações ou divulgações por meios ilícitos.

15.1 Possibilidade de interceptação telefônica

Interceptação telefônica é a captação e gravação de conversa telefônica, no mesmo momento em que ela se realiza, por terceira pessoa sem o conhecimento de qualquer dos interlocutores. Essa conduta afronta o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal.

Nos casos de interceptações telefônicas, a própria Constituição Federal, no citado inciso XII, do art. 5º, abriu uma exceção, qual seja, a possibilidade de violação das comunicações telefônicas, desde que presentes três requisitos:

- ordem judicial;
- para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;
- nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer.

A interceptação telefônica dependerá de *ordem judicial* (cláusula de reserva jurisdicional), que, nos termos do art. 1º da Lei nº 9.296/96, deverá ser expedida pelo *juiz competente para a ação principal, em decisão devidamente fundamentada que demonstre sua conveniência*,[188] *e indispensabilidade*.[189]

Essa regra, porém, deve ser interpretada em consonância com as demais normas de competência, seja de natureza constitucional, seja de natureza infraconstitucional, de maneira a permitir – sem que possibilite qualquer violação ou fraude ao princípio do juízo natural – a aceitação das provas produzidas por ordem de juiz, que, *futuramente e por fato superveniente, demonstrou-se incompetente para a ação principal.*

Portanto, o texto constitucional consagra a necessidade de respeito ao princípio do juízo natural nas decretações de interceptação telefônica,[190] sendo, porém, possível relativizar a regra de competência prevista no art. 1º da Lei nº 9.296/96, autorizando a interceptação telefônica por juiz diverso do juiz competente para a ação principal, *tanto na hipótese de tratar-se de medida cautelar*,[191] *quanto na hipótese de alteração futura por declinação de competência*.[192]

O *segundo requisito constitucional* exige que a produção desse meio de prova seja dirigida para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, não sendo, portanto, autorizada a decretação de interceptação telefônica em processos civis, administrativos, disciplinares, extradicionais[193] ou político-administrativos.

A exigência de investigação criminal não obriga a instauração prévia de inquérito policial, pois se trata de peça dispensável para o oferecimento da denúncia, e, posterior, início da ação penal, significando, conforme já

decidiu o Supremo Tribunal Federal, que "basta, sim, que o órgão do Ministério Público julgue necessária a referida interceptação para a formação de seu convencimento durante procedimento de investigação criminal preliminar".[194]

Ressalte-se, ainda, que *limitação constitucional* à decretação de interceptações telefônicas somente no curso de *investigações criminais* ou *instruções processuais penais*, não impede a possibilidade de sua utilização no processo civil,[195] administrativo, disciplinar,[196] extradicional ou político-administrativo como *prova emprestada*,[197] aproveitando-se os dados obtidos por meio de interceptação telefônica regularmente determinada pela autoridade judicial; uma vez que, conforme salientou o Ministro Cezar Peluso, "não é disparatado sustentar-se que nada impedia nem impede, noutro procedimento de interesse substancial do mesmo Estado, agora na vertente da administração pública, o uso da prova assim produzida em processo criminal".[198]

A possibilidade de utilização dessa *prova emprestada* somente será vedada, quando verificado o desvio de finalidade, a simulação ou fraude no curso da investigação, no sentido de burlar a vedação constitucional de decretação de interceptações telefônicas no processo civil ou administrativo.

Em relação ao último requisito (*nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer*), a doutrina dividia-se sobre a recepção e a possibilidade de utilização do Código de Telecomunicações, enquanto não fosse editada lei regulamentando as interceptações telefônicas, tendo porém o Plenário do Supremo Tribunal Federal, decidindo a questão,[199] afirmado a não recepção do art. 57, II, *e*, da Lei nº 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações), vedando-se qualquer espécie de interceptação telefônica, até edição da legislação exigida constitucionalmente, sob pena de decretar-se a ilicitude da prova por esse meio obtida.

Ressalte-se que o entendimento do Pretório Excelso sobre a impossibilidade de interceptação telefônica, mesmo com autorização judicial para, na investigação criminal ou instrução processual penal, *ausente a edição da lei exigida constitucionalmente*, foi mantido até a edição da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, quando então a hipótese foi regulamentada.[200]

15.2 Lei nº 9.296, de 24-7-1996 – Interceptações telefônicas[201]

A Lei nº 9.296, de 24-7-1996, foi editada para regulamentar o inciso XII, parte final do art. 5º, da Constituição Federal, determinando que a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob segredo de justiça, aplicando-se, ainda, à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática,[202] cessando assim a discussão sobre a possibilidade ou não deste meio de prova e, consequentemente, sobre sua licitude, *desde que realizado após a edição da lei, que não contém efeito retroativo.*[203]

O Supremo Tribunal Federal exige a comprovação da legitimidade das interceptações telefônicas, com a fiel observância de todos os requisitos legais,[204] não entendendo, porém, que exista ofensa ao direito ao silêncio e ao direito a não autoincriminação nas gravações obtidas mediante os requisitos constitucionais e legais para a realização de interceptação telefônica.[205]

O afastamento da inviolabilidade constitucional em relação às comunicações telefônicas exige a presença da imprescindibilidade desse meio de prova,[206] pois a citada lei vedou a realização de interceptação de comunicações telefônicas quando não houver indícios razoáveis da autoria

ou participação em infração penal ou a prova puder ser feita por outros meios disponíveis, não podendo, portanto, em regra, ser a primeira providência investigatória realizada pela autoridade policial,[207] consagrando a necessidade da presença do *fumus boni iuris*, pressuposto exigível para todas as medidas de caráter cautelar,[208] afirmando Antonio Magalhães Gomes Filho que deve ser perquirida a exclusividade deste meio de prova, "diante da forma de execução do crime, da urgência na sua apuração, ou então da excepcional gravidade da conduta investigada, a ponto de justificar-se a intromissão".[209]

Importante ressaltar, ainda, que somente será possível a autorização para a interceptação quando o fato investigado constituir infração penal punida com *reclusão*,[210] o que, entendemos, não desautoriza a utilização, como meio de prova, de eventuais gravações relacionadas com crimes apenados com detenção, desde que conexos como o objeto principal da investigação e obtidas no mesmo procedimento.[211]

O STF decidiu pela plena licitude de compartilhamento de prova produzida por meio de interceptação telefônica autorizada em outra investigação, para crimes diversos.[212]

Nesse sentido, importante lição do Ministro Nelson Jobim, que, ao questionar – "Não é possível a utilização de procedimento legal e legítimo de interceptação telefônica já executada para demonstrar a presença de novos crimes conexos aos primeiros? –, conclui que "se a escuta telefônica – repito, executada de forma legal – acabou por trazer novos elementos probatórios de outros crimes que não geraram o pleito das gravações, especialmente quando são conexos, podem e devem ser levados em consideração. De outra forma, nunca seria possível a interceptação telefônica para a investigação de crimes apenados com reclusão quando forem estes conexos com crimes punidos com detenção".[213]

Assim, a partir da edição da citada lei, fixando as hipóteses e a forma para a interceptação das comunicações telefônicas, a mesma poderá ser

determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento da autoridade policial (somente na investigação criminal) ou do representante do Ministério Público (tanto na investigação criminal, quanto na instrução processual penal), sempre descrevendo-se com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.[214]

Feito o pedido de interceptação de comunicação telefônica, que conterá a demonstração de que sua realização é necessária à apuração de infração penal e a indicação dos meios a serem empregados, o juiz terá o prazo máximo de 24 horas para decidir, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de 15 dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.[215]

Adotamos novo posicionamento, diverso das três primeiras edições desta obra onde defendíamos a possibilidade de *uma única renovação* da medida.[216] Entendemos, melhor refletindo sobre o tema, que há circunstâncias onde a indispensabilidade desse meio de prova possibilitará sucessivas renovações (por exemplo: combate ao tráfico ilícito de entorpecentes), desde que, a cada nova renovação[217] o magistrado analise detalhadamente a presença dos requisitos e a razoabilidade da manutenção dessa medida devastadora da intimidade e privacidade,[218] sob pena de inversão dos valores constitucionais.[219]

O Supremo Tribunal Federal pacificou a questão em sede de repercussão geral, definindo que "são lícitas as sucessivas renovações de interceptação telefônica, desde que, verificados os requisitos do art. 2º da Lei nº 9.296/96 e demonstrada a necessidade da medida diante de elementos concretos e a complexidade da investigação, a decisão judicial inicial e as prorrogações sejam devidamente motivadas, com justificativa legítima, ainda que sucinta, a embasar a continuidade das investigações" (Tema 661).[220]

Haverá autuação em autos apartados, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

Como observado pelo Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, a lei adotou o sistema de verificação prévia da legalidade condicionando a interceptação à autorização judicial, ressaltando, porém, como nossa posição que

> "melhor seria se a lei houvesse optado, como exceção, pelo sistema da verificação posterior da legalidade. Em outras palavras, a autoridade policial e o representante do Ministério Público poderiam tomar a iniciativa; concluída a diligência encaminhariam-na ao magistrado; se não contivesse vício e fosse pertinente, seria anexada aos autos. Caso contrário, destruída, implicando eventual responsabilidade criminal. Nessa direção, o moderno Código de Processo Penal da Itália (art. 267.2). Com efeito a prova é caracterização de um fato; poderá ser passageiro. O crime não tem hora marcada. Acontece a qualquer momento, mesmo fora do expediente Judiciário. Se não for tomada medida imediata, perderá importância. Não creio que a autorização verbal (art. 4º, § 1º) possa cobrir todas as hipóteses".[221]

A diligência será conduzida pela autoridade policial, que poderá requisitar auxílio aos serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público, sempre com prévia ciência do Ministério Público,[222] que poderá acompanhá-la, se entender necessário. Se houver possibilidade de gravação da comunicação interceptada, será determinada sua transcrição, encaminhando-se ao juiz competente, acompanhada com o devido auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.[223]

Conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal, "não é necessária a transcrição integral das conversas interceptadas, desde que possibilitado ao investigado o pleno acesso a todas as conversas captadas, assim como disponibilizada a totalidade do material que, direta e indiretamente, àquele

se refira, sem prejuízo do poder do magistrado em determinar a transcrição da integralidade ou de partes do áudio".[224]

Após o término da diligência, a prova colhida permanecerá em segredo de Justiça, devendo então, caso já haja ação penal, ser possibilitado ao defensor sua análise, em respeito aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Ressalte-se que a natureza da diligência impede o conhecimento anterior do investigado e de seu defensor, pois, como ressalta Antonio Scarance Fernandes,

> "obviamente, se informado o réu ou o investigado, nunca iria ele efetuar qualquer comunicação comprometedora. O contraditório será diferido, garantindo-se, após a gravação e transcrição, ao investigado e ao acusado o direito de impugnar a prova obtida e oferecer contraprova".[225]

Dessa forma, a produção dessa espécie de prova em juízo está em plena consonância com o princípio do contraditório e da ampla defesa, permitindo-se à defesa impugná-la amplamente,[226] em respeito ao contraditório deferido.[227]

Ressalte-se, por fim, que não haverá possibilidade de interceptação da comunicação telefônica entre o acusado e seu defensor, pois o sigilo profissional do advogado, no exercício da profissão, é garantia do próprio devido processo legal. A interceptação somente será possível se o advogado estiver envolvido na atividade criminosa, pois nesta hipótese não estará atuando como defensor, mas como participante da infração penal.[228]

Em relação à possibilidade da utilização das gravações obtidas licitamente também para os denominados "crime-achado", ou como prova emprestada em outro procedimento, conferir item 15.4.

A Resolução nº 59, de 9-9-2008, editada pelo Conselho Nacional de Justiça disciplinou e uniformizou as rotinas visando ao aperfeiçoamento do

procedimento de interceptação de comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática nos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário.

A Lei nº 13.964/2019 previu que, para investigação ou instrução criminal, o juiz poderá determinar, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, quando (a) a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes; e (b) houver elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou em infrações penais conexas.

O texto legal estabelece, ainda, que o requerimento deverá descrever circunstanciadamente o local e a forma de instalação do dispositivo de captação ambiental e que a captação ambiental não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por decisão judicial por igual período, se comprovada a indispensabilidade do meio de prova e quando presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada. Observe-se, ainda, que deverão ser aplicadas, subsidiariamente à captação ambiental, as regras previstas na legislação específica para a interceptação telefônica e telemática.

15.3 Gravação clandestina

Diferentemente da gravação resultante de interceptação telefônica, a gravação clandestina é aquela em que a captação e gravação de áudio e vídeo de conversa pessoal, ambiental ou telefônica se dão no mesmo momento em que a conversa se realiza, feita por um dos interlocutores, sem conhecimento dos outros ou por terceira pessoa, sem conhecimento dos demais.

Essa conduta afronta o inciso X do art. 5º da Constituição Federal, sendo gravações ilícitas, pois se caracterizam pelo desconhecimento por

parte de qualquer dos interlocutores, sendo feitas de maneira sub-reptícias, escondidas, fraudulentas, com ferimento a intimidade e vida privada, direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos e protegidos.

Dessa forma, não se confunde interceptação telefônica com gravação clandestina de conversa telefônica, pois enquanto na primeira nenhum dos interlocutores tem ciência da invasão de privacidade, na segunda um deles tem pleno conhecimento de que a gravação se realiza. Essa conduta afronta o inciso X do art. 5º da Constituição Federal, diferentemente das interceptações telefônicas que, conforme já analisado, afrontam o inciso XII do art. 5º da Carta Magna.

Elimar Szaniawski, ao expor as diferenças entre as gravações lícitas e ilícitas, afirma que

> "as primeiras (gravações lícitas) consistem na realização do registro de conversações, depoimentos, conferências ou narrativas dos mais diversos fatos como a ocorrência de acidente, desabamentos, homicídios, fenômenos naturais etc. Nesta espécie de gravação, as lícitas, verificamos que sua principal característica é que, no momento em que foi realizada a captação do som, voz ou imagem do indivíduo, tinha este o pleno conhecimento da feitura das gravações ou dos interlocutores, tratando-se de fixação de uma conversação. Pode, ainda, a gravação ser realizada perante autoridade policial ou administrativa onde se assegurem todas as garantias constitucionais de respeito à liberdade da pessoa humana, de sua dignidade e o respeito à sua pessoa. Já o segundo grupo, o das *gravações ilícitas*, se caracteriza pelo fato do desconhecimento por parte do indivíduo, interlocutores, ou grupos de pessoas, de que sua voz ou imagem estejam sendo captadas e registradas por intermédio de algum aparelho em fitas para poder ser

> reproduzida. Inclui-se na espécie a captação da imagem por meio de fotografias do tipo chapa fotográfica, filme negativo, dispositivos (*slides*) ou outros meios de fixação da imagem. As gravações ilícitas podem ser classificadas em: interpolações, montagens e gravações sub-reptícias".[229]

Em relação à gravação sub-reptícia, continua dizendo ser aquela

> "que se dá clandestinamente, isto é, quando a voz, a imagem ou a imagem e a voz, simultaneamente, são fixadas por aparelhos sem o conhecimento da pessoa que fala e cuja imagem aparece. São captações clandestinas geralmente realizadas por aparelhos ocultos ou disfarçados. A maioria dos autores denomina *de gravações ilícitas* aquelas que são realizadas às ocultas sem conhecimento por parte daquele cuja voz ou imagem estejam sendo gravadas. Para nós, qualquer desses meios de se captar a voz ou a imagem, clandestinamente, bem como qualquer tipo de distorção de uma gravação, constitui-se em gravação ilícita, nesta última, mesmo que a gravação original tenha sido realizada com o conhecimento e expressa autorização da pessoa cuja voz ou imagem tenham sido captadas, qualquer espécie de corte ou outro tipo de distorção ou alteração caracterizam sua ilicitude".

Assim, a tutela constitucional das comunicações pretende tornar inviolável a manifestação de pensamento que não se dirige ao público em geral, mas a pessoa, ou pessoas determinadas. Consiste, pois, no direito de escolher o destinatário da transmissão.

Nelson Nery Junior relata que no tocante ao processo civil, houve caso líder decidido pelo Supremo Tribunal Federal, não admitindo prova de adultério obtida por gravação clandestina em fita magnética, em ação de antigo desquite.[230]

A posição anterior do plenário da Corte Suprema, era pela inadmissibilidade, como prova, de laudo de gravação de conversa telefônica obtido por meios ilícitos (art. 5º, LVI, da Constituição Federal), por se tratar de gravação realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, havendo a gravação sido feita com inobservância do princípio do contraditório, e utilizada com violação à privacidade alheia (art. 5º, X, da CF).[231] Como salientou o Ministro Celso de Mello,

> "a gravação de conversação com terceiros, feita através de fita magnética, sem o conhecimento de um dos sujeitos da relação dialógica, não pode ser contra este utilizada pelo Estado em juízo, uma vez que esse procedimento – precisamente por realizar-se de modo sub-reptício – envolve quebra evidente de privacidade, sendo, em consequência, nula a eficácia jurídica da prova coligida por esse meio. O fato de um dos interlocutores desconhecer a circunstância de que a conversação que mantém com outrem está sendo objeto de gravação atua, em juízo, como causa obstativa desse meio de prova. O reconhecimento constitucional do direito à privacidade (CF, art. 5º, X) desautoriza o valor probante do conteúdo de fita magnética que registra, de forma clandestina, o diálogo mantido com alguém que venha a sofrer a persecução penal do Estado. A gravação de diálogos privados, quando executada com total desconhecimento de um dos seus partícipes, apresenta-se eivada de absoluta desvalia, especialmente quando o órgão da acusação penal postula, com base nela, a prolação de um decreto condenatório".[232]

O atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, porém, reconheceu a repercussão geral dessa matéria e, em hipótese excepcional, alterando esse posicionamento passou a admitir a gravação telefônica

clandestina realizada por um dos interlocutores, estendendo essa permissão, inclusive, no tocante a gravações ambientais.[233]

Essa nova posição, com a qual guardamos reservas, amplia a necessidade de cuidados na utilização desse meio de prova, pois não se pode deixar de reconhecer que toda gravação apresenta grandes possibilidades de manipulações, através de sofisticados meios eletrônicos e computadorizados, pelos quais se podem suprimir trechos da gravação, efetuar montagens com textos diversos, alterar completamente o sentido de determinadas conversas ou, ainda, utilizando-se de aparelhos modernísimos, realizar montagens de frases utilizando-se de padrões vocais de determinada pessoa, motivos pelos quais, como regra geral, devem ser inadmitidas como prova.

Além dessa possibilidade de manipulação probatória, também é mister reconhecer que a gravação clandestina de conversas acaba por atentar frontalmente com diversos direitos constitucionalmente garantidos e, principalmente, contra a inviolabilidade da vida privada e da intimidade.[234] Devendo, mesmo em face desse novo posicionamento do STF, ser aplicada excepcionalmente.

Em caráter excepcional, sempre entendemos que se admite a possibilidade de gravação clandestina com autorização judicial,[235] mesmo ausente lei específica que regulamente o assunto,[236] observado o princípio da razoabilidade, apesar de entender o Supremo Tribunal Federal que não se exige a cláusula constitucional de reserva de jurisdição nessas hipóteses[237] (cf., sobre o tema, neste mesmo capítulo, item 25 e subitens).

Ocorre, porém, que, nos termos do art. 8º-A da Lei nº 9.296/96, introduzido pela Lei nº 13.964/19, a gravação ambiental passou a ser possível para fins de investigação ou instrução criminal, por determinação judicial, mediante requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, demonstrando que, por outro meio, a prova não poderia ser

realizada e se houver elementos probatórios razoáveis do cometimento de crime cuja pena máxima supere quatro anos.

Nos termos do § 4º do art. 8º-A da Lei nº 9.296/96, introduzido pela Lei nº 13.964/19, a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento das autoridades legitimadas no *caput* do mesmo artigo somente poderá ser utilizada em matéria de defesa, no âmbito de processo criminal e desde que comprovada a integridade de seu conteúdo.

Nas demais hipóteses, a prova será ilícita e, consequentemente, inadmissível no processo, conforme já decidiu o Tribunal Superior Eleitoral, afirmando que "são clandestinas e, portanto, ilícitas as gravações ambientais feitas em ambiente privado, ainda que por um dos interlocutores ou terceiros a seu rogo ou com seu consentimento, mas sem o consentimento ou ciência inequívoca dos demais, dada inequívoca afronta ao inciso X do art. 5º da Constituição Federal. Ilícitas, do mesmo modo, as provas delas derivadas, não se prestando a fundamentar condenação em representação eleitoral"; bem como, que "a compreensão aqui firmada não se afigura incompatível com a tese firmada pelo E. STF no RE nº 583.937 (QO-RG/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 19-11-2009 – Tema 237), que teve como perspectiva o prisma da instrução criminal, sobremodo distinto do aqui tratado por força de expressa norma constitucional (art. 5º, XII, parte final) e legal. E tanto há distinção de enfoques que o próprio STF, no RE 1040515 (Rel. Ministro Dias Toffoli – Tema 979), afetou a discussão da necessidade de autorização judicial para legitimar gravação ambiental realizada por um dos interlocutores ou por terceiro presente à conversa, para fins de instrução de ação de impugnação de mandato eletivo, à luz do art. 5º, incs. II e XII, da Constituição da República".[238]

15.4 Excepcionalidade na utilização dos dados obtidos mediante interceptação telefônica fora das hipóteses restritas de sua decretação: limitação subjetiva (descoberta de novos partícipes), limitações objetivas ("crime-achado" e investigações diversas) e prova emprestada

Não raras vezes, são decretadas interceptações telefônicas pela autoridade judicial competente para a investigação de fato certo, tipificado pela lei penal como crime apenado com reclusão, e, no curso de sua efetivação, outras infrações penais são descobertas ("crime-achado"), inclusive em relação a outros autores e partícipes, ou mesmo, acabam sendo produzidas provas em relação a outras investigações já em andamento.

A interpretação das *limitações subjetivas* e *objetivas* na obtenção de provas mediante a autorização judicial para interceptações telefônicas deve visar garantir a efetividade da proteção aos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, em especial à intimidade, vida privada, sigilo das comunicações telefônicas; além da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

Enquanto, entendo inexistir obstáculos à possibilidade de utilização das provas obtidas em relação às pessoas diversas dos investigados, porém que participaram da ação criminosa, mesmo que, em face dessa participação haja deslocamento de competência (como, por exemplo, na hipótese da descoberta de participação criminosa de detentor de foro especial em razão da função).

Em relação ao denominado "crime-achado", ou seja, àquela infração penal desconhecida e, portanto, até aquele momento não investigada, entendo que deva existir maiores cuidados na aceitação da prova obtida, sob

pena de excessiva relativização do inciso XII do art. 5º do texto constitucional, e, consequentemente, de afastamento da proteção prevista no inciso LVI do art. 5º (inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos).

Na hipótese de o "crime-achado" ser conexo com o crime objeto principal da investigação, descabível seria a decretação da ilicitude da prova, independentemente de o mesmo ser apenado com reclusão ou detenção,[239] por encontrar-se no âmbito da investigação inicial.[240]

Nas demais hipóteses, como regra, para a preservação das liberdades públicas consagradas constitucionalmente, a prova obtida mediante interceptação telefônica em relação à infração penal diversa daquela investigada, somente deverá ser considerada lícita se, além de presentes todos os requisitos constitucionais e legais na decretação da interceptação telefônica original, não se verificar nenhuma hipótese de desvio de finalidade ou mesmo simulação ou fraude para obtenção da mesma,[241] como, por exemplo, a realização de um simulacro de investigação em crime apenado com reclusão somente para obtenção de ordem judicial decretando interceptação telefônica, porém, com o claro objetivo de descobrir e produzir provas em crimes apenados com detenção, ou, ainda, para produção de provas a serem, posteriormente, utilizadas em processos civil ou administrativo-disciplinar.[242]

A mesma interpretação deve ser dada à obtenção de prova – via interceptação telefônica – em relação à infração penal investigada em outro procedimento. Presentes todos os requisitos constitucional e legalmente exigidos e ausentes desvio de finalidade, simulação ou fraude para obtenção da prova (como por exemplo: mediante negativa da autoridade judicial competente para decretação de interceptação telefônica em determinada investigação; simula-se outra investigação perante outro juízo e contra outras pessoas, com o claro propósito de obter a prova anteriormente negada pelo juiz competente), plenamente aceitável sua utilização no

processo, pois inexistente a intenção de ferimento aos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.[243]

Esse mesmo raciocínio deverá ser utilizado no tocante à possibilidade de utilização dos dados obtidos mediante interceptação telefônica como prova emprestada.[244]

O Supremo Tribunal Federal decidiu pela ampla possibilidade da utilização da prova emprestada, desde que, garantidos o contraditório e a ampla defesa.[245] A Corte, inclusive, decidiu pela "possibilidade de compartilhamento dos dados obtidos mediante interceptação telefônica, judicialmente autorizada, para o fim de subsidiar apurações de cunho disciplinar".[246]

16 INVIOLABILIDADE DE DADOS (ART. 5º, X E XII): SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL

16.1 Inviolabilidade constitucional da privacidade e do sigilo de dados

A garantia do sigilo de dados como norma constitucional é previsão recente, pois foi trazida com a Constituição Federal de 1988. Com a inovação vieram inúmeras dúvidas e consequências jurídicas.[247]

A inviolabilidade do sigilo de dados (art. 5º, XII)[248] complementa a previsão ao direito à intimidade e vida privada (art. 5º, X), sendo ambas as previsões de defesa da privacidade regidas pelo princípio da exclusividade, que pretende assegurar ao indivíduo, como ressalta Tercio Ferraz a

> "sua identidade diante dos riscos proporcionados pela niveladora pressão social e pela incontrastável impositividade do poder político. Aquilo que é exclusivo é o que passa pelas opções pessoais, afetadas pela subjetividade do indivíduo e que não é

> guiada nem por normas nem por padrões objetivos. No recôndito da privacidade se esconde, pois, a intimidade. A intimidade não exige publicidade porque não envolve direitos de terceiros. No âmbito da privacidade, a intimidade é o mais exclusivo dos seus direitos".[249]

Desta forma, a defesa da privacidade deve proteger o homem contra: (a) a interferência em sua vida privada, familiar e doméstica; (b) a ingerência em sua integridade física ou mental, ou em sua liberdade intelectual e moral; (c) os ataques à sua honra e reputação; (d) sua colocação em perspectiva falsa; (e) a comunicação de fatos relevantes e embaraçosos relativos à sua intimidade; (f) o uso de seu nome, identidade e retrato; (g) a espionagem e a espreita; (h) a intervenção na correspondência; (i) a má utilização de informações escritas e orais; (j) a transmissão de informes dados ou recebidos em razão de segredo profissional.

Em reforço à necessidade de proteção à privacidade, a Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022, incluiu o direito à proteção de dados pessoais no rol dos direitos e garantias individuais, assegurando no inciso LXXIX, do artigo 5º do texto constitucional, sua integral proteção, inclusive nos meios digitais, nos termos da lei. Estabeleceu, ainda, competir à União organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei (CF, art. 21, XXVI); bem como, legislar privativamente sobre proteção e tratamento de dados pessoais (CF, art. 22, XXX).

O Supremo Tribunal Federal entendeu possível o compartilhamento de dados no âmbito da Administração Pública federal, respeitados parâmetros legais, e sem qualquer prejuízo da irrestrita observância dos princípios gerais e mecanismos de proteção elencados na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/18) e dos direitos constitucionais à privacidade e proteção de dados.[250]

Com relação a esta necessidade de proteção à privacidade humana, não podemos deixar de considerar que as informações fiscais e bancárias, sejam as constantes nas próprias instituições financeiras, sejam as constantes na Receita Federal ou organismos congêneres do Poder Público, constituem parte da vida privada da pessoa física ou jurídica.

Como salienta Celso Bastos,

> "não é possível atender-se tal proteção (intimidade) com a simultânea vigilância exercida sobre a conta bancária ou as despesas efetuadas com cartões de crédito pelo cidadão", pois "a doação feita a um partido político ou a uma seita religiosa (...) poderia ser identificada pelos órgãos fazendários que estariam desvendando uma vontade secreta do benemérito", e continua sua exposição dizendo "do atraso de pagamento da fatura de um cartão de crédito, ou de uma duplicata por dificuldades financeiras, ou da existência de saldo bancário desfavorável poderia ter ciência a União se houvesse a quebra do sigilo bancário e creditício, implicando, senão a comunicação a outros órgãos ou a adoção de medidas, ao menos o conhecimento de fatos relevantes e embaraçosos relativos à intimidade".[251]

Lembremo-nos, ainda, que inúmeras informações bancárias são fornecidas pelos Correios (extratos, contas a pagar, comprovante de depósitos etc.), bem como dados relativos à Receita Federal (confirmação da restituição ou saldo devedor ao Fisco), e caso não estivessem protegidos pelo sigilo bancário e fiscal, respectivamente, estar-se-ia, sobretudo, desrespeitando-se a inviolabilidade das correspondências.

Igualmente ao sigilo bancário, as informações relativas ao sigilo fiscal somente poderão ser devassadas em caráter excepcional e nos estritos limites legais, pois as declarações prestadas para fins de imposto de renda revestem-se de caráter sigiloso, e somente motivos excepcionais justificam

a possibilidade de acesso por terceiros,[252] havendo necessidade de autorização judicial, devidamente motivada[253] no interesse da Justiça.[254]

Como ressaltou a Ministra Ellen Gracie, há necessidade do endosso do Poder Judiciário para a quebra do sigilo bancário em procedimentos administrativos na esfera tributária.[255] Conforme decidiu o STF, afastando determinação do Tribunal de Contas da União, o sigilo dos contribuintes somente poderá ser quebrado nas hipóteses constitucionalmente autorizadas ao Poder Legislativo (CPI) ou por ordem judiciária,[256] uma vez que, conforme destacado pelo Ministro Celso de Mello, "a transgressão, pelo Poder Público, ainda que em sede de fiscalização tributária, das restrições e das garantias constitucionalmente estabelecidas em favor dos contribuintes (e de terceiros) culmina por gerar a ilicitude da prova eventualmente obtida no curso das diligências estatais, o que provoca, como direta consequência desse gesto de infidelidade às limitações impostas pela Lei Fundamental, a própria inadmissibilidade processual dos elementos probatórios assim coligidos".[257]

Importante observar que o Poder Público, por meio de declarações de rendas anuais enviadas à Receita Federal, obtém dados relativos à vida privada e aos negócios de todos os contribuintes, sejam pessoas físicas ou jurídicas. Informações essas, como lembra Antonio Vital Ramos Vasconcelos,[258] que a princípio deveriam contar com rigorosa e exata declaração de rendas e patrimônio, e que contam com a garantia de guarda de rigoroso sigilo sobre a situação de riqueza dos contribuintes.

Não há dúvida, portanto, de que o desrespeito ao sigilo constitucionalmente protegido acarretaria violação a diversas garantias constitucionais.

16.2 Características básicas das garantias dos sigilos bancário e fiscal

Os sigilos bancário e fiscal, consagrados como direitos individuais constitucionalmente protegidos, somente poderão ser excepcionados por ordem judicial fundamentada[259] ou de Comissões Parlamentares de Inquérito,[260] desde que presentes requisitos razoáveis, que demonstrem, em caráter restrito e nos estritos limites legais, a necessidade de conhecimento dos dados sigilosos.[261]

As características básicas dos sigilos bancário e fiscal são:

- indispensabilidade dos dados constantes em determinada instituição financeira. Assim, a quebra do sigilo bancário ou fiscal só deve ser decretada, e sempre em caráter de absoluta excepcionalidade,[262] quando existentes fundados elementos de suspeita que se apoiem em indícios idôneos, reveladores de possível autoria de prática ilícita por parte daquele que sofre a investigação;[263]
- individualização do investigado e do objeto da investigação;
- obrigatoriedade de manutenção do sigilo em relação às pessoas estranhas ao procedimento investigatório;[264]
- utilização dos dados obtidos de maneira restrita, somente para a investigação que lhe deu causa;[265]
- os sigilos bancário e fiscal são relativos e apresentam limites, podendo ser devassados pela Justiça Penal ou Civil,[266] pelas Comissões Parlamentares de Inquérito e, excepcionalmente, pelo Ministério Público, em hipóteses restritas de investigação de recursos públicos,[267] uma vez que a proteção constitucional do sigilo não deve servir para detentores de cargos públicos que realizam negócios escusos e não transparentes ou de devedores que tiram proveito deles para não honrar seus compromissos.[268] O Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da legislação federal (LC nº 104/01, art. 1º; LC nº 105/01, arts. 1º,

§§ 3º e 4º, 3º, §§ 3º, 5º e 6º; Decreto nº 3.724/01; Decreto nº 4.489/02; e Decreto nº 4.545/02), que permite a utilização, mesmo sem ordem judicial, de dados bancários e fiscais acobertados por sigilo constitucional, pelas autoridades da fiscalização tributária, uma vez que entendeu pela não ocorrência de quebra de sigilo, "mas de 'transferência de sigilo' dos bancos ao Fisco. Nessa transmutação, inexistiria qualquer distinção entre uma e outra espécie de sigilo que pudesse apontar para uma menor seriedade do sigilo fiscal em face do bancário. Ao contrário, os segredos impostos às instituições financeiras — muitas das quais de natureza privada — se manteria, com ainda mais razão, com relação aos órgãos fiscais integrantes da Administração Pública, submetidos à mais estrita legalidade".[269] Da mesma maneira, entendeu pela possibilidade de fornecimento de informações financeiras ao fisco sem autorização judicial, uma vez que, tal hipótese prevista no art. 6º da LC nº 105/01, "não ofende o direito ao sigilo bancário, porque realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o translado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal."[270] O Supremo Tribunal Federal decidiu, ainda, que: "1. É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil (RFB), que define o lançamento do tributo, com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional. 2. O compartilhamento pela UIF e pela RFB, referente ao item anterior, deve ser feito unicamente por

meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios";[271]

- impossibilidade de "compartilhamento com a Receita Federal de informações obtidas por meio de quebra de sigilo bancário do investigado", tendo o Supremo Tribunal Federal entendido que "tais dados deveriam permanecer adstritos ao objeto da investigação", concluindo a Suprema Corte que "o compartilhamento requerido para compor a instrução de procedimento administrativo fiscal feriria a cláusula constitucional do devido processo legal, que poderia implicar nulidade de eventual crédito tributário que viesse a ser constituído".[272] Eventual prova emprestada, nessas hipóteses, seria absolutamente ilícita;
- o mandado de segurança, e, segundo novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, o *habeas corpus*, quando houver "a possibilidade destes (quebra de sigilos bancário e fiscal) resultarem em constrangimento à liberdade do investigado",[273] são as ações constitucionais adequadas para resguardar direito líquido e certo, portanto idôneo para o Judiciário reconhecer o direito de não quebrar os sigilos bancário e fiscal, salvo em hipóteses excepcionais;[274]
- impossibilidade de quebra do sigilo bancário por requisição fiscal de informações bancárias, havendo necessidade de intervenção judicial.[275] O STF entendeu, inclusive, que a LC nº 105/01, que dispôs sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, não confere poderes ao Tribunal de Contas da União para determinar a quebra de sigilo bancário, mesmo dos dados constantes no Banco Central do Brasil;[276] da mesma forma, não é possível, por desrespeito à Constituição Federal, a requisição

da Receita Federal, diretamente às instituições financeiras e bancárias de informações protegidas pelo sigilo, com base na citada LC nº 105/01, uma vez que, conforme destacado pelo Supremo Tribunal Federal, "a decretação da quebra do sigilo bancário não poderia converter-se em instrumento de indiscriminada e ordinária devassa da vida financeira das pessoas em geral e que inexistiria embaraço resultante do controle judicial prévio de tais pedidos", para concluir que a garantia constitucional do sigilo bancário "seria o de resguardar o cidadão de atos extravagantes que pudessem, de alguma forma, alcançá-lo na dignidade, de modo que o afastamento do sigilo apenas seria permitido mediante ato de órgão equidistante (Estado-juiz)";[277]

- a quebra do sigilo bancário, desde que presentes os requisitos já estudados, não afronta o art. 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal;[278]
- o princípio do contraditório não prevalece na fase inquisitorial, permitindo-se a quebra do sigilo sem oitiva do investigado;[279]
- o próprio Código Tributário Nacional, ao estabelecer o sigilo, não o faz de forma absoluta. Dessa forma, não há qualquer ofensa à Constituição Federal na quebra desta inviolabilidade por decisões judiciais;[280]
- a Justiça competente para a decretação da quebra do sigilo bancário será estabelecida pelas regras normais previstas tanto pela Constituição Federal, quanto pelas leis infraconstitucionais, não tendo sido fixada como critério a natureza do estabelecimento que deverá fornecer os dados, pois o pedido não se reveste, em relação a estes, de caráter contencioso, não se enquadrando nos casos previstos no art. 109, da Constituição

> Federal. Assim, ora será competente a Justiça Federal, ora a Comum.[281]

Observe-se, ainda, conforme decidido pelo STF, que "os órgãos componentes do Sistema Brasileiro de Inteligência somente podem fornecer dados e conhecimentos específicos à ABIN quando comprovado o interesse público da medida", sendo que "toda e qualquer decisão de fornecimento desses dados deverá ser devida e formalmente motivada para eventual controle de legalidade pelo Poder Judiciário".[282]

Em respeito ao princípio do juiz natural, somente a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra de sigilo bancário ou fiscal do investigado. Dessa forma, nos casos de competências originárias dos tribunais, o juiz de 1ª instância não poderá determinar a medida. Neste sentido orientou-se o Supremo Tribunal Federal, que decidiu pela impossibilidade de decretação de quebra de sigilo bancário de parlamentar por parte de Tribunal Regional Eleitoral em investigação criminal, uma vez que a competência originária é do próprio Pretório Excelso[283] e pela impossibilidade de qualquer outra modalidade de medida cautelar de autoridade que possua foro privilegiado (por exemplo: medida cautelar de prisão de deputado estadual decidida por juiz de direito), salvo pelo Juízo Natural Constitucional.[284]

16.3 Possibilidade de quebra do sigilo por parte do Ministério Público

A Lei Complementar nº 75, de 20-5-1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, prevê no art. 8º, § 2º,[285] que nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido.

Igualmente, com base no art. 80 da Lei nº 8.625/93,[286] Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que dispõe a aplicabilidade subsidiária aos Ministérios Públicos dos Estados às normas da Lei Complementar nº 75, não se pode alegar sigilo às requisições dos Ministérios Públicos Estaduais.

Devemos nos lembrar que as requisições do Ministério Público têm fulcro constitucional (CF, art. 129), como afirmam Nelson Nery Junior e Rosa Nery:

> "Em nenhuma hipótese a requisição pode ser negada, sendo que o desatendimento pode caracterizar crime de prevaricação ou desobediência (*RT* 499/304), conforme o caso."[287]

Dessa forma, conclui-se que a Constituição Federal ao dispor no art. 129, VI, que é função institucional do Ministério Público expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, somente limitou esta possibilidade a eventuais formas estabelecidas na lei complementar respectiva.

A citada Lei Complementar nº 75/93 e, consequentemente, a Lei nº 8.625/93 (em virtude de seu art. 80), atendendo ao permissivo constitucional, concederam tanto ao Ministério Público da União, quanto aos Ministérios Públicos Estaduais, a possibilidade de requisitarem informações bancárias e fiscais que importassem quebra de sigilo, desde que para instruir procedimentos administrativos no âmbito de sua atribuição, bem como resguardando o necessário sigilo.

Devemos nos lembrar de que a única limitação proposta pelo legislador constituinte ao poder de requisição do Ministério Público foi regulamentá-lo na "*forma da respectiva lei complementar*". O Congresso Nacional regulamentou tal dispositivo, impedindo que se alegue ao Ministério Público a exceção do sigilo, para que se negue o fornecimento de informações necessárias aos procedimentos de sua área de atribuição.

Nesse sentido, decidiu o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, afirmando que

> "o artigo 8º, parágrafos 1º e 2º, da Lei Complementar nº 75/93, confere ao Ministério Público o acesso a informes bancários, atribuindo-lhe, porém, o dever legal de utilizar os dados obtidos, apenas, para os fins a que se destinam. Assim, não há que se falar em violação à intimidade e à vida privada, posto que, está resguardado o caráter sigiloso das informações, garantindo-se, inclusive a responsabilização civil e penal, do órgão do Ministério Público, no caso de uso indevido das informações requeridas".[288]

Veja-se, ainda, que os incisos X e XI, do art. 5º, da Constituição Federal, como todas as demais liberdades públicas, não são absolutos, podendo, em virtude do critério da proporcionalidade (*Verhaltnismassigkeitsprinzip*), ser atenuados. A própria Constituição Federal acaba por permitir não só a quebra do sigilo pela autoridade judicial, como também pelo Ministério Público (CF, art. 129, VI) e pelas Comissões Parlamentares de Inquérito (CF, art. 58, § 3º).[289]

Este assunto, porém, ainda não se encontra pacífico na jurisprudência, em relação à possibilidade do Ministério Público requisitar diretamente informações acobertadas pelos sigilos bancários.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela impossibilidade de quebra do sigilo por requisição do Ministério Público,[290] cumprindo, porém, anotar que, apesar da data do julgado, o julgamento refere-se à vigência da antiga Lei Complementar nº 40/81 (Lei Orgânica do Ministério Público), que, *diferentemente da atual, fazia ressalva ao poder de requisição, em relação ao sigilo.*

16.4 Supremo Tribunal Federal: sigilo/Ministério Público

A questão sobre a possibilidade de quebra do sigilo bancário diretamente por parte do Ministério Público foi posta no Supremo Tribunal Federal, a partir de requisição feita pela Procuradoria-Geral da República ao Banco do Brasil S.A., que ajuizou mandado de segurança[291] arguindo como ato de constrangimento o referido ofício, que requisitava o atendimento a pedidos da Coordenadoria da Defesa dos Direitos da Pessoa Humana da Procuradoria da República no Distrito Federal, visando ao fornecimento da lista dos beneficiários de liberação de recursos, em caráter emergencial, ao setor sucroalcooleiro, bem como dados sobre eventuais débitos para com o banco.

O Banco do Brasil sustentava que o art. 38 da Lei nº 4.595, de 31-12-1964, antes de sua revogação pela LC nº 105/01, obrigava-o a guardar sigilo de suas operações ativas e passivas, bem como dos serviços prestados, impondo, inclusive, sanções criminais ao eventual desrespeito. Alegava, ainda, que a Lei Complementar nº 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), em seu art. 8º, § 2º, não derrogou aquela determinação de guarda do sigilo, pois, ao prever a impossibilidade de opor-se a exceção do sigilo, refere-se somente às autoridades, enquanto o Banco do Brasil tem personalidade de direito privado, atuando como gestor.

O Ministro Marco Aurélio, em 6-8-1993, deferiu a liminar no citado mandado de segurança, solicitando informações à autoridade coatora (Procurador-Geral da República).

No julgamento do mérito,[292] os Ministros Marco Aurélio, Maurício Corrêa, Ilmar Galvão e Celso de Mello votaram pela inviolabilidade do sigilo bancário, com exceção de autorização judicial. O Ministro Francisco Rezek votou pela inexistência de previsão do sigilo bancário dentro do art. 5º, ou seja, dentre os direitos e garantias individuais.

A maioria dos Ministros do Pretório Excelso, Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira, Moreira Alves, Octavio Gallotti, Sidney Sanches, Carlos Velloso, votou pela possibilidade do Ministério Público requisitar diretamente as informações às instituições financeiras quando se tratar de envolvimento de dinheiro ou verbas públicas, com base no poder de requisição e na publicidade dos atos governamentais (art. 37, CF).[293]

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do referido mandado de segurança impetrado pelo Banco do Brasil contra requisição de informações sobre empréstimos concedidos a usineiros, formulada pelo Procurador-Geral da República, com base no art. 8º, § 2º, da LC 75/93, entendeu ser inoponível, na espécie, a exceção de sigilo bancário pela instituição financeira, tendo em vista a origem pública de parte do dinheiro envolvido nas questionadas operações e o princípio da publicidade inscrito no art. 37, *caput*, da CF. Com esse fundamento, indeferiu-se a ordem.[294]

16.5 Inviolabilidade à intimidade e sigilo de dados como cláusulas pétreas da Constituição Federal

A interpretação da maioria do Supremo Tribunal Federal considerando o sigilo bancário direito individual coloca-o na condição de "cláusula pétrea" (CF, art. 60, § 4º, IV), impedindo, dessa forma, a aprovação de emenda constitucional tendente a aboli-lo ou mesmo modificá-lo estruturalmente.

16.6 Comissão Parlamentar de Inquérito e sigilo

Nos termos do art. 58, § 3º, as Comissões Parlamentares de Inquérito poderão decretar a quebra de sigilo bancário ou fiscal de seus investigados (conferir Capítulo 10, item 2.5 – Função típica – fiscalização. Comissões parlamentares de inquérito).

> "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."

A Lei nº 1.579/52, alterada pela Lei nº 13.367, de 5 de dezembro de 2016, dispõe sobre as Comissões Parlamentares de Inquérito e prevê que terão ampla ação nas pesquisas destinadas a apurar os fatos determinados que deram origem a sua formação.

Dessa forma, não resta dúvidas de que as Comissões Parlamentares de Inquérito poderão decretar o afastamento do sigilo bancário de seus investigados, conforme inclusive ocorreu na CPI da Privatização da Vasp, ocorrida no âmbito do Congresso Nacional.

Convém, porém, notar que essas provas somente serão lícitas quando a Comissão Parlamentar de Inquérito estiver de acordo com seus limites constitucionais:

- Os inquéritos parlamentares só podem existir para a apuração de fatos determinados, pois somente os "fatos determinados, concretos e individuais, ainda que múltiplos, que sejam de

relevante interesse para a vida política, econômica, jurídica e social do Estado, são passíveis de investigação parlamentar. Constitui verdadeiro abuso instaurar-se inquérito legislativo com o fito de investigar fatos genericamente enunciados, vagos ou indefinidos";[295]

- A atividade fiscal ou investigatória das comissões de inquérito há de desenvolver-se no estrito âmbito de competência do órgão dentro do qual elas são criadas;
- As Comissões Parlamentares de Inquérito são criadas com prazo fixo (CF, art. 58, § 3º);
- Em relação ao conteúdo, não pode haver inquérito parlamentar para a apuração de questões que não sejam de interesse público, ou que careçam de suficiente precisão material, sob pena de usurpação das funções do Poder Judiciário;
- Absoluta necessidade de fundamentação na decisão que decretar a quebra do sigilo.[296]

17 DIREITO DE REUNIÃO (ART. 5º, XVI)

O art. 16 da Declaração de Pensilvânia, de 1776, já previa o direito de reunião, afirmando que *O povo tem o direito de se reunir, de deliberar para o bem comum, de dar instruções a seus representantes e de solicitar à legislatura, por meio de mensagens, de petições ou de representações, a emenda dos erros que considere por ela praticados.*

A Constituição Federal garante que todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente, tratando-se, pois, de direito individual o coligar-se com outras pessoas, para fim lícito.

O direito de reunião é um direito público subjetivo de grande abrangência, pois não se compreenderia a liberdade de reuniões sem que os participantes pudessem discutir, tendo que se limitar apenas ao direito de ouvir, quando se sabe que o direito de reunião compreende não só o direito de organizá-la e convocá-la, como o de total participação ativa. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de ato normativo que limitava a participação popular nas reuniões, vedando a utilização de carros, aparelhos e objetos sonoros.[297]

Paolo Barile bem qualifica o direito de reunião como, simultaneamente, um direito individual e uma garantia coletiva, uma vez que consiste tanto na possibilidade de determinados agrupamentos de pessoas reunirem-se para livre manifestação de seus pensamentos, concretizando a titularidade desse direito inclusive para as minorias, quanto na livre opção do indivíduo de participar ou não dessa reunião.[298]

Alcino Pinto Falcão lembra que a doutrina norte-americana, após a Emenda Constitucional nº 1, passou a admitir que o direito de reunião é um desdobramento do antigo direito de petição, tendo inclusive a Suprema Corte afirmado que

> "a verdadeira ideia de governo na forma republicana implica no direito de se reunirem pacificamente os cidadãos para se consultarem sobre os negócios públicos e requererem reparação de agravos".[299]

São elementos da reunião: pluralidade de participantes, tempo, finalidade e lugar:

- **Pluralidade de participantes:** a reunião é considerada forma de ação coletiva.
- **Tempo:** toda reunião deve ter duração limitada, em virtude de seu caráter temporário e episódico.

- **Finalidade:** a reunião pressupõe a organização de um encontro com propósito determinado, finalidade lícita, pacífica e sem armas. Anote-se, porém, como lembra Celso de Mello, que não será motivo para dissolução da reunião o fato de alguma pessoa estar portando arma. Nesses casos, deverá a polícia desarmar ou afastar tal pessoa, prosseguindo-se a reunião, normalmente, com os demais participantes que não estejam armados.
- **Lugar:** a reunião deverá ser realizada em local delimitado, em área certa, mesmo que seja um percurso móvel, desde que predeterminada. Assim, as passeatas, os comícios, os desfiles estão englobados no direito de reunião, sujeitando-se, tão somente, aos requisitos constitucionais, da mesma forma que os cortejos e banquetes com índole política.

Nossa Suprema Corte, na ADPF 187/DF,[300] consagrando maior efetividade ao Direito de Reunião, fez clara diferenciação entre as manifestações coletivas e públicas com finalidade à descriminalização de determinados tipos penais e o delito de apologia ao crime, previsto no art. 287 do Código Penal, ao autorizar a realização da denominada "Marcha da Maconha", afirmando que o exercício dos direitos fundamentais de reunião e de livre manifestação do pensamento devem ser garantidos a todas as pessoas", salientando, "que a liberdade de reunião, enquanto direito-meio, seria instrumento viabilizador da liberdade de expressão e qualificar-se-ia como elemento apto a propiciar a ativa participação da sociedade civil na vida política do Estado. A praça pública, desse modo, desde que respeitado o direito de reunião, passaria a ser o espaço, por excelência, para o debate".

17.1 Desnecessidade de autorização da autoridade pública e interferência da polícia

A Constituição Federal determina que o direito de reunião deverá ser exercido independentemente de autorização; assim, veda atribuição às autoridades públicas para análise da conveniência ou não de sua realização, impedindo as interferências nas reuniões pacíficas e lícitas em que não haja lesão ou perturbação da ordem pública.

Isto não exclui, por óbvio, a necessidade constitucional de comunicação prévia às autoridades a fim de que exercitem as condutas a elas exigíveis, tais como a regularização do trânsito, a garantia da segurança e da ordem pública, o impedimento de realização de outra reunião.[301] Em relação a esse requisito, o STF decidiu que "a exigência constitucional de aviso prévio relativamente ao direito de reunião é satisfeita com a veiculação de informação que permita ao poder público zelar para que seu exercício se dê de forma pacífica ou para que não frustre outra reunião no mesmo local".[302]

Como ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho, se a intenção policial for a de frustrar a reunião, seu comportamento é até criminoso.[303]

Por fim, anote-se que nas hipóteses excepcionais do Estado de Defesa (CF, art. 136, § 1º, I, *a*) e do Estado de Sítio (CF, art. 139, IV) poderá haver restrições ao direito de reunião, ainda que exercida no seio da associação, permitindo-se inclusive, neste último caso, a própria suspensão temporária deste direito individual.

17.2 Tutela do direito de reunião

A tutela jurídica do direito de reunião se efetiva pelo mandado de segurança, e não pelo *habeas corpus*,[304] pois nesses casos a liberdade de locomoção, eventualmente atingida, é simples direito-meio para o pleno exercício de outro direito individual, o de reunião.

18 DIREITO DE ASSOCIAÇÃO (ART. 5º, XVII, XVIII, XIX, XX E XXI)

É plena a liberdade de associação, de tal forma que ninguém poderá ser compelido a associar-se ou mesmo permanecer associado,[305] desde que para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar, sendo que sua criação e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, vedada a interferência estatal em seu funcionamento, constituindo-se um direito que, embora atribuído a cada pessoa (titular), somente poderá ser exercido de forma coletiva, com várias pessoas. Observe-se que o STF decidiu, em sede de repercussão geral, ser "inconstitucional o condicionamento da desfiliação de associado à quitação de débito referente a benefício obtido por intermédio da associação ou ao pagamento de multa" (Tema 922).[306]

18.1 Finalidade lícita

Observe-se que a ilicitude não está ligada somente às normas de direito penal, pois a ordem jurídica pode reprovar dados comportamentos sem chegar ao ponto de cominar-lhes uma sanção de natureza penal.[307]

18.2 Caráter paramilitar

Deverá ser analisado, para o fiel cumprimento deste requisito constitucional, se as associações, com ou sem armas, se destinam ao treinamento de seus membros a finalidades bélicas. Anote-se, porém, que a nomenclatura de seus postos, a utilização ou não de uniformes, por si só não afasta de forma absoluta o caráter paramilitar de uma associação, devendo-se observar a existência de organização hierárquica e o princípio da obediência.

18.3 Vedação de interferência estatal

A interferência arbitrária do Poder Público no exercício deste direito individual pode acarretar responsabilidade tríplice: (a) de natureza penal, constituindo, eventualmente, crime de abuso de autoridade, tipificado na Lei nº 13.869/2019; (b) de natureza político-administrativa, caracterizando-se, em tese, crime de responsabilidade, definido na Lei nº 1.079/50 e (c) de natureza civil, possibilitando aos prejudicados indenizações por danos materiais e morais.

18.4 Conteúdo do direito de associação

Ensina Jorge Miranda que:

> "I – O direito de associação apresenta-se como um direito complexo, com múltiplas dimensões – individual e institucional, positiva e negativa, interna e externa – cada qual com a sua lógica própria, complementares umas das outras e que um sistema jurídico-constitucional coerente com princípios de liberdade deve desenvolver e harmonizar. II – Antes de mais, é um direito individual, positivo e negativo: (1º) O direito de constituir com outrem associações para qualquer fim não contrário à lei penal e o direito de aderir a associações existentes, verificados os pressupostos legais e estatutários e em condições de igualdade; (2º) O direito de não ser coagido a inscrever-se ou a permanecer em qualquer associação, ou pagar quotizações para associação em que se não esteja inscrito, e, no limite, o direito de deliberar a dissolução de associação a que se pertença. Este direito tem a natureza de liberdade enquanto não implica, para nenhum efeito, a dependência de autorização de qualquer tipo ou de qualquer intervenção administrativa; III – Revela-se depois um direito institucional, a liberdade das associações constituídas: (1º) Internamente, o direito de auto-organização, de livre

formação dos seus órgãos e da respectiva vontade e de acção em relação aos seus membros; (2º) Externamente, o direito de livre prossecução dos seus fins, incluindo o de filiação ou participação em uniões, federações ou outras organizações de âmbito mais vasto; (3º) Como corolário, a susceptibilidade de personificação – se a atribuição de subjectividade jurídica, sem condicionalismos arbitrários ou excessivos, for meio mais idôneo para tal prossecução de fins; (4º) como garantias, por um lado, a vedação de intervenções arbitrárias do poder político e, por outro lado, a proibição de associações secretas. A liberdade ou autonomia interna das associações acarreta a existência de uma vontade geral ou colectiva, o confronto de opiniões para a sua determinação, a distinção de maiorias e minorias. Daí a necessidade de observância do método democrático e das regras em que se consubstancia, ao lado da necessidade de garantia dos direitos dos associados. À lei e aos estatutos cabe prescrever essas regras e essas garantias, circunscrevendo, assim, a actuação dos órgãos associativos, mas não a liberdade de associação (devidamente entendida).”[308]

18.5 Dissolução das associações

As associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado. Dessa forma, qualquer ato normativo editado pelos poderes Executivo ou Legislativo, no sentido de dissolução compulsória, será inconstitucional. A Constituição Federal limita a atuação do Poder Judiciário, autorizando-o à dissolução somente quando a finalidade buscada pela associação for ilícita.

18.6 Representação dos associados

As entidades associativas devidamente constituídas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente, possuindo legitimidade *ad causam* para, em substituição processual, defender em juízo direito de seus associados, nos termos do art. 5º, XXI, da Constituição Federal,[309] sendo desnecessária a expressa e específica autorização,[310] de cada um de seus integrantes,[311] desde que a abrangência dos direitos defendidos seja suficiente para assumir a condição de interesses coletivos.[312] Dessa forma, não haverá sempre necessidade de prévia autorização, no caso concreto, dos associados para que as associações represente-os judicial ou extrajudicialmente, desde que a mesma exista de forma genérica na própria lei que criou a entidade, ou em seus atos constitutivos de pessoa jurídica.[313]

Observe-se, porém, que o novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal entende que "a autorização estatutária genérica conferida a associação não é suficiente para legitimar a sua atuação em juízo na defesa de direitos de seus filiados, sendo indispensável que a declaração expressa exigida no inciso XXI do art. 5º da CF seja manifestada por ato individual do associado ou por assembleia geral da entidade. Por conseguinte, somente os associados que apresentaram, na data da propositura da ação de conhecimento, autorizações individuais expressas à associação, podem executar título judicial proferido em ação coletiva".[314]

19 APRECIAÇÃO DE LESÃO OU AMEAÇA DE DIREITO PELO PODER JUDICIÁRIO (ART. 5º, XXXV)

O princípio da legalidade é basilar na existência do Estado de Direito, determinando a Constituição Federal sua garantia, sempre que houver

violação do direito, mediante lesão ou ameaça (art. 5º, XXXV). Dessa forma, será chamado a intervir o Poder Judiciário, que, no exercício da jurisdição, deverá aplicar o direito ao caso concreto. Assim, conforme salienta Nelson Nery Junior,[315]

> "podemos verificar que o direito de ação é um direito cívico e abstrato, vale dizer, é um direito subjetivo à sentença *tout court*, seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições da ação".

Importante, igualmente, salientar que o Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade da ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição,[316] uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue.

O Supremo Tribunal Federal, alterando seu posicionamento anterior, afastou verdadeira *"barreira ao acesso ao Poder Judiciário"*, como definido pelo Ministro Eros Grau,[317] ao declarar inconstitucional "toda a exigência de depósito prévio ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens, para admissibilidade de recurso administrativo".[318] Esse posicionamento, porém, não afastou a constitucionalidade de fixação de depósito prévio como condição de procedibilidade de ação rescisória, uma vez que nessas hipóteses já houve o esgotamento total das instâncias judiciais.[319]

19.1 Inexistência da jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado

Inexiste a obrigatoriedade de esgotamento da instância administrativa para que a parte possa acessar o Judiciário. A Constituição Federal de 1988,

diferentemente da anterior, afastou a necessidade da chamada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado, pois já se decidiu pela inexigibilidade de exaurimento das vias administrativas para obter-se o provimento judicial,[320] uma vez que excluiu a permissão, que a Emenda Constitucional nº 7 à Constituição anterior estabelecera, de que a lei condicionasse o ingresso em juízo à exaustão das vias administrativas, verdadeiro obstáculo ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário.

19.2 Acesso ao Judiciário e à justiça desportiva

A própria Constituição Federal exige, excepcionalmente, o prévio acesso às instâncias da justiça desportiva, nos casos de ações relativas à disciplina e às competições desportivas, reguladas em lei (CF, art. 217, § 1º), sem porém condicionar o acesso ao Judiciário ao término do processo administrativo, pois a justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final (CF, art. 217, § 2º).

19.3 Inexistência da obrigatoriedade de duplo grau de jurisdição

A Constituição Federal consagra como regra a importância de os julgamentos ocorrerem, ordinariamente, em duas instâncias. A primeira, monocrática e a segunda, colegiada. Esse tradicional sistema judiciário brasileiro prevê a existência de juízos e tribunais estaduais, federais, trabalhistas, eleitorais e militares como garantia de segurança jurídica e diminuição da possibilidade de erros judiciários. Portanto, o importante princípio do duplo grau de jurisdição é indicado por nosso texto constitucional, sem, contudo, ser taxativamente obrigatório.

Menciona a Constituição Federal a existência de juízes e tribunais, bem como prevê a existência de alguns recursos (ordinários constitucionais, especial, extraordinário), porém não existe a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição. Dessa forma, há competências originárias em que não haverá o chamado *duplo grau de jurisdição*, por exemplo, nas ações de competência originária dos Tribunais. Como observa Nelson Nery Junior,

> "as constituições que se lhe seguiram (à de 1824), limitaram-se a apenas mencionar a existência de tribunais, conferindo-lhes competência recursal. Implicitamente, portanto, havia previsão para a existência do recurso. Mas, frise-se, *não garantia absoluta ao duplo grau de jurisdição*".[321]

O mesmo ocorre, por exemplo, no direito português, como salientado por Canotilho, onde

> "o Tribunal Constitucional tem entendido que o direito de acesso aos tribunais não garante, necessariamente, e em todos os casos, o direito a um duplo grau de jurisdição (cf. Ac 38/87, in DR I, nº 63 de 17-3-87; Ac 65/88, in DR II, nº 192 de 20-8-88; Ac 359/86, in DR II, nº 85 de 11-4-87; Ac 358/86, in DR I nº 85 de 11-4-87. Outros acórdãos no mesmo sentido: Ac TC, nº 219/89, in DR II, nº 148 de 30-06-89; Ac TC, nº 124/90, *in* DR II, nº 33 de 8-2-91; Ac. TC, nº 340/90). O direito a um duplo grau de jurisdição não é, *prima facie*, um direito fundamental, mas a regra – que não poderá ser subvertida pelo legislador, não obstante a liberdade de conformação deste, desde logo quanto ao valor das alçadas, é a da existência de duas instâncias quanto a 'matéria de fato' e de uma instância de revisão quanto a 'questões de direito',"[322]

e no direito alemão, como analisado por Alcino Pinto Falcão, que deixa consignado que

> “a cláusula não obriga por si só a que para todas as hipóteses tenha que haver duplo grau de jurisdição; é o que realça o juiz constitucional alemão Benhard Wolff, em estudo sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional, citando acórdão do mesmo (estudo monográfico vindo a lume no referido Jahrbuch, ano de 1958, vol. II, p. 127)”.[323]

Essa é a orientação do Supremo Tribunal Federal afastando qualquer inconstitucionalidade das decisões em que não haja recurso para nenhum tribunal, afirmando, ao analisar a inexistência de recursos de mérito na decisão do Senado Federal no julgamento de crimes de responsabilidade (CF, art. 52, I), que “isto nada tem de inaudito. Da decisão do STF nas infrações penais comuns em que figure como acusado o Presidente da República (bem como o Vice-presidente, os membros do Congresso, os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República), art. 102, I, *a*, da CF, também não há recurso algum, nem para outro tribunal, nem para o Senado”.[324]

Assim, proclamou o Supremo Tribunal Federal que “o duplo grau de jurisdição, no âmbito da recorribilidade ordinária, não consubstancia garantia constitucional”.[325]

20 DIREITO ADQUIRIDO, ATO JURÍDICO PERFEITO E COISA JULGADA (ART. 5º, XXXVI)

A Constituição Federal afirma que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.[326]

Não se pode desconhecer, porém, que em nosso ordenamento positivo inexiste definição constitucional de direito adquirido.[327] Na realidade, o conceito de direito adquirido ajusta-se à concepção que lhe dá o próprio

legislador ordinário, a quem assiste a prerrogativa de definir, normativamente, o conteúdo evidenciador da ideia de situação jurídica definitivamente consolidada.[328] Em nível doutrinário, o *direito adquirido*, segundo Celso Bastos,[329]

> "constitui-se num dos recursos de que se vale a Constituição para limitar a retroatividade da lei. Com efeito, esta está em constante mutação; o Estado cumpre o seu papel exatamente na medida em que atualiza as suas leis. No entretanto, a utilização da lei em caráter retroativo, em muitos casos, repugna porque fere situações jurídicas que já tinham por consolidadas no tempo, e esta é uma das fontes principais da segurança do homem na terra".

O *ato jurídico perfeito*:

> "É aquele que se aperfeiçoou, que reuniu todos os elementos necessários a sua formação, debaixo da lei velha. Isto não quer dizer, por si só, que ele encerre em seu bojo um direito adquirido. Do que está o seu beneficiário imunizado é de oscilações de forma aportadas pela lei nova."

O princípio constitucional do respeito ao ato jurídico perfeito se aplica às leis de ordem pública, pois,

> "em linha de princípio, o conteúdo da convenção que as partes julgaram conveniente, ao contratar, é definitivo. Unilateralmente, não é jurídico entender que uma das partes possa modificá-lo. Questão melindrosa, todavia, se põe, quando a alteração de cláusulas do ajuste se opera pela superveniência de disposição normativa. Não possui o ordenamento jurídico brasileiro preceito semelhante ao do art. 1.339, do Código Civil italiano, ao

> estabelecer: *As cláusulas, os preços de bens ou de serviços, impostos pela lei, são insertos de pleno direito no contrato, ainda que em substituição das cláusulas diversas estipuladas pelas partes*. A inserção de cláusulas legais, assim autorizadas, independentemente da vontade das partes, reduz, inequivocamente, a autonomia privada e a liberdade contratual. Decerto, nos países cuja legislação consagra regra da extensão do preceito transcrito do direito italiano, as modificações dos contratos em cujo conteúdo se introduzam, por via da lei, cláusulas novas em substituição às estipuladas pelas partes contratantes, a aplicação imediata das denominadas leis interventivas aos contratos em curso há de ser admitida, como mera consequência do caráter estatutário da disciplina a presidir essas relações jurídicas, postas sob imediata inspiração do interesse geral, enfraquecido, pois, o equilíbrio decorrente do acordo das partes, *modo privato*, da autonomia da vontade. Essa liberdade de o legislador dispor sobre a sorte dos negócios jurídicos, de índole contratual, neles intervindo, com modificações decorrentes de disposições legais novas não pode ser visualizada, com idêntica desenvoltura, quando o sistema jurídico prevê, em norma de hierarquia constitucional, limite à ação do legislador, de referência aos atos jurídicos perfeitos. Ora, no Brasil, estipulando o sistema constitucional, no art. 5º, XXXVI, da Carta Política de 1988, *que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*, não logra assento, assim, na ordem jurídica, a assertiva segundo a qual certas leis estão excluídas da incidência do preceito maior mencionado".[330]

Por fim, *coisa julgada* "é a decisão judicial transitada em julgado", ou seja, "a decisão judicial de que já não caiba recurso" (LINDB, art. 6º, § 3º).

Na coisa julgada,

> "o direito incorpora-se ao patrimônio de seu titular por força da proteção que recebe da imutabilidade da decisão judicial. Daí falar-se em coisa julgada formal e material. Coisa julgada formal é aquela que se dá no âmbito do próprio processo. Seus efeitos restringem-se, pois, a este, não o extrapolando. A coisa julgada material, ou substancial, existe, nas palavras de Couture, quando à condição de inimpugnável no mesmo processo, a sentença reúne a imutabilidade até mesmo em processo posterior (*Fundamentos do direito processual civil*). Já para Wilson de Souza Campos Batalha, coisa julgada formal significa sentença transitada em julgado, isto é, preclusão de todas as impugnações, e coisa julgada material significa o bem da vida, reconhecido ou denegado pela sentença irrecorrível. O problema que se põe, do ângulo constitucional, é o de saber se a proteção assegurada pela Lei Maior é atribuída tão somente à coisa julgada material ou também à formal. O art. 5º, XXXIV, da Constituição Federal, não faz qualquer discriminação; a distinção mencionada é feita pelos processualistas. A nosso ver, a Constituição assegura uma proteção integral das situações de coisa julgada".[331]

Conforme destacado pelo Ministro Luiz Fux, a coisa julgada é uma decorrência dos princípios da tutela jurisdicional efetiva e da segurança jurídica.[332]

Ressalte-se, por fim, conforme decidido pelo STF, que "o trânsito em julgado de sentença condenatória proferida em sede de ação desapropriatória não obsta a propositura de Ação Civil Pública em defesa do patrimônio público, para discutir a dominialidade do bem expropriado, ainda que já se tenha expirado o prazo para a Ação Rescisória".[333]

21 PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL (ART. 5º, XXXVII E LIII)

A Constituição Federal prevê, em dois incisos do art. 5º, o princípio do juiz natural:

> "Art. 5º
> (...)
> XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção;
> (...)
> LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente."

A imparcialidade do Judiciário e a segurança do povo contra o arbítrio estatal encontram no princípio do juiz natural uma de suas garantias indispensáveis. Boddo Dennewitz afirma que a instituição de um tribunal de exceção implica em uma ferida mortal ao Estado de Direito, visto que sua proibição revela o *status* conferido ao Poder Judiciário na democracia.[334]

O juiz natural é somente aquele integrado no Poder Judiciário, com todas as garantias institucionais e pessoais previstas na Constituição Federal.[335] Assim, afirma Celso de Mello que somente os juízes, tribunais e órgãos jurisdicionais previstos na Constituição se identificam ao juiz natural, princípio que se estende ao poder de julgar também previsto em outros órgãos, como o Senado nos casos de impedimento de agentes do Poder Executivo.[336]

O Princípio do Juiz Natural é vetor constitucional consagrador da independência e imparcialidade do órgão julgador, pois como destacado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, "protege a confiança dos postulantes e da sociedade na imparcialidade e objetividade dos tribunais".[337]

O referido princípio deve ser interpretado em sua plenitude, de forma a proibir-se, não só a criação de tribunais ou juízos de exceção, mas também de respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, para que não seja afetada a independência e imparcialidade do órgão julgador.

21.1 Justiças especializadas e tribunais de exceção

As justiças especializadas no Brasil não podem ser consideradas justiças de exceção, pois são devidamente constituídas e organizadas pela própria Constituição Federal e demais leis de organização judiciária. Portanto, a proibição de existência de tribunais de exceção não abrange a justiça especializada, que é atribuição e divisão da atividade jurisdicional do Estado entre vários órgãos do Poder Judiciário.

21.2 Tribunais de ética e tribunais de exceção

Os tribunais de ética instituídos em determinadas ordens profissionais, como a OAB, não são tribunais de exceção, pois constituem-se em organismos disciplinares cujas decisões estão sujeitas no País a uma revisão judicial.

22 TRIBUNAL DO JÚRI (ART. 5º, XXXVIII)

A Constituição Federal reconhece, no art. 5º, XXXVIII, a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos[338] e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

A instituição do júri, de origem anglo-saxônica, é vista como uma prerrogativa democrática do cidadão, que deverá ser julgado por seus

semelhantes, apontando-se seu caráter místico e religioso, pois tradicionalmente constituído de doze membros em lembrança dos doze apóstolos que haviam recebido a visita do Espírito Santo.

O júri é um tribunal popular, de essência e obrigatoriedade constitucional, regulamentado na forma da legislação ordinária, e, atualmente, composto por um juiz togado, seu presidente e por 25 jurados que serão sorteados dentre os alistados, sete dos quais constituirão o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento.

22.1 Plenitude de defesa

Logicamente, a *plenitude de defesa* encontra-se dentro do princípio maior da ampla defesa, previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal. Além disso, conforme salienta Pontes de Miranda,[339] na plenitude de defesa, inclui-se o fato de serem os jurados tirados de todas as classes sociais e não apenas de uma ou de algumas.

Observe-se, porém, que o STF declarou inconstitucional a tese da legítima defesa da honra nos crimes de feminicídios, por contrariar os princípios da dignidade da pessoa humana, da proteção à vida e da igualdade de gênero.[340]

Não é legítima a invocação, ainda que indiretamente, no julgamento perante o Tribunal do Júri, da tese da legítima defesa da honra em socorro ao acusado, historicamente arguida como excludente de ilicitude em crimes de violência praticados por homem contra sua companheira ou esposa.

A origem do discurso jurídico e social que sustenta o argumento da legítima defesa da honra remonta ao Brasil colonial, tendo sido construído, ao longo de séculos, como salvo-conduto para a prática de crimes violentos contra mulheres.

E o que se vê até hoje, infelizmente, é o uso indiscriminado dessa tese como estratégia jurídica para justificar e legitimar feminicídios perpetrados

por homens contra suas companheiras, nada obstante o número elevadíssimo deste crime registrado no Brasil, colocando o país como um dos líderes de casos registrados entre as nações mundiais.

Em 2019, levantamento com base nos dados oficiais constantes do Monitor nacional da Violência apontam para uma média de uma mulher assassinada a cada sete horas, por sua condição de mulher. Entre as que sobrevivem, os números são igualmente alarmantes. Dados de notificações recebidas entre 2014 e 2018 pelo SINAN – Sistema de Informação de Agravos de Notificação, divulgados pelo Ministério da Saúde, registram que uma mulher é agredida por um homem a cada quatro minutos no Brasil. Uma média de violência e desigualdade alta que ainda se mantém, não obstante os esforços de movimentos, lutas e reinvindicações sociais.

Essa realidade é histórica. Uma análise do Brasil desde os tempos de colônia nos mostra a conformação de um discurso não apenas moral da sociedade, mas também de todo um arcabouço jurídico complacente com a violência contra as mulheres, pensada como mera propriedade do homem. A mulher, antes do casamento, pertencia ao pai, até que o matrimônio concedia ao marido tais direitos de pertencimento.

Nesse contexto, as tradições familiares e a necessária manutenção de estruturas de hierarquia e poder perpetradas por laços de sangue, tão importantes naquele contexto histórico, empurravam à mulher a missão de sustentar, por meio de sua pureza e fidelidade, a honra do pai e, posteriormente, do marido, tratando-se, assim, de um atributo eminentemente masculino, ligado à descendência, boa fama e reputação social do homem.[341]

Com vistas a preservar bem jurídico entendido como de grande valia, como era considerada a honorabilidade do homem, tão importante para a preservação de *status* social e oportunidades de convivência pública, o ato de matar a esposa considerada infiel transformou-se historicamente em verdadeiro mérito do marido, que vinga a sua desonra com sangue.

Legitimou-se, com isso, a consideração da honra masculina como bem jurídico de maior valor que a vida da mulher.

Essa legitimação não era apenas de cunho ético-moral, mas encontrava suporte na própria ordem jurídica da época. As Ordenações Filipinas além de considerarem o adultério como crime grave imputado somente às mulheres, também previam expressamente, no Título XXXVIII do Livro V, denominado "Do que matou sua mulher, pô-la achar em adultério", a possibilidade legal do homicídio perpetrado pelo homem em virtude da traição conjugal por parte da esposa.

Os Códigos Penais do Império do Brasil e do Regime Republicano de 1890, apesar de não terem autorizado expressamente o direito do homem de matar a esposa para a restauração de sua honra e terem passado a considerar – apenas formalmente – o homem como sujeito potencial da prática do crime de adultério, condicionavam a sua responsabilização penal à comprovação de que ele mantinha uma relação estável com a amante, na medida em que relações extraconjugais por parte do homem eram tidas como normais e aceitas pela sociedade. No caso da mulher adúltera, bastava a presunção do crime, independentemente de um relacionamento duradouro ou não.

O argumento da legítima defesa da honra, embora não mais expresso em qualquer texto legal, continuou sendo acolhido pela jurisprudência brasileira – vale ressaltar, especificamente em detrimento das mulheres –, como verificado em voto histórico registrado por Mary Del Priore:[342]

> "Em 1809, certo João Galvão Freire achou-se preso, no Rio de Janeiro, por ter confessadamente matado sua mulher, D. Eufrásia de Loiola. Alegando legítima 'defesa da honra', encaminhou ao Desembargo do Paço uma petição solicitando 'seguro real para solto tratar de seu livramento'. A resposta dos desembargadores não deixa dúvidas sobre a tolerância que rodeava tal tipo de

> crime: ‘a ocasião em que este [o marido] entrou em casa, os achou ambos, esposa e amante, deitados numa rede, o que era bastante para suspeitar a perfídia e o adultério e acender a cólera do suplicante que levado de honra e brio cometeu aquela morta em desafronta sua, julgando-se ofendido’. Cometido por ‘paixão e arrebatamento’, o crime era desculpável!”

Mesmo com o passar dos anos, a mulher continuou sendo tratada, social e institucionalmente, em papel de inferioridade em relação ao homem e um constante perigo instintivo que necessitava ser sempre vigiado.

Essa realidade só começou a ser juridicamente transformada com a redemocratização do Brasil, a partir da Constituição de 1988 e da incorporação de 80% das pautas apresentadas por movimentos em defesa da mulher pelos Constituintes, mediante grande mobilidade da sociedade civil, com garantia de verdadeira igualdade formal e material para as mulheres e uma ampliação da cidadania feminina no plano jurídico nacional.[343]

Nossa Constituição Republicana de 1988 reforçou a garantia universal do princípio da igualdade, assegurando que “*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações*” (art. 5º, I), sendo a mulher titular de todos os direitos fundamentais de dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da vida (art. 5º, *caput*) e de todos os demais garantidos pela Constituição, na mesma medida que o homem; além de prever que “*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*” (art. 5º, XLI); e que “*O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações*” (art. 226, § 8º).

Tornou-se obrigatória a ampliação do debate público e o aumento da preocupação social com o problema da violência e da desigualdade da mulher, de que decorreu a adoção de medidas políticas e legais, como a promulgação da Lei da Maria da Penha e a aprovação da qualificadora de

feminicídio no crime de homicídio, a consolidação das Delegacias Especializadas no Atendimento à Mulher, a criação de secretarias especializadas na proteção dos direitos da mulher e a adoção dos Planos Nacionais de Política para as Mulheres e do Pacto Nacional de Enfrentamento da Violência contra as Mulheres.

Não obstante tais avanços legais e institucionais, verifica-se a subsistência de um discurso e uma prática que tentam reduzir a mulher na sociedade e naturalizar preconceitos de gênero existentes até os dias atuais, perpetuando uma crença estruturalmente machista, de herança histórica, que considera a mulher como inferior em direitos e mera propriedade do homem.

A frequente e ainda atual invocação do discurso odioso da legítima defesa da honra faz parte dessa tentativa de manutenção de discriminação da mulher, possibilitando, mesmo que indiretamente, absolvições de inúmeros homicídios e contrariando frontalmente o texto constitucional, que consagra a plena igualdade entre homens e mulheres e o absoluto respeito à dignidade da pessoa humana.

A plenitude de defesa consagrada constitucionalmente no Tribunal do Júri, consequentemente, não abrange a inconstitucional tese da legítima defesa da honra, tendo o Supremo Tribunal Federal conferido interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, II, e 25, *caput* e parágrafo único, do CP, bem como ao art. 65 do CPP, para excluir do âmbito de proteção dos permissivos legais de legítima defesa, enquanto excludente de ilicitude, quaisquer interpretações que admitam a invocação dessa tese, fixando a nulidade do julgamento caso isso ocorra, pois atentatória aos direitos da mulher, em especial aos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da vida, da igualdade e da não discriminação.

22.2 Sigilo de votações

Este preceito constitucional significa que a liberdade de convicção e opinião dos jurados deverá sempre ser resguardada, devendo a legislação ordinária prever mecanismos para que não se frustre o mandamento constitucional.

22.3 Soberania dos veredictos e possibilidade de apelação

A possibilidade de recurso de apelação, prevista no Código de Processo Penal, quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos, não afeta a soberania dos veredictos, uma vez que a nova decisão também será dada pelo Tribunal do Júri.[344]

Assim entende o Supremo Tribunal Federal, que declarou que a garantia constitucional da soberania do veredicto do júri *não exclui a recorribilidade de suas decisões*. Assegura-se tal soberania com o retorno dos autos ao Tribunal do Júri para novo julgamento.[345]

O mesmo entendimento prevalecia em relação à possibilidade de protesto por novo júri.[346]

Em relação à revisão criminal, entende-se que, pelo já citado princípio da proporcionalidade, deve prevalecer o princípio da inocência em relação à soberania dos veredictos, sendo, pois, plenamente possível seu ajuizamento para rescindir uma condenação imposta pelo Conselho de Sentença, pelo próprio Judiciário.[347]

22.4 Competência constitucional do Tribunal do Júri

A Constituição Federal prevê regra mínima e inafastável de competência do Tribunal do Júri, não impedindo, contudo, que o legislador infraconstitucional lhe atribua outras e diversas competências.[348]

Ressalte-se que o art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal, não deve ser entendido de forma absoluta, uma vez que existirão hipóteses, sempre excepcionais, em que os crimes dolosos contra a vida não serão julgados pelo Tribunal do Júri.[349] Estas hipóteses referem-se, basicamente, às competências especiais por prerrogativa de função.

Assim, todas as autoridades com foro de processo e julgamento previsto diretamente pela Constituição Federal, mesmo que cometam crimes dolosos contra a vida, estarão excluídas da competência do Tribunal do Júri, pois, no conflito aparente de normas da mesma hierarquia, a de natureza especial prevalecerá sobre a de caráter geral definida no art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal.

Esta regra se aplica nas infrações penais comuns cometidas pelo Presidente da República, Vice-Presidente, membros do Congresso Nacional, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procurador-Geral da República, Ministros de Estado, membros dos Tribunais Superiores, do Tribunal de Contas da União e pelos chefes de missão diplomática de caráter permanente, conforme jurisprudência pacífica, pois já se firmou posição no sentido de que a locução constitucional *"crimes comuns"*, prevista no art. 102, I, *b* e *c*, da Constituição Federal abrange todas as modalidades de infrações penais, inclusive os crimes dolosos contra a vida, que serão processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal.[350]

Igualmente, aplica-se nos denominados *"crimes comuns"* praticados por governadores dos Estados e do Distrito Federal, desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, membros do Tribunal de Contas dos Estados e do Distrito Federal, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais, que sempre serão, nos termos do art. 105, I, *a*, da Constituição Federal, processados e julgados pelo Superior Tribunal de Justiça.[351]

Ainda, no caso de crimes dolosos contra a vida praticados por Prefeito Municipal, em face da maior especialidade, aplica-se o art. 29, X, da Constituição Federal, competindo o processo e julgamento ao Tribunal de Justiça.[352]

Ressalte-se, por fim, que o processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida praticados pelos órgãos do Poder Judiciário e pelos membros do Ministério Público, em razão de determinação do foro competente por norma direta da Constituição Federal, não serão julgados pelo Tribunal do Júri, mas sim pelo Tribunal competente, por prevalência da norma de caráter especial.[353]

Em conclusão, a competência do Tribunal do Júri não é absoluta, afastando-a a própria Constituição Federal, no que prevê, em face da dignidade de certos cargos e da relevância destes para o Estado, a competência de Tribunais, conforme determinam os arts. 29, inciso X, 96, inciso III, 108, inciso I, alínea *a*, 105, inciso I, alínea *a* e 102, inciso I, alíneas *b* e *c*.[354]

Também nas hipóteses de conexão ou continência entre duas infrações penais, um crime doloso contra a vida e outro com foro por prerrogativa de função, inexistirá atração, prevalecendo a regra do juiz natural, havendo, necessariamente, a separação dos processos. Assim, entende o Supremo Tribunal Federal que o

> "envolvimento de corréus em crime doloso contra a vida, havendo em relação a um deles a prerrogativa de foro como tal definida constitucionalmente, não afasta, quanto ao outro, o juiz natural revelado pela alínea *d* do inciso XXXVIII do art. 5º da Carta Federal. A continência, porque disciplinada mediante normas de índole instrumental comum, não é conducente, no caso, à reunião dos processos. A atuação de órgãos diversos integrantes do Judiciário, com duplicidade de julgamento,

> decorre do próprio texto constitucional, isto por não se lhe poder sobrepor preceito de natureza estritamente legal".[355]

As respectivas Constituições Estaduais, também, com base no exercício do poder constituinte derivado decorrente de auto-organização, corolário da autonomia federal prevista no art. 18 da Carta Federal, poderão atribuir aos seus agentes políticos as mesmas prerrogativas de função de natureza processual penal, que a Constituição Federal concedeu aos seus, que lhe são correspondentes.[356] Assim, poderão estabelecer para o processo e julgamento de todos os crimes, inclusive os dolosos contra a vida praticados pelos membros do Poder Legislativo e dos Secretários de Estado, a mais alta Corte de Justiça estadual, da mesma forma que a Constituição Federal o fez em relação aos congressistas e Ministros de Estado.

Portanto, desde que expressamente previsto na Constituição Estadual, e guardando simetria com o modelo federal, os deputados estaduais e Secretários de Estado serão processados e julgados nos crimes dolosos contra a vida pelo Tribunal de Justiça de seu respectivo Estado.[357]

Ressalte-se, porém, que as Constituições estaduais não poderão suprimir a competência constitucional do Tribunal do Júri, quando não existir paradigma na Constituição Federal, ou seja, quando essa não trouxer expressamente a prerrogativa de foro a seus agentes públicos federais, aquelas não poderão afastar os agentes públicos estaduais correspondentes do julgamento pelo Júri.[358] Nesse sentido, o STF havia ditado a Súmula 721:

> "A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecida exclusivamente pela Constituição estadual." Atualmente, é a Súmula Vinculante 45/STF que disciplina a matéria: "A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o

foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela constituição estadual".

22.5 Constitucionalidade do recurso de apelação, previsto no art. 593, III, *d*, do Código de Processo Penal, quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos

O Tribunal do Júri é o órgão constitucionalmente competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, e, como tal, é a instância exauriente na apreciação dos fatos e provas, certo que as suas decisões não podem ser materialmente substituídas por decisões proferidas por tribunais ou juízes togados.

O texto constitucional estabelece a soberania dos veredictos, consagrando que um tribunal formado por juízes togados não pode modificar, no mérito, a decisão proferida pelo Conselho de Sentença, que é soberano na sua decisão, sob pena de desrespeito ao juízo constitucionalmente definido como natural.

Em nosso ordenamento jurídico, entretanto, embora soberana enquanto decisão emanada do juízo natural constitucionalmente previsto para os crimes dolosos contra a vida, o específico pronunciamento do Tribunal do Júri não é inatacável, incontrastável ou ilimitado, devendo respeito ao duplo grau de jurisdição, em que pese com cognição muito mais restrita do que nas demais hipóteses, pois a possibilidade de recurso de apelação, prevista no art. 593, III, *d*, do Código de Processo Penal, quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos, não é definitiva, mas sim, em respeito à soberania do Júri, meramente devolutiva, pois ao rescindir a decisão atacada, entrega novamente ao Júri popular a ampla cognição sobre a matéria, cujo mérito, definitivamente será analisado, sem a

possibilidade de uma segunda apelação com base no citado artigo do diploma processual penal.

Nos crimes dolosos contra a vida, somente o Tribunal do Júri possui cognição plena para a análise da autoria e materialidade, para a valoração das provas que fundamentem a absolvição ou condenação e, eventualmente, para o reconhecimento de excludentes; sendo vedado aos tribunais de segundo grau – mesmo que entendam ter sido o julgamento manifestamente contrário à prova dos autos – substituir a vontade do Conselho de Sentença pelo seu próprio entendimento quanto ao mérito; restando, tão somente, a possibilidade de devolver ao próprio Tribunal do Júri o exame da questão.

Essa possibilidade não é incompatível com a Constituição Federal, pois não conflita com o princípio constitucional da soberania dos veredictos, uma vez que a nova decisão também será dada, obrigatoriamente, pelo Tribunal do Júri, em que pese por um novo Conselho de Sentença.

Trata-se de entendimento tradicional em nosso ordenamento jurídico, pois, desde meados do século passado, o STF já entendia constitucional o novo julgamento pelo Tribunal do Júri quando a decisão fosse contrária à prova dos autos. Um dos *cases* mais lembrados é o do HC 32.271/SP, ocasião em que o Min. Nelson Hungria evoluiu no seu entendimento e votou pela constitucionalidade da Lei nº 263, de 23 de fevereiro de 1948, que previa o novo julgamento pelo Tribunal do Júri quando o resultado fosse contrário à prova dos autos. Nas palavras do Min. Nelson Hungria: "Já fui daqueles que adotaram esse ponto de vista, mas o reexame da matéria me convenceu de que não havia nessa duplicidade uma ofensa ao princípio constitucional da anacrônica soberania do Júri, uma vez que o segundo julgamento era devolvido ao próprio tribunal de jurados, que, assim, seria o único a rever sua própria decisão".[359]

A existência do recurso apelatório, portanto, não substitui a previsão constitucional de exclusividade do Tribunal do Júri na análise de mérito dos

crimes dolosos contra a vida, pois, repita-se, ao afastar a primeira decisão do Conselho de Sentença, simplesmente, determina novo julgamento de mérito pelo próprio Júri, dessa feita definitivo no mérito, pois há proibição de segundo recurso interposto em face de decisões manifestamente contrárias à prova dos autos.

O entendimento consagrado tradicionalmente em nosso ordenamento jurídico configura um meio-termo entre, em regra, o que se aplica, de um lado, nos Estados Unidos da América e Inglaterra e, de outro, na maioria da Europa continental, no tocante à efetividade das decisões do Tribunal do Júri.

No plano do Direito Comparado, existem diversos sistemas normativos em relação à recorribilidade das decisões do Tribunal do Júri, uns com forte tendência a obstaculizar, tanto à acusação como à defesa, recurso contra decisão do Tribunal do Júri, seja condenatória, seja absolutória; outros tendentes a permitir que ambas as partes utilizem o segundo grau de jurisdição no processo penal. A forma como se trata a matéria instrumental em relação à soberania do Júri, a forma de quesitação e a possibilidade de recurso se alteram de país a país.

Nos Estados Unidos, a vedação a um segundo julgamento é conclamada pela 5ª Emenda à Constituição ("*ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde*"), impedindo, em regra, tanto a acusação como a defesa de requererem um novo julgamento ao Júri por insuficiência de provas, homenageando a *Double Jeopardy Clause*. Reiterados precedentes da Suprema Corte dos EUA vêm densificando referida cláusula, afirmando que a acusação não pode recorrer de decisões absolutórias (*Fong Foo v. United States*, 1962), havendo exceção quando o acusado suborna o Juiz para obter uma absolvição: *Harry Aleman v. Judges of the Criminal Division*. Para a defesa, referida cláusula é abrandada, incluindo hipóteses de instruções incorretas, questões sobre

admissibilidade de provas determinantes para o veredicto ou má conduta da acusação ou do juízo (*Burks v. United States*).

Todavia, os recursos, tanto da acusação como da defesa, não adentram ao mérito da causa, circunscrevendo-se a algumas nulidades formais. Referida posição, em geral assente na jurisprudência de países adotantes da *common law*, como também na Inglaterra (*House of Lords, Connely v. DPP*), é afastada por outros sistemas normativos que adotam apenas subsidiariamente o Tribunal do Júri e permitem tanto a cassação da decisão do Júri como a prolação de outra sentença em seu lugar por um tribunal togado, seja qual parte for a recorrente.

Assim é na União Europeia, onde o Tribunal Recursal possui amplos poderes de revisão da decisão do Júri, delimitados, no entanto, pela legislação aplicável de cada Estado-membro (Tribunal de Direitos do Homem, *Judge v. the United Kingdom*). Apenas a título exemplificativo, cito dois países. Na República Alemã, qualquer das partes pode apelar (*Strafprozeßordnung, StPO*, seção 312). Na Espanha, há precedentes do Tribunal Constitucional admitindo a cassação da decisão absolutória do Júri se houver falta de motivação do veredicto (*sentencias* 115/2006, 246/2004, 169/2004).

No Brasil, sendo constitucionalmente possível a realização de um novo julgamento pelo próprio Tribunal do Júri, dentro do sistema acusatório consagrado pelo nosso ordenamento jurídico como garantia do devido processo legal, não é possível o estabelecimento de distinção interpretativa para fins de recursos apelatórios entre acusação e defesa, sob pena de ferimento ao próprio princípio do contraditório, que impõe a condução dialética do processo (*par conditio*).

A legislação brasileira é clara ao, expressamente, prever o recurso de apelação no Tribunal do Júri, tanto pela defesa, quanto pelo Ministério Público; e, não sendo interposto o apelo do *Parquet*, também pelo ofendido – ou seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão –, ainda que este não

tenha sido habilitado como assistente, conforme prevê o art. 598 do Código de Processo Penal.

Essa paridade quanto às hipóteses de interposição de apelação pela acusação e pela defesa garante proteção tanto ao acusado, como à sociedade, como corolário do duplo grau de jurisdição, pois prevalece o entendimento segundo o qual é cabível recurso de apelação, tanto pela acusação quanto pela defesa, contra decisões do Tribunal do Júri, uma vez que o Tribunal de Justiça ou o Tribunal Regional Federal não estarão substituindo a decisão dos jurados, mas apenas reconhecendo o manifesto equívoco na apreciação da prova e determinando a realização de outro julgamento pelo Tribunal do Júri, que será definitivo em relação ao mérito.[360]

É inconcebível que uma decisão manifestamente contrária à prova dos autos não possa ser revista por meio de recurso, o que poderia inclusive caracterizar afronta ao princípio do duplo grau de jurisdição, previsto implicitamente na Constituição Federal, e explicitamente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92, art. 8º, nº 2, alínea *h*), o qual confere à parte prejudicada a possibilidade de buscar o reexame da matéria por órgão jurisdicional superior.

23 EXTRADIÇÃO (ART. 5º, LI E LII)

A Lei nº 13.445/2017 (Lei de Migração) define a extradição como medida de cooperação internacional entre o Estado brasileiro e outro Estado pela qual se concede ou solicita a entrega de pessoa sobre quem recaia condenação criminal definitiva ou para fins de instrução de processo penal em curso.

Extradição, conforme define Hildebrando Accioly,

> "é o ato pelo qual um Estado entrega um indivíduo, acusado de um delito ou já condenado como criminoso, à justiça do outro, que o reclama, e que é competente para julgá-lo e puni-lo".[361]

A natureza jurídica do pedido extradicional perante o Estado brasileiro, conforme entende o Supremo Tribunal Federal,

> "constitui – quando instaurada a fase judicial de seu procedimento – ação de índole especial, de caráter constitutivo, que objetiva a formação de título jurídico apto a legitimar o Poder Executivo da União a efetivar, com fundamento em tratado internacional ou em compromisso de reciprocidade, a entrega do súdito reclamado".[362]

Quanto à extradição, a Constituição Federal prevê tratamento diferenciado aos brasileiros natos, naturalizados e aos estrangeiros, dispondo nos incisos LI e LII, do art. 5º, da seguinte forma:

> "LI – nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;
>
> LII – não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião."

Dessa forma, somente nas hipóteses constitucionais será possível a concessão da extradição, podendo, porém, a legislação federal infraconstitucional (CF, art. 22, XV) determinar outros requisitos formais.

Há duas espécies de extradição:

- ativa: é requerida pelo Brasil a outros Estados soberanos;

- passiva: é a que se requer ao Brasil, por parte dos Estados soberanos.

As restrições constitucionais e legais pátrias incidem sobre os pedidos de extradição passiva, requeridos por Estados soberanos à República Federativa do Brasil, sendo, pois, objeto de nosso estudo.[363]

23.1 Hipóteses constitucionais para a extradição

A Constituição Federal prevê nos incisos LI e LII do art. 5º tratamento diferenciado aos brasileiros natos, naturalizados e aos estrangeiros, da seguinte forma:

1. O *brasileiro nato* nunca será extraditado.[364]
2. O *brasileiro naturalizado* somente será extraditado em dois casos:[365]
   a. por crime comum, praticado antes da naturalização;
   b. quando da participação comprovada em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins,[366] na forma da lei, independentemente do momento do fato, ou seja, não importa se foi antes ou depois da naturalização.[367]

   Saliente-se que, em relação à disciplina constitucional sobre a extradição de brasileiro naturalizado e momento da obtenção da nacionalidade brasileira, reafirmou o STF que "a jurisprudência da Corte a respeito da aquisição da condição de brasileiro naturalizado, a qual, não obstante já deferida pelo Ministério da Justiça, só ganha eficácia jurídica, inclusive para fins extradicionais, após a entrega solene, pela Justiça Federal, do certificado de naturalização ao estrangeiro naturalizado.

3. O *português equiparado*, nos termos do § 1º do art. 12 da Constituição Federal, tem todos os direitos do brasileiro naturalizado; assim, poderá ser extraditado nas hipóteses descritas no item 2. Porém, em virtude de tratado bilateral assinado com Portugal, convertido no Decreto Legislativo nº 70.391/72 pelo Congresso Nacional, **posteriormente substituído pelo Decreto nº 3.927, de 19-9-2001, que promulgou o Tratado de Cooperação, Amizade e Consulta Brasil/Portugal**, somente poderá ser extraditado para Portugal.[368]
4. O *estrangeiro* poderá, em regra, ser extraditado, havendo vedação apenas nos crimes políticos[369] ou de opinião.[370] Observe-se que o caráter político do crime deverá ser analisado pelo Supremo Tribunal Federal, inexistindo prévia definição constitucional ou legal sobre a matéria. Em relação à conceituação de crime político, importante salientar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de "repelir-se, no caso concreto, a existência de crime político, dado que não demonstrada a destinação de atentar, efetiva ou potencialmente, contra a *soberania nacional* e a *estrutura política*".[371] Igualmente, entende o STF que

"os atos delituosos de natureza terrorista, considerados os parâmetros consagrados pela vigente Constituição da República, não se subsumem à noção de criminalidade política, pois a Lei Fundamental proclamou o repúdio ao terrorismo como um dos princípios essenciais que devem reger o Estado brasileiro em suas relações internacionais".[372] A Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017) estabeleceu no § 4º de seu artigo 82 que o Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crime político o atentado contra chefe de Estado ou quaisquer autoridades, bem

como crime contra a humanidade, crime de guerra, crime de genocídio e terrorismo.

Dessa forma, a Constituição Federal prevê duas regras básicas para definir as hipóteses constitucionais para a extradição.

A primeira regra refere-se aos brasileiros, que não poderão ser extraditados. Para os brasileiros natos, essa regra é absoluta, não admitindo nenhuma exceção.

Em relação aos brasileiros naturalizados, porém, essa regra é relativa, admitindo duas exceções:

- *exceção em relação à espécie de crime*: o brasileiro naturalizado poderá ser extraditado por comprovada participação em tráfico ilícito de entorpecentes, independentemente de o momento da prática desse crime ter sido antes ou depois da naturalização. Nessa hipótese, conforme decidiu o STF, "é imprescindível a comprovação de seu efetivo envolvimento no delito".[373]
- *exceção em relação ao momento da prática do crime*: excluída a comprovada participação em tráfico ilícito de entorpecentes, e, consequentemente, tratando-se de qualquer outra espécie de crime, o brasileiro naturalizado poderá ser extraditado se o crime tiver sido praticado antes da naturalização.

Portanto, tráfico ilícito de entorpecentes é o único crime praticado após a naturalização que possibilita a extradição do brasileiro naturalizado. Nas demais hipóteses, o brasileiro naturalizado somente poderá ser extraditado se o crime houver sido praticado antes da naturalização.

A segunda regra diz respeito aos estrangeiros, que somente excepcionalmente não poderão ser extraditados.

23.2 Requisitos infraconstitucionais para a extradição (Lei de Migração – Lei nº 13.445/2017)

O Estado estrangeiro que pretender obter a extradição deverá fundar seu pedido nas hipóteses constitucionais e nos requisitos formais legais,[374] que deverão ser analisados na data do pedido extradicional,[375] ou seja:

- *hipóteses materiais*: incisos LI e LII da Constituição Federal de 1988;
- *requisitos formais*: Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017) e Regimento Interno do STF (arts. 207 a 214), entre eles:[376]

1. reciprocidade:[377] o pedido extradicional somente poderá ser atendido quando o Estado estrangeiro requerente se fundamentar em tratado internacional ou quando, inexistente este, promete reciprocidade de tratamento ao Brasil.[378] Ressalte-se, porém, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, que "os tratados de extradição têm aplicação imediata, independentemente de o crime em que se funda a extradição ser anterior a ele, salvo disposição expressa em contrário".[379] A promessa de reciprocidade deve ser integral, ou seja, não poderá encontrar óbice na Constituição ou legislação do país estrangeiro, que acabará impedindo seu cumprimento futuro;[380]
2. que o Brasil seja incompetente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando e que tenha sido o crime cometido no território do Estado requerente ou que sejam aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado; além de o extraditando estar respondendo a processo investigatório ou a processo penal ou ter sido condenado pelas autoridades judiciárias do Estado requerente a pena privativa de liberdade;

3. existência de título penal condenatório ou de mandado de prisão emanados de juiz, tribunal ou autoridade competente do Estado estrangeiro;
4. ocorrência de dupla tipicidade.[381] Como define o Supremo Tribunal Federal, "revela-se essencial, para a exata aferição do respeito ao postulado da dupla incriminação, que os fatos atribuídos ao extraditando – não obstante a incoincidência de sua designação formal – revistam-se de tipicidade penal e sejam *igualmente* puníveis tanto pelo ordenamento jurídico doméstico quanto pelo sistema de direito positivo do Estado requerente. Precedente: *RTJ* 133/1075";[382]

   Assim, não será possível a concessão da extradição se o fato, apesar de crime no ordenamento jurídico estrangeiro, for tipificado como contravenção no ordenamento jurídico brasileiro,[383] infração administrativa[384] ou fato atípico.[385]
5. inocorrência de prescrição da pretensão punitiva ou executória,[386] seja pelas leis brasileiras, seja pela lei do Estado estrangeiro;[387]
6. ausência de caráter político da infração atribuída ao extraditado. Conforme determina a Lei de Migração, nessa hipótese a extradição poderá ocorrer quando o fato constituir, principalmente, infração à lei penal comum ou quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir o fato principal;
7. não sujeição do extraditando a julgamento, no Estado requerente, perante tribunal ou juízo de exceção;[388]
8. não cominar a lei brasileira, ao crime, pena inferior a dois anos de prisão. Na vigência do revogado Estatuto dos Estrangeiros, somente não se permitia a extradição se a lei brasileira estipulasse pena igual ou inferior a um ano;[389]
9. compromisso formal do Estado requerente em:

a. efetuar a detração penal, computando o tempo de prisão que, no Brasil, foi cumprido por força da extradição;[390]
b. comutar a pena corporal, perpétua ou de morte, ressalvados os casos em que a lei brasileira permite a sua aplicação (art. 5º, XLVII – "... salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX"), em pena privativa de liberdade, respeitado o limite máximo de cumprimento autorizado pela legislação brasileira, que à partir da vigência da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que alterou o artigo 75 do Código Penal, será de 40 (quarenta) anos. O Supremo Tribunal Federal afastou a retroatividade da Lei de Migração, decidindo que "os fatos incriminados que sejam investigados, anteriores a 24 de dezembro de 2019, impõem, para fins de extradição, o compromisso do Estado estrangeiro em estabelecer o cumprimento de pena máxima de 30 anos para o extraditando";[391]
c. não agravar a pena ou a situação do sentenciado por motivos políticos;
d. não efetuar nem conceder a reextradição (entrega do extraditando, sem consentimento do Brasil, a outro Estado que o reclame);
e. não submeter o extraditando a tortura ou a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes;
f. não submeter o extraditando a prisão ou processo por fato anterior ao pedido de extradição.

Destaque-se que a constatação pelo STF de existência de risco ao não atendimento dos requisitos legais e constitucionais impede a concessão de extradição, mesmo que exista compromisso formal do país requerente.[392]

Observe-se, ainda, que não será concedida a extradição quando o extraditando estiver respondendo a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido; e, também, quando for beneficiário de refúgio, nos termos da Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, ou de asilo territorial.

Desta forma, o Estado estrangeiro deverá indicar, em síntese objetiva e articulada, os fatos subjacentes à extradição, limitando o âmbito temático de sua pretensão.

O ônus jurídico de definir o alcance do pedido extradicional, como afirma o Pretório Excelso,

> "com a necessária síntese descritiva dos fatos, incide sobre o Estado requerente, não se justificando que este, mediante sumária nota verbal, transfira o encargo em causa a esta Suprema Corte, que se veria na contingência de *extrair*, das peças documentais – com inadmissível substituição da atividade processual que compete, inicialmente, ao autor da ação de extradição passiva –, os elementos à própria delimitação material da presente extradição. O dever de expor, ainda que sucintamente, mas sempre de modo claro e objetivo, os episódios motivadores da postulação extradicional pertence ao Estado requerente, até mesmo em função da exigência legal que impõe, em sede de extradição, a observância do princípio da dupla tipicidade".[393]

A Lei de Migração regulamentou a extradição da mesma pessoa pelo mesmo fato por mais de um Estado requerente, estabelecendo a preferência do pedido daquele em cujo território a infração foi cometida. Na hipótese de crimes diversos, terá preferência, sucessivamente, o Estado:

- requerente em cujo território tenha sido cometido o crime mais grave, segundo a lei brasileira;

- que em primeiro lugar tenha pedido a entrega do extraditando, se a gravidade dos crimes for idêntica;
- de origem, ou, em sua falta, o domiciliar do extraditando, se os pedidos forem simultâneos.

A Lei nº 13.445/2017 estabeleceu, ainda, que em hipóteses não regulamentadas, o órgão competente do Poder Executivo decidirá sobre a preferência do pedido, priorizando o Estado requerente que mantiver tratado de extradição com o Brasil.

23.3 Procedimento e decisão

O pedido deverá ser feito pelo governo do Estado estrangeiro soberano por via diplomática com endereçamento ao Presidente da República, autoridade autorizada constitucionalmente a manter relações com Estados estrangeiros (art. 84, VII),[394] ou pelas autoridades centrais designadas para esse fim,[395] nunca por mera carta rogatória,[396] Uma vez feito o pedido, ele será encaminhado ao Supremo Tribunal Federal, pois não se concederá extradição sem seu prévio pronunciamento sobre a legalidade e a procedência do pedido,[397] que somente dará prosseguimento ao pedido se o extraditando estiver preso e à disposição do Tribunal,[398] salvo raras excepcionalidades.[399]

Note-se que a prisão administrativa decretada pelo Ministro da Justiça, prevista no procedimento de extradição pelo antigo Estatuto dos Estrangeiros, não foi recepcionada pela nova ordem constitucional. A hipótese da prisão do extraditando permaneceu no ordenamento jurídico, com a denominação de *prisão preventiva para extradição*,[400] porém a competência para sua decretação passou a ser do Ministro relator sorteado, que fica prevento para a condução do processo extradicional.[401]

Uma vez preso o extraditando, dar-se-á início ao processo extradicional, que é de caráter especial, sem dilação probatória, pois

incumbe ao Estado requerente o dever de subsidiar a atividade extradicional do governo brasileiro, apresentando-lhe, *ex ante*, os elementos de instrução documental considerados essenciais em função de exigências de ordem constitucional legal ou de índole convencional. Assim, salienta o Supremo Tribunal que

> "o processo de extradição passiva ostenta, em nosso sistema jurídico, o caráter de processo documental, pois ao Estado requerente é exigível a obrigação de produzir, dentre outros elementos, aqueles que constituem os documentos indispensáveis à própria instauração do juízo extradicional. A exigência estabelecida pelo art. 80, *caput*, da Lei nº 6.815/80 – que reclama indicações precisas sobre os diversos aspectos concernentes ao fato delituoso – não se tem por satisfeita quando, embora desatendida pelo mandado de prisão provisória, revela-se passível de suprimento por outros elementos de caráter informativo existentes aliunde. A indicação precisa e minuciosa de todos os dados concernentes ao fato delituoso há de conter-se, exclusivamente – como requer e ordena a lei brasileira –, nas peças, que são de produção necessária, referidas no *caput* do art. 80 do Estatuto do Estrangeiro. As imprecisões e omissões concernentes ao local, data, natureza e circunstâncias do fato delituoso impedem o exercício, pelo STF, do seu poder de controle sobre a legalidade do pedido extradicional. A insuficiência instrutória do pedido e o desatendimento das exigências impostas pelo art. 80, *caput*, do Estatuto do Estrangeiro justificam o indeferimento liminar da postulação extradicional formulada por Estado estrangeiro (*RTJ*, 147/894, Rel. Min. Celso de Mello)".[402]

Nos termos da Lei nº 13.445/2017, o relator designará dia e hora para o interrogatório do extraditando, após o qual, no prazo de 10 dias, deverá ser apresentada defesa por advogado constituído ou designado, que somente poderá contestar a identidade da pessoa reclamada, defeito de forma de documento apresentado ou ilegalidade da extradição.

A Lei de Migração, em seu artigo 87, passou a admitir que o extraditando submeta ao Supremo Tribunal Federal declaração expressa e assistida por advogado pleiteando sua entrega voluntária ao Estado requerente, mediante prévia advertência de que tem direito ao processo judicial de extradição e à proteção que tal direito encerra.[403]

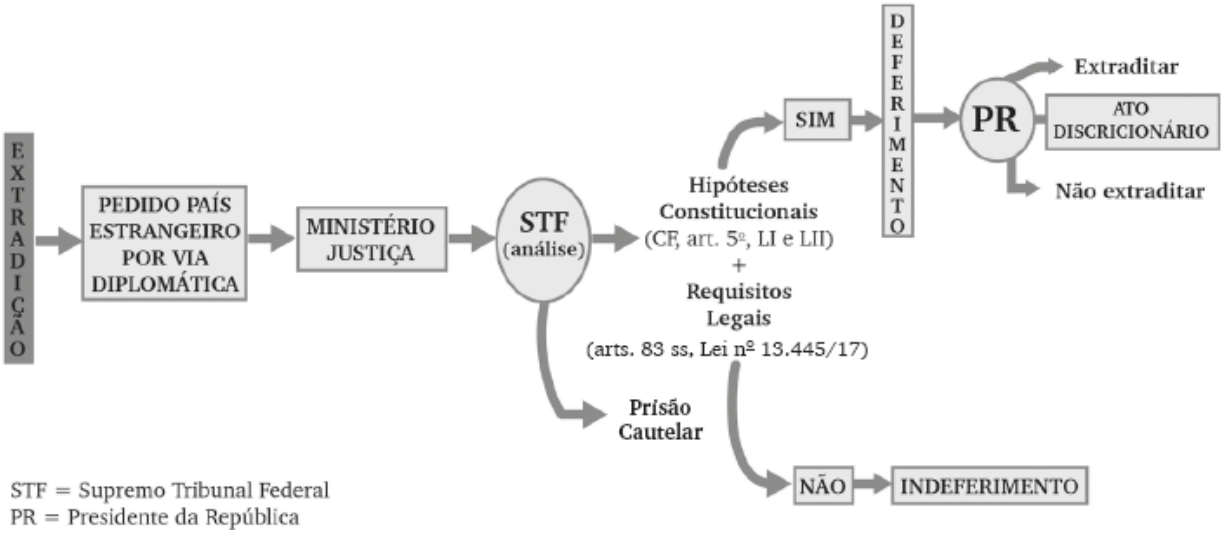
Trata-se de importante alteração legislativa, pois na vigência do revogado Estatuto dos Estrangeiros o Supremo Tribunal Federal entendia não existir possibilidade de o extraditando renunciar ao procedimento extradicional, pois mesmo sua concordância em retornar a seu país não dispensava o controle da legalidade do pedido;[404] havendo, porém, conforme decidido pelo STF, a possibilidade de aplicação do regime simplificado de extradição entre os Estados membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, que autoriza a entrega imediata do extraditando às autoridades competentes do Estado requerente, sempre que o súdito estrangeiro manifestar, de forma livre e de modo voluntário e inequívoco, o seu desejo de ser extraditado.[405]

Findo o procedimento extradicional, se a decisão do Supremo Tribunal Federal, após a análise das hipóteses materiais e requisitos formais, for contrária à extradição, vinculará o Presidente da República, ficando vedada a extradição e não sendo possível novo pedido baseado nos mesmos fatos. Se, no entanto, a decisão for favorável, o Chefe do Poder Executivo, *discricionariamente*, determinará ou não a extradição, pois não pode ser obrigado a concordar com o pedido de extradição, mesmo que, legalmente correto e deferido pelo STF, uma vez que o deferimento ou recusa do pedido de extradição é direito inerente à soberania.[406]

A extradição ficará suspensa e somente poderá ser executada após a conclusão do processo ou do cumprimento da pena, se o extraditando estiver sendo processado ou ostentar condenação criminal no Brasil por outros crimes apenados com pena privativa de liberdade, salvo em se tratando de infração de menor potencial ofensivo.

Uma vez autorizada a entrega do extraditando pelo órgão competente do Poder Executivo, o Estado requerente será comunicado e terá o prazo de 60 dias para retirá-lo do território nacional. Caso não o retire, o extraditando será posto em liberdade, sem prejuízo de outras medidas aplicáveis.

Ressalte-se, ainda, a possibilidade de desistência do pedido extradicional pelo país estrangeiro, seja expressamente, seja tacitamente, quando demonstra desinteresse em retirar o extraditando do território nacional.[407]



23.4 Prisão cautelar por extradição[408]

A Lei de Migração regulamentou a prisão cautelar em extradição. Em caso de urgência, tal prisão poderá ser prévia ou conjuntamente solicitada com o pedido extradicional. O pedido deverá ser fundamentado e conter informação sobre o crime cometido, podendo ser apresentado por correio,

fax, mensagem eletrônica ou qualquer outro meio que assegure a comunicação por escrito. O pedido de prisão cautelar poderá, ainda, segundo a Lei de Migração, ser transmitido à autoridade competente para extradição no Brasil por meio de canal estabelecido com o ponto focal da Organização Internacional de Polícia Criminal (Interpol) no País.

Na ausência de disposição específica em tratado, o Estado estrangeiro deverá formalizar o pedido de extradição conjuntamente com o pedido de prisão cautelar ou no prazo de 60 (sessenta) dias da data em que tiver sido cientificado da prisão do extraditando. O descumprimento desse prazo acarretará a imediata liberdade do extraditando e não permitirá novo pedido de prisão cautelar pelo mesmo fato sem que a extradição tenha sido devidamente requerida.

Uma vez respeitado o prazo, a eficácia temporal da prisão cautelar poderá ser prorrogada até o julgamento final em relação à legalidade do pedido de extradição.[409]

O revogado Estatuto do Estrangeiro, ao dispor sobre a prisão do extraditando, determinava que esta *perduraria até o julgamento final do Supremo Tribunal Federal, não sendo admitida* a liberdade vigiada,[410] a prisão domiciliar,[411] nem a prisão-albergue (art. 84, parágrafo único).[412]

Esse posicionamento vinha sendo relativizado excepcionalmente pelo Supremo Tribunal Federal, seja com a concessão de prisão domiciliar,[413] seja com a concessão de liberdade, pois destacava a Corte Suprema que "a prisão preventiva para fins de extradição haveria de ser analisada caso a caso, sendo, ainda, a ela atribuído limite temporal, compatível com o princípio da proporcionalidade, quando seriam avaliadas sua necessidade, sua adequação e sua proporcionalidade em sentido estrito", para concluir que "em nosso Estado de Direito, a prisão seria uma medida excepcional e, por isso, não poderia ser utilizada como meio generalizado de limitação das liberdades dos cidadãos, não havendo razão, tanto com base na CF quanto nos tratados internacionais com relação ao respeito aos direitos humanos e a

dignidade da pessoa humana, para que tal entendimento não fosse aplicado no que tange às prisões preventivas para fins de extradição".[414] Igualmente, entendeu nossa Corte Suprema conceder liberdade provisória quando a prisão demonstrou-se inadequada, desnecessária e desproporcional,[415] e a possibilidade de prisão domiciliar em razão de grave doença cardiovascular e necessidade de intervenção cirúrgica.[416]

A Lei de Migração, adotando o novo posicionamento do STF, passou a estabelecer expressamente que a Corte, considerando a situação administrativa migratória, os antecedentes do extraditando e as circunstâncias do caso e ouvido o Ministério Público, possa autorizar prisão albergue ou domiciliar ou determinar que o extraditando responda ao processo de extradição em liberdade, com retenção do documento de viagem ou outras medidas cautelares necessárias, até o julgamento da extradição ou a entrega do extraditando.

23.5 Atuação do Judiciário na extradição

O sistema extradicional vigente no direito brasileiro qualifica-se como sistema de controle limitado, com predominância da atividade jurisdicional, que permite ao Supremo Tribunal Federal exercer fiscalização concernente à legalidade extrínseca do pedido de extradição formulado pelo Estado estrangeiro, mas não no tocante ao mérito, salvo, excepcionalmente, na análise da ocorrência de prescrição penal, da observância do princípio da dupla tipicidade ou da configuração eventualmente política do delito imputado ao extraditando,[417] ou ainda, na possibilidade excepcional de análise da *comprovada participação* do brasileiro naturalizado em tráfico ilícito de entorpecentes.[418]

Como salientado pela jurisprudência pacífica da Corte, mesmo nesses casos, a apreciação jurisdicional do Supremo Tribunal Federal deverá ter

em consideração a versão emergente da denúncia ou da decisão emanadas de órgãos competentes no Estado estrangeiro.[419]

Se o pedido formulado preenche os requisitos impostos pela legislação brasileira, impõe-se o deferimento da extradição;[420] caso contrário, não, pois nem a aquiescência do extraditando é suficiente, por si só, à colocação, em plano secundário, do exame da legalidade do pedido.[421]

23.6 Extradição, princípio da especialidade e pedido de extensão (extradição supletiva)

Aplica-se na extradição o princípio da especialidade, ou seja, o extraditado somente poderá ser processado e julgado pelo país estrangeiro pelo delito objeto do pedido de extradição, conforme o art. 96, I, da Lei nº 13.445/2017. O Supremo Tribunal Federal, porém, permite o chamado "pedido de extensão" ou "extradição supletiva", que consiste na permissão, solicitada pelo país estrangeiro, de processar pessoa já extraditada por qualquer delito praticado antes da extradição e diverso daquele que motivou o pedido extradicional, desde que o Estado requerido expressamente autorize. Nestas hipóteses, deverá ser realizado, igualmente, o estrito controle jurisdicional da legalidade, mesmo já se encontrando o indivíduo sob domínio territorial de um país soberano.[422]

O pedido de extensão somente será deferido se estiver presente uma das hipóteses constitucionais e preenchidos todos os requisitos legais.[423] Como destacado pelo Ministro Eros Grau, "o princípio da especialidade não é obstáculo ao deferimento do pedido de extensão. A regra que se extrai do texto normativo visa a impedir, em benefício do extraditando, que o Estado requerente instaure contra ele – sem o controle de legalidade pelo Supremo Tribunal Federal – ação penal ou execute pena por condenação referente a fatos anteriores àqueles pelos quais foi deferido o pleito extradicional".[424]

23.7 Extradição e expulsão

A extradição não se confunde com as hipóteses de expulsão e deportação. A *extradição* é o modo de entregar o estrangeiro, ou excepcionalmente, o brasileiro naturalizado ao outro Estado por delito nele praticado.

A *expulsão* é uma medida tomada pelo Estado que consiste em retirar forçadamente de seu território um estrangeiro que nele entrou ou permanece irregularmente ou, ainda, que praticou atentados à ordem jurídica do país em que se encontra.[425]

Portanto, as hipóteses (extradição e expulsão) são diferentes. A extradição é pedido formulado por Estado estrangeiro, em virtude de crime cometido no exterior. Já a expulsão decorre de atentado à segurança nacional, ordem política ou social ou nocividade aos interesses nacionais. Na primeira hipótese, o fato motivador ocorreu no exterior, sendo necessária provocação do país estrangeiro. Na segunda, o motivo ocorreu no Brasil, e procede-se *ex officio* da autoridade nacional.

A expulsão não exige requerimento de país estrangeiro algum e tampouco que o atentado à ordem jurídica tenha sido praticado no estrangeiro, mas no próprio território do país que pretende expulsar o estrangeiro.

A Lei de Migração (Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017), porém, restringiu as hipóteses de expulsão à condenação com sentença transitada em julgado de determinadas infrações penais, bem como estabeleceu a possibilidade de reingresso no Brasil,[426] pois determinou em seu artigo 54 que "a expulsão consiste em medida administrativa de retirada compulsória de migrante ou visitante do território nacional, conjugada com o impedimento de reingresso por prazo determinado".

Nos termos da lei, será possível a expulsão nas hipóteses de condenação com sentença transitada em julgado relativa à prática de (a)

crime de genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra ou crime de agressão, nos termos definidos pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 1998, promulgado pelo Decreto no 4.388, de 25 de setembro de 2002; (b) crime comum doloso passível de pena privativa de liberdade, consideradas a gravidade e as possibilidades de ressocialização em território nacional.

Caberá exclusivamente ao Presidente da República, ou à autoridade por ele delegada (art. 54, § 2º, da Lei nº 13.445/2017), resolver sobre a conveniência e a oportunidade da expulsão ou de sua revogação.[427]

O Ministério da Justiça instaurará inquérito para a expulsão do estrangeiro, devendo a autoridade competente, no caso de delegação presidencial, resolver sobre a expulsão, a duração do impedimento de reingresso e a suspensão ou a revogação de seus efeitos.

A lei estabelece, ainda, que o processamento da expulsão em caso de crime comum não prejudicará a progressão de regime, o cumprimento da pena, a suspensão condicional do processo, a comutação da pena ou a concessão de pena alternativa, de indulto coletivo ou individual, de anistia ou de quaisquer benefícios concedidos em igualdade de condições ao nacional brasileiro.

A inobservância da estrita legalidade no decreto de expulsão poderá ser controlada por meio de *habeas corpus* a ser ajuizado perante o Supremo Tribunal Federal,[428] em virtude da *discricionariedade mitigada* do Presidente da República ou da autoridade delegada, pois, apesar de a expulsão ser ato discricionário do Poder Executivo,[429] não se admite ofensa à lei e falta de fundamentação.[430]

Assim, contra o ato expulsório são possíveis recursos administrativos (pedido de reconsideração) e apelo ao Poder Judiciário. Quanto a este, o escopo de intervenção é muito estreito. Cuida o judiciário apenas do exame da conformidade do ato com a legislação vigente. Não examina a

conveniência e a oportunidade da medida, circunscrevendo-se na matéria de direito: observância dos preceitos constitucionais e legais.[431]

O fato de a expulsão qualificar-se como medida de caráter político-administrativo, sujeita à avaliação discricionária do Presidente da República, ou autoridade delegada,[432] não confere total discricionariedade ao mesmo na edição do ato expulsório, que estará sempre sujeito ao controle jurisdicional para efeito de verificação de sua regularidade formal e de aferição de sua legitimidade jurídico-constitucional.[433]

A Lei de Migração ampliou as hipóteses proibitivas de expulsão. Além de manter sua impossibilidade quando implicar extradição inadmitida pela lei brasileira, estendeu a vedação levando em conta condições pessoais do estrangeiro, passando a não permitir sua expulsão quando for pessoa com mais de 70 (setenta) anos que resida no País há mais de 10 (dez) anos, considerados a gravidade e o fundamento da expulsão; ou tiver ingressado no Brasil até os 12 (doze) anos de idade, residindo desde então no País.

Além disso, a Lei de Migração previu a impossibilidade de expulsão quando o estrangeiro tiver:[434]

- filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva;[435]
- pessoa brasileira sob sua tutela;
- cônjuge ou companheiro residente no Brasil, sem discriminação alguma, reconhecido judicial ou legalmente.[436]

Os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa deverão ser observados no processo de expulsão, inclusive com a notificação da Defensoria Pública da União, caso não exista defensor constituído.

Observe-se que, a nova Lei de Migração expressamente vedou a expulsão coletiva, definindo-a como aquela que não individualiza a situação migratória irregular de cada pessoa; bem como vedou a expulsão quando

sua efetivação colocar em risco a vida ou a integridade pessoal do estrangeiro.

A existência de processo de expulsão não impede a saída voluntária do expulsando do País.

23.8 Possibilidade de extradição ou expulsão de pessoa casada com brasileiros ou com filhos brasileiros

Extradição: não impede a extradição o fato de o extraditando ser casado com cônjuge brasileiro ou possuir filho brasileiro,[437] inclusive encontrando-se esta posição sumulada pelo STF (Súmula 421).[438] O Supremo Tribunal Federal havia declarado a recepção do art. 84 da Lei 6.815/80 (Estatuto dos Estrangeiros).[439] A Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017) não estabeleceu essas hipóteses como vedatórias da concessão de extradição.

Expulsão: a Lei de Migração manteve a impossibilidade de expulsão quando o estrangeiro tiver cônjuge ou companheiro residente no Brasil, sem discriminação alguma, reconhecido judicial ou legalmente, e ampliou a vedação no tocante à filiação, pois além de não poder ser expulso o estrangeiro que tiver filho brasileiro sob sua guarda ou dependência econômica, também não poderá ser expulso aquele que tiver filho brasileiro sob sua dependência socioafetiva. Observe-se, inclusive, que o Supremo Tribunal Federal decidiu ser "inadmissível a expulsão de estrangeiro que possua filho brasileiro, dependente socioafetivo ou econômico, mesmo que o crime ensejador da expulsão tenha ocorrido em momento anterior ao reconhecimento ou adoção do filho".[440]

A Lei nº 13.445/2017, ainda, trouxe mais uma hipótese: é vedada a extradição do estrangeiro que tiver pessoa brasileira sob sua tutela (ver item anterior).

O STF, na vigência do antigo Estatuto dos Estrangeiros, já decidiu que a referida vedação à expulsão "há de ter interpretação consentânea com o fim visado. *O fato de o nascimento do filho haver ocorrido após os motivos que alicerçaram a expulsão é inidôneo a fulminá-la, quando não comprovada a existência do convívio familiar em data pretérita e o citado nascimento exsurge como resultado de busca à criação de obstáculo suficiente à expulsão*".[441]

Conforme destacado pelo Ministro Luiz Fux, então no Superior Tribunal de Justiça, "assim, o fato de o paciente ter reconhecido a paternidade de brasileiro, comprovada mediante certidão de nascimento juntada aos autos, não é suficiente, por si só, para configurar a condição de inexpulsabilidade do estrangeiro, porquanto, além de o nascimento da criança e o seu reconhecimento serem posteriores ao decreto de expulsão, não há nos autos provas do cumprimento dos deveres inerentes ao pátrio poder e de convivência familiar".[442]

Em novo posicionamento, em sede de repercussão geral, na vigência da atual Lei de Migração, o Supremo Tribunal Federal apontou a impossibilidade de tratamento diferenciado entre filhos havidos antes ou depois do fato ensejador da expulsão, desde que presentes os critérios da convivência familiar, guarda, dependência econômica ou socioafetiva.[443]

23.9 Extradição e deportação

A *deportação* consiste em devolver o estrangeiro ao exterior, ou seja, é a saída compulsória do estrangeiro. Fundamenta-se no fato de o estrangeiro entrar ou permanecer irregularmente no território nacional (CF, art. 5º, XV), não decorrendo da prática de delito em qualquer território, mas do não cumprimento dos requisitos para entrar ou permanecer no território, desde que o estrangeiro não se retire voluntariamente no prazo determinado. Far-se-á a deportação para o país de origem ou de procedência no estrangeiro,

ou para outro que consinta recebê-lo. Não sendo ela exequível, ou existindo indícios sérios de periculosidade ou indesejabilidade do estrangeiro, proceder-se-á a sua expulsão. Mas não se dará a deportação se esta implicar extradição vedada pela lei brasileira.

A Lei de Migração estabeleceu que, em se tratando de apátrida, o procedimento de deportação dependerá de prévia autorização da autoridade competente.

23.9-A Extradição e entrega (*surrender*)

A extradição não se confunde com o instituto da *entrega* (*surrender*), previsto no art. 102 do Estatuto de Roma, pois enquanto a extradição é o modo de entregar o indivíduo ao outro Estado por delito nele praticado, o segundo instituto é definido como "a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal", nos termos do referido estatuto.[444]

23.10 Expulsão e deportação de brasileiros

Não há deportação nem expulsão de brasileiro. O envio compulsório de brasileiro para o exterior constitui banimento, que é pena excepcional, proibida constitucionalmente (CF, art. 5º, XLVII, *d*).

23.11 Necessidade de comutação da pena de prisão perpétua em pena privativa de liberdade com prazo máximo

A legislação brasileira exige para a concessão da extradição, a comutação da pena de morte, ressalvados os casos em que a lei brasileira permite sua aplicação,[445] em pena privativa de liberdade. Em relação à pena de prisão perpétua, porém, reiterada jurisprudência da Corte Suprema entendia ser desnecessária sua comutação em pena privativa de liberdade

sem prazo máximo de cumprimento.[446] Esse posicionamento foi alterado pelo Supremo Tribunal Federal, que, por maioria de votos, "condicionou a entrega do extraditando à comutação das penas de prisão perpétua em pena de prisão temporária de no máximo 30 anos";[447] que, porém, não se exigia a comutação de eventual pena de prisão com trabalhos forçados (*RTJ*, 132/1.083).

A Lei de Migração expressamente passou a prever a necessidade de o Estado requerente comprometer-se em comutar a pena corporal, perpétua ou de morte, em pena privativa de liberdade, respeitado o limite máximo de cumprimento de 30 (trinta) anos; e de não submeter o extraditando à tortura ou a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

A exigência constitucional interpretada pelo Supremo Tribunal Federal diz respeito ao limite máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade autorizado pela legislação brasileira, que a partir da vigência da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que alterou o artigo 75 do Código Penal, será de 40 (quarenta) anos. Dessa maneira, para fins extradicionais, também deve prevalecer o novo período máximo de cumprimento de pena, sob pena de odioso privilégio ao extraditando em relação àquele condenado pela Justiça brasileira à privação de sua liberdade.

O Supremo Tribunal Federal afastou a retroatividade da Lei de Migração, decidindo que "os fatos incriminados que sejam investigados, anteriores a 24 de dezembro de 2019, impõem, para fins de extradição, o compromisso do Estado estrangeiro em estabelecer o cumprimento de pena máxima de 30 anos para o extraditando".[448]

24 DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E CELERIDADE PROCESSUAL (ART. 5º, LIV, LV E LXXVIII, E LEI Nº 11.419/2006)[449]

A Constituição Federal de 1988 incorporou o princípio do devido processo legal, que remonta à *Magna Charta Libertatum* de 1215, de vital importância no direito anglo-saxão. Igualmente, o art. XI, nº 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, garante que

> "todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa".

Inovando em relação às antigas Cartas, a Constituição atual referiu-se expressamente ao *devido processo legal*, além de fazer-se referência explícita à privação de bens como matéria a beneficiar-se também dos princípios próprios do direito processual penal.

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).

O devido processo legal tem como corolários a *ampla defesa* e o *contraditório*, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral,[450] conforme o texto

constitucional expresso (art. 5º, LV). Assim, embora no campo administrativo, não exista necessidade de tipificação estrita que subsuma rigorosamente a conduta à norma, a capitulação do ilícito administrativo não pode ser tão aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa, pois nenhuma penalidade poderá ser imposta, tanto no campo judicial, quanto nos campos administrativos ou disciplinares, sem a necessária amplitude de defesa.[451]

Por *ampla defesa* entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário,[452] enquanto o *contraditório* é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor. Salienta Nelson Nery Junior que

> "o princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do Estado de Direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa,[453] quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestação do princípio do contraditório".[454]

Em defesa da efetividade do princípio constitucional da ampla defesa, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante 14, estabelecendo que: "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa."

Importante ressaltar, que, em relação aos "Termos de colaboração premiada", entendeu o Supremo Tribunal Federal que a SV 14 "assegura ao defensor legalmente constituído o direito de acesso às provas já produzidas e formalmente incorporadas ao procedimento investigatório, excluídas, consequentemente, as informações e providências investigatórias ainda em curso de execução e, por isso, não documentadas no próprio inquérito ou processo judicial".[455]

No sentido de reforçar essa proteção, o Tribunal deliberou pela possibilidade dos Ministros relatores julgarem individualmente o mérito dos *habeas corpus* que versem sobre esse assunto, uma vez que é a posição pacificada na Corte (decisão de 12-2-2009).[456]

Também em face do princípio da ampla defesa, o STF decidiu que, "havendo pedido expresso da defesa no momento processual adequado (art. 403 do CPP e art. 11 da Lei nº 8.038/90), os réus têm o direito de apresentar suas alegações finais após a manifestação das defesas dos colaboradores, sob pena de nulidade".[457]

A EC nº 45/04 (Reforma do Judiciário) assegurou a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação,[458] pois, "o direito ao julgamento, sem dilações indevidas, qualifica-se como prerrogativa fundamental que decorre da garantia constitucional do '*due process of law*'".[459] O Supremo Tribunal Federal entendeu, por exemplo, que a "a demora demasiada para o julgamento do recurso, em razão do elevado número de substituição de relatores" desrespeita o princípio da razoável duração do processo e determinou seu imediato julgamento.[460]

Essas previsões – *razoável duração do processo* e *celeridade processual* –, em nosso entender, já estavam contempladas no texto constitucional, seja na consagração do princípio do *devido processo legal,* seja na previsão do *princípio da eficiência* aplicável à Administração Pública (CF, art. 37, *caput*). Conforme lembrou o Ministro Celso de Mello,

“cumpre registrar, finalmente, que já existem, em nosso sistema de direito positivo, ainda que de forma difusa, diversos mecanismos legais destinados a acelerar a prestação jurisdicional (CPC, art. 133, II e art. 198; LOMAN, art. 35, incisos II, III e VI, art. 39, art. 44 e art. 49, II), de modo a neutralizar, por parte de magistrados e Tribunais, retardamentos abusivos ou dilações indevidas na resolução dos litígios”.[461]

Os processos administrativos e judiciais devem garantir todos os direitos às partes, sem, contudo, esquecer a necessidade de desburocratização de seus procedimentos e na busca de qualidade e máxima eficácia de suas decisões.

Na tentativa de alcançar esses objetivos, a EC nº 45/04 trouxe diversos mecanismos de celeridade, transparência e controle de qualidade da atividade jurisdicional.

Como mecanismos de celeridade e desburocratização podem ser citados: a vedação de férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, a proporcionalidade do número de juízes à efetiva demanda judicial e à respectiva população, a distribuição imediata dos processos, em todos os graus de jurisdição, a possibilidade de delegação aos servidores do Judiciário, para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório, a necessidade de demonstração de *repercussão geral das questões constitucionais* discutidas no caso para fins de conhecimento do recurso extraordinário, a instalação da justiça itinerante, as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal.

A EC nº 45/04, porém, trouxe poucos mecanismos processuais que possibilitem maior celeridade na tramitação dos processos e redução na morosidade da Justiça brasileira. O sistema processual judiciário necessita de alterações infraconstitucionais, que privilegiem a solução dos conflitos, a distribuição de Justiça e maior segurança jurídica, afastando-se tecnicismos exagerados.

Como salientado pelo Ministro Nelson Jobim, a EC nº 45/04, "é só o início de um processo, de uma caminhada. Ela avançou muito em termos institucionais e têm alguns pontos, como a súmula vinculante e a repercussão geral, que ajudam, sim, a dar mais celeridade. Mas apenas em alguns casos isolados. Para reduzir a tão falada morosidade, já estamos trabalhando numa outra reforma, de natureza infraconstitucional e que vai trazer modificações processuais".[462] Nesse mesmo sentido, analisando a convocação de uma Reforma do Judiciário francês pelo Presidente Jacques Chirac, em 21 de janeiro de 1997, José Renato Nalini observou que "a prioridade máxima é de ser concedida à aceleração dos trâmites de procedimento e de julgamento. É uma aspiração de 76% das pessoas interrogadas. Também para eles o problema primordial é a lentidão com que a justiça responde às demandas, institucionalizando os conflitos em lugar de decidi-los com presteza".[463]

Em relação à maior transparência, a Reforma do Poder Judiciário previu a publicidade de todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário, inclusive as decisões administrativas de seus órgãos, a criação do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público.

Finalmente, em busca de um maior controle de qualidade da atividade jurisdicional, temos a criação da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, com a consequente previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados.[464]

24.1 Inquérito policial e contraditório

O contraditório nos procedimentos penais não se aplica aos inquéritos policiais, pois a fase investigatória é preparatória da acusação, inexistindo, ainda, acusado, constituindo, pois, mero procedimento administrativo, de

caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do titular da ação penal, o Ministério Público.[465]

24.2 Celeridade processual e informatização do processo judicial (Lei nº 11.419/2006)

No contexto da Reforma do Judiciário e buscando efetivar a celeridade processual, a Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, regulamenta a informatização do processo judicial *(autos virtuais),* estabelecendo a possibilidade de utilização do meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição.

A própria lei define os principais termos para a implementação da informatização do processo judicial.

Assim, *meio eletrônico* é definido como qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais e *transmissão eletrônica* como toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores.

A lei regulamentou a maior utilização de tecnologia no acesso e distribuição de justiça, permitindo o envio de petições, de recursos e a prática de atos processuais em geral por meio eletrônico, mediante o uso de assinatura eletrônica, sendo obrigatório o credenciamento prévio no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos, que deverá, porém, ser realizado mediante procedimento que assegure a adequada identificação presencial do interessado, bem como, mediante atribuição de registro e meio de acesso ao sistema, preserve o sigilo, a identificação e a autenticidade de suas comunicações.

Em relação à *assinatura eletrônica*, a lei estabelece como formas de identificação inequívoca do signatário a *assinatura digital* baseada em

certificado digital emitido por autoridade certificadora credenciada, na forma de lei específica, ou *mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário,* conforme disciplinado pelos respectivos órgãos. A lei autoriza, ainda, *a adoção de um cadastro único* por todos os órgãos do Poder Judiciário.

24.3 Enunciação constitucional dos direitos dos presos

O texto constitucional consagra direitos específicos a todos aqueles que tiverem sua liberdade individual privada em flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial (art. 5º, incisos LXII, LXIII, LXIV e LXV).

Dessa maneira, há a expressa previsão de imediato relaxamento pela autoridade judiciária da prisão ilegal. Além disso, a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontra serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. O preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial e lhe é assegurada a assistência da família e de advogado. O texto constitucional, igualmente, consagra o direito ao silêncio e *à não autoincriminação*, cujo absoluto respeito está intimamente ligado com a fiel observância do devido processo legal e a ampla defesa.

Há estreita ligação entre os direitos do preso enunciados pelo texto constitucional, pois, ao estabelecer que toda prisão, bem como o local onde se encontra o acusado, deverão ser informados, imediatamente, à família do preso ou à pessoa por ele indicada, a seu advogado e ao juiz competente, a Constituição Federal estabeleceu a obrigatoriedade de imediata análise do Poder Judiciário sobre a legalidade da restrição à liberdade individual, para que, se for o caso, determine o relaxamento da prisão ilegal ou mesmo estabeleça a devida fiança ou liberdade provisória. Como salientam Canotilho e Moreira, em comentário a dispositivo análogo previsto no art.

28 da Constituição portuguesa, "a razão de ser da obrigação da comunicação da prisão preventiva a parente ou pessoa da confiança do detido está ligada fundamentalmente a dois objectivos: primeiro, certificar familiares e amigos acerca do paradeiro do detido; depois, permitir que este obtenha deles a assistência e o apoio de que necessite''.[466]

A comunicação imediata da prisão ao juiz competente e aos familiares ou pessoa indicada pelo preso consiste em verdadeira *garantia de liberdade*, pois dela dependem outras garantias expressamente previstas no texto constitucional, como a análise da ocorrência ou não das hipóteses permissivas para a prisão (inciso LXI – *"*ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente"), como a possibilidade de relaxamento por sua ilegalidade (inciso LXV – "a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária"), ou, nos casos de legalidade, se possível for, a concessão de liberdade provisória com ou sem fiança (LXVI – *"*ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança"). Dessa forma, a comunicação deve ser feita no mínimo tempo possível, sendo de manifesta inconstitucionalidade a fixação de prazos infraconstitucionais que ignorem a *imediata comunicação*. Como salientado por Celso de Mello, "a praxe, ilegitimamente, consagrou o prazo de vinte e quatro horas. Essa dilação temporal, além de abusiva, é evidentemente inconstitucional''.[467]

A falta de comunicação da prisão, nos moldes determinados pela Constituição Federal, não acarreta sua nulidade, desde que a prisão tenha sido realizada de acordo com o ordenamento jurídico, *importando, porém, na responsabilização da autoridade policial omissa*.[468]

A responsabilização da autoridade policial e de seus agentes será civil (indenização por danos materiais e morais) e criminal (abuso de autoridade – Lei nº 13.869/2019). Da mesma forma, aquele que desrespeitar essa garantia constitucional deverá ser responsabilizado por ato de improbidade

administrativa, uma vez que sua ação ou omissão configurará atentado contra os princípios da administração pública, em especial em relação ao dever de legalidade, pois sua conduta estará retardando ou deixando de praticar, indevidamente, ato de ofício (Lei nº 8.429/92 – art. 11, *caput* e inciso IV).

24.4 Ampla defesa, direito ao silêncio e o privilégio à não autoincriminação

A Constituição de 1988 determinou que o preso será informado de seus direitos, entre os quais, obrigatoriamente, deverá ser informado sobre o direito constitucional de *permanecer em silêncio*, e que, o exercício desse direito não lhe acarretará nenhum prejuízo.[469]

Obviamente, a expressão "*preso*" não foi utilizada pelo texto constitucional em seu sentido técnico, pois esse rol de direitos e garantias individuais tem como titulares todos aqueles, acusados ou futuros acusados (por ex.: testemunhas, vítimas), que possam eventualmente ser processados ou punidos em virtude de suas próprias declarações.[470]

Na perspectiva do direito constitucional à ampla defesa e ao devido processo legal, questão fundamental a ser constantemente analisada, em face dos poderes persecutórios do Estado, diz respeito à amplitude do "direito ao silêncio" e do privilégio à não autoincriminação, que, enquanto espécies do gênero direitos humanos fundamentais, logicamente relacionam-se diretamente com a garantia de não ingerência do Estado na esfera individual e na consagração da dignidade humana, tendo um universal reconhecimento por parte da maioria dos Estados, seja em nível constitucional, infraconstitucional, seja em nível de direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais.

O direito de permanecer em silêncio, constitucionalmente consagrado, seguiu orientação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que

prevê em seu art. 8º, § 2º, *g*, o direito a toda pessoa acusada de delito não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada, apresenta-se como verdadeiro complemento aos princípios do *due process of law* e da ampla defesa. Além disso, o silêncio do réu no interrogatório jamais poderá ser considerado como confissão ficta, pois o silêncio não pode ser interpretado em desfavor do acusado.

A participação do investigado na investigação ou do réu em seu processo, como acentua T.R.S Allan, não é apenas um meio de assegurar que os fatos relevantes sejam trazidos à tona e os argumentos pertinentes considerados, mais do que isso, o direito do acusado em manifestar-se livremente e em ser ouvido no momento processual adequado é intrínseco à natureza do julgamento, cujo principal propósito é justificar o veredicto final para o próprio acusado, como resultado legal justamente obtido, concedendo-lhe o respeito e a consideração que qualquer cidadão merece,[471] não existindo dúvidas sobre a importante ligação do princípio da dignidade humana com o direito ao silêncio, em sua tríplice dimensão biológica, espiritual e social, pois esse mandamento constitucional impede, peremptoriamente, qualquer forma de tratamento degradante ou que vise degradar, física ou moralmente o indivíduo, no sentido de obtenção de provas por parte do Estado, como bem destacado por Frank Moderne.[472]

A previsão de interrogatório do acusado em procedimentos sancionatórios, com a consagração do "direito ao silêncio" e do privilégio contra a autoincriminação ("privilege against self-incrimination"), tornou-se tema obrigatório a ser respeitado com relação ao direito constitucional à ampla defesa, sendo direcionado no intuito de preservar o caráter voluntário de suas manifestações e a regularidade de seu julgamento, com um *diálogo equitativo entre o indivíduo e o Estado*, como bem salientado pelo citado professor da Universidade de Cambridge, que aponta a existência não só do "direito ao silêncio", mas também o "direito de falar no momento adequado", sob a ótica da impossibilidade de alguém ser obrigado a

produzir provas contra si mesmo, seja em suas declarações, seja na compulsoriedade de entrega de provas com potencial lesivo à sua defesa na persecução penal.[473]

O *caráter voluntário de suas manifestações* na ótica de um *diálogo equitativo entre o indivíduo e o Estado* permite ao acusado exercer livre e discricionariamente seu *direito ao silêncio*, podendo, inclusive, optar pelas previsões legais que autorizem benefícios à sua confissão voluntária ou adesão às hipóteses de colaborações premiadas. São suas opções e de sua defesa técnica.

A consagração ao "direito ao silêncio" e ao privilégio da não autoincriminação não impede que a legislação ordinária preveja benefícios legais à confissão ou entrega de provas pelo agente de infração penal, desde que resguardada a voluntariedade do ato. O direito constitucionalmente garantido de o acusado *permanecer em silêncio* não é afastado pela confissão espontânea do agente, mas é assegurado pela discricionariedade que a Carta Magna lhe confere entre confessar ou calar-se. Dessa forma, plenamente possíveis eventuais previsões infraconstitucionais de espécies de colaborações premiadas ou mesmo atenuantes genéricas, em que a confissão espontânea ou a cooperação na produção probatória por parte do agente criminoso, mediante alguns requisitos, propiciar-lhe-á melhora em sua situação penal.[474]

Esse *diálogo equitativo entre o indivíduo e o Estado* pressupõe não só a possibilidade de acesso à defesa técnica, com a participação do advogado em seu interrogatório, mas também a ausência de qualquer tipo de coação ou indução nas declarações do investigado, por parte do comportamento de autoridades públicas. Constitucionalmente, portanto, a opção livre e consciente em "auxiliar ou não a Justiça", bem como a escolha do "momento adequado", será sempre do acusado, que jamais poderá ser prejudicado por exercer seu privilégio contra a autoincriminação.

No entanto, em momento algum a imprescindibilidade do absoluto respeito ao direito ao silêncio e ao privilégio da não autoincriminação constitui obstáculo intransponível à obrigatoriedade de participação compulsória dos investigados, como também vítimas e testemunhas nos legítimos atos de persecução penal estatal.

A garantia ao silêncio do acusado consagrada no histórico julgamento norte-americano *Miranda v. Arizona*, em 1966, em que a Suprema Corte, por cinco votos contra quatro, afastou a possibilidade de utilização como meio de prova de interrogatório policial quando não precedido da enunciação dos direitos do preso, em especial, "você tem o direito de ficar calado" ("you have the right to remain silent"), além de consagrar o direito do acusado em exigir a presença imediata de seu advogado; em momento algum, porém, proibiu que o preso ou acusado fossem encaminhados compulsoriamente para interrogatório perante a autoridade competente.

Kent Greenawalt, nesse mesmo sentido, salienta que o suspeito está normalmente sujeito ao alcance dos poderes compulsórios do Estado necessários para assegurar a confiabilidade da evidência, podendo, se preciso, submeter-se à busca de sua pessoa ou propriedade, dar suas impressões digitais quando autorizado em lei e ser intimado e conduzido para interrogatório. Cabe-lhe, entretanto, escolher até onde vai auxiliar a acusação, oferecendo explicações ou admissões à luz das evidências contra ele, bem como consentir em ser interrogado ou permanecer em silêncio, pois, como observado pelo professor de Colúmbia, "não é constitucionalmente razoável e exigível que alguém traia a si mesmo – *nemo debet prodere se ipsum*".[475]

O que não é constitucionalmente possível é a indução ou coação de qualquer natureza realizada por autoridades públicas para obter ou forçar o interrogatório ou a entrega de documentos e provas desfavoráveis.[476]

Comentando o *direito ao silêncio*, Antonio Magalhães Gomes Filho expõe que "o direito à não autoincriminação constitui uma barreira

intransponível ao direito à prova de acusação; sua denegação, sob qualquer disfarce, representará um indesejável retorno às formas mais abomináveis da repressão, comprometendo o caráter ético-político do processo e a própria correção no exercício da função jurisdicional".[477]

O Juiz Lord Kennedy Diplock, da mais alta Corte inglesa de Justiça, na Câmara dos Lordes, em 1980, no caso *R. v. Sang*,[478] salientava a problemática da coação direta ou indireta em interrogatórios, e, sem afastar a possibilidade do comparecimento compulsório do investigado, apontou a ilicitude dos depoimentos obtidos por meio de condutas opressivas das autoridades públicas que retirasse a livre escolha do acusado em falar, salientando que: "A mais séria violação do direito de silêncio consiste em obter ou usar uma confissão produzida por 'opressão', que significa conduta que 'tenda ao cansaço, e tenha cansado o livre-arbítrio que deveria existir antes que a confissão fosse voluntária'. Tortura, tratamento desumano ou degradante, ou violência são só os mais óbvios e ostensivos exemplos. O direito do réu ao silêncio também demanda a exclusão de uma confissão impropriamente obtida por outros meios que destroem sua natureza voluntária".

Os direitos ao silêncio e à não autoincriminação demandam a exclusão de uma confissão impropriamente obtida por outros meios que destroem sua natureza voluntária, qualquer indução de natureza de promessa ou ameaça exteriorizada pela pessoa com autoridade para obter a confissão ou a entrega de documentos e provas desfavoráveis. A obrigação compulsória de responder perguntas ou de fornecer evidências destruiria claramente a natureza voluntária de qualquer confissão, induzindo, consequentemente, a suspeita de culpa sempre que o acusado não concordasse em produzir as provas solicitadas pela Polícia ou pelo Ministério Público, e, consequentemente, reduziria drasticamente o âmbito de proteção do direito fundamental à ampla defesa.

O respeito aos direitos e garantias fundamentais deve ser real e efetivo, jamais significando, porém, que a Constituição Federal estipulou verdadeira cláusula de indenidade absoluta aos investigados, para afastar a incidência dos poderes compulsórios do Estado na persecução penal, licitamente fixados pela legislação.

O absoluto e intransigente respeito às garantias fundamentais não deve, porém, ser interpretado para limitar indevidamente o dever estatal de exercer a investigação e a persecução criminal, função de natureza essencial e que visa garantir, também, o direito fundamental à probidade e segurança de todos os cidadãos.

Dessa maneira, desde que com absoluto respeito aos direitos e garantias fundamentais do investigado, os órgãos estatais não podem ser frustrados ou impedidos de exercer seus poderes investigatórios e persecutórios previstos na legislação,[479] mantendo a constitucionalidade desse diálogo equitativo entre acusação e indivíduo na persecução penal, com estrita obediência das expressas previsões legais e absoluto respeito ao devido processo.

O Supremo Tribunal Federal definiu que a atribuição de falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes não se inclui no privilégio à não autoincriminação (CF, art. 5º, LXIII), mantendo-se constitucional o crime tipificado no art. 307 do CP (atribuir-se falsa identidade), pois o art. 5º, LVIII, da Constituição Federal legitima o Estado, nas hipóteses previstas em lei, a realizar os procedimentos necessários para efetivar a identificação criminal do investigado, mesmo que civilmente identificado, e deslegitima qualquer conduta omissiva ou fraudulenta de sua parte, que tenha por finalidade ocultar a própria identidade.[480]

Igualmente, o STF confirmou a constitucionalidade do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro, que tipifica o denominado “crime de fuga”, ao obrigar a permanência do agente no local do acidente para garantir a

identificação dos envolvidos no sinistro e o devido registro da ocorrência pela autoridade competente. A Corte entendeu inexistir ofensa aos direitos à não autoincriminação e ao silêncio, por não haver a obrigação legal de prestar depoimento, confessar ou produzir provas.[481]

Diversamente, porém, o STF declarou a não recepção do art. 260 do Código de Processo Penal, afastando do ordenamento jurídico a possibilidade de condução coercitiva de investigados para interrogatório. A maioria da Corte entendeu que a hipótese de restrição temporária de liberdade do investigado, acusado ou réu para condução perante a autoridade policial ou judicial, com a finalidade de realização de interrogatório, atenta contra o direito ao silêncio e ao privilégio contra a autoincriminação, independentemente de prévia intimação.[482]

25 PROVAS ILÍCITAS (ART. 5º, LVI)

São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, garante o art. 5º, LVI, da Constituição Federal,[483] entendendo-as como aquelas colhidas em infringência às normas do direito material[484] (por exemplo, por meio de tortura psíquica, quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico sem ordem judicial devidamente fundamentada[485]), configurando-se importante garantia em relação à ação persecutória do Estado.[486]

As provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas.[487] Enquanto, conforme já analisado, as *provas ilícitas* são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as *provas ilegítimas* são as obtidas com desrespeito ao direito processual.[488] Por sua vez, as *provas ilegais* seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico.

Conforme decidiu o plenário do Supremo Tribunal Federal,

> “é indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva, em muito, ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade numa eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se em Estado de Direito democrático. A justiça penal não se realiza a qualquer preço. Existem, na busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados, ensina Heleno Fragoso, em trecho de sua obra Jurisprudência Criminal, transcrita pela defesa. A Constituição brasileira, no art. 5º, inc. LVI, com efeito, dispõe, a todas as letras, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.[489]

No julgamento da AP 307-3-DF, em lapidar voto, o Ministro Celso de Mello ensina que

> “a norma inscrita no art. 5º, LVI, da Lei Fundamental promulgada em 1988, consagrou, entre nós, com fundamento em sólido magistério doutrinário (Ada Pellegrini Grinover, *Novas tendências do direito processual*, p. 60/82, 1990, Forense Universitária; Mauro Cappelletti, Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte, em *Rivista di Diritto Civile*, p. 112, 1961; Vicenzo Vigoriti, Prove illecite e costituzione, in Rivista di Diritto Processuale, p. 64 e 70, 1968), o postulado de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser repudiada – *e repudiada sempre* – pelos juízes e Tribunais, por mais relevantes que sejam os fatos por ela

apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade (Ada Pellegrini Grinover, op. cit., p. 62, 1990, Forense Universitária). A cláusula constitucional do *due process of law* – que se destina a garantir a pessoa do acusado contra ações eventualmente abusivas do Poder Público – tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, na medida em que o réu tem o impostergável direito de *não ser denunciado*, de *não ser julgado* e de *não ser condenado* com apoio em elementos instrutórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites impostos, pelo ordenamento jurídico, ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado. A absoluta invalidade da prova ilícita infirma-lhe, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar. Trata-se de consequência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que exclui, *de modo peremptório*, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova – *de qualquer prova* – cuja ilicitude venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário. A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, *por mínimo que seja*, de eficácia jurídica. Tenho tido a oportunidade de enfatizar, neste Tribunal, que a *Exclusionary Rule*, considerada essencial pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América na definição dos limites da atividade probatória desenvolvida pelo Estado, destina-se, na abrangência de seu conteúdo, *e pelo banimento processual de*

> *evidência ilicitamente coligidas*, a proteger os réus criminais contra a ilegítima produção ou a ilegal colheita de prova incriminadora (Garrity v. New Jersey, 385 U.S. 493, 1967; Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643, 1961; Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471, 1962, *v.g.*)".

Saliente-se, porém, que a doutrina constitucional passou a atenuar a vedação das provas ilícitas, visando corrigir distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Esta atenuação prevê, com base no *Princípio da Proporcionalidade*, hipóteses em que as provas ilícitas, em caráter excepcional e em casos extremamente graves, poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se percebe que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização.

A concepção atual da teoria da proporcionalidade, conforme aponta Luiz Francisco Torquato Avolio,

> "é, pois, dotada de um sentido técnico no direito público a teoria do direito germânico, correspondente a uma limitação do poder estatal em benefício da garantia de integridade física e moral dos que lhe estão sub-rogados (...). Para que o Estado, em sua atividade, atenda aos interesses da maioria, respeitando os direitos individuais fundamentais, se faz necessário não só a existência de normas para pautar essa atividade e que, em certos casos, nem mesmo a vontade de uma maioria pode derrogar (Estado de Direito), como também há de se reconhecer e lançar mão de um princípio regulativo para se ponderar até que ponto se vai dar preferência ao todo ou às partes (Princípio da Proporcionalidade), o que também não pode ir além de um certo

> limite, para não retirar o mínimo necessário a uma existência humana digna de ser chamada assim".[490]

Na jurisprudência pátria,[491] somente se aplica o princípio da proporcionalidade *pro reo*, entendendo-se que a ilicitude é eliminada por causas excludentes de ilicitude, em prol do princípio da inocência.[492]

Desta forma, repita-se que a regra deve ser a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, que só excepcionalmente deverão ser admitidas em juízo, em respeito às liberdades públicas e ao princípio da dignidade humana na colheita de provas e na própria persecução penal do Estado.[493]

Observe-se, ainda, que "são inadmissíveis, em processos administrativos de qualquer espécie, provas consideradas ilícitas pelo Poder Judiciário", conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal em repercussão geral (Tema 1238).

25.1 Provas derivadas das provas ilícitas

O importante julgamento pelo Supremo Tribunal Federal de um ex-Presidente da República voltou a analisar a questão importantíssima sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas e sobre possível contaminação das chamadas *provas derivadas* das provas ilícitas. A Constituição, em seu art. 5º, LVI, consagra *a inadmissibilidade da utilização das provas ilícitas* que, conforme já definidas, são aquelas colhidas em infringência às normas do direito material (por exemplo: inviolabilidade domiciliar, telefônica, direito à intimidade, ao sigilo etc.). Ocorre que o fato de o Supremo Tribunal Federal não admitir, de longa data, as provas ilícitas[494] não tem o condão de gerar a nulidade de todo o processo, pois, como ressalta o Ministro Moreira Alves, a previsão constitucional não afirma serem nulos os processos em que haja prova obtida por meios ilícitos.[495]

Não havendo nulidade processual, devemos delimitar a consequência da inadmissibilidade de uma prova ilícita, definindo se haverá contaminação de todas as demais provas dela resultantes[496] ou somente desqualificação desta para o julgamento da causa.[497]

O Supremo Tribunal Federal, em duas decisões plenárias e importantíssimas, havia decidido pela inaplicabilidade da doutrina do *fruits of the poisonous tree* (fruto da árvore envenenada), optando pela prevalência da incomunicabilidade da ilicitude das provas.[498]

No referido julgamento, envolvendo o ex-Presidente, o tribunal rejeitou a tese da defesa, relativamente à repercussão da prova inadmissível sobre as demais, vencido o Ministro Celso de Mello e, em menor extensão, os Ministros Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira, determinando, pois, que continuam válidas as eventuais provas decorrentes das provas consideradas ilícitas. Confirmou essa decisão plenária posição anterior, em que participaram todos os ministros, que, igualmente, *admitiu a validade de provas derivadas das provas ilícitas*.[499] Nesta decisão, votaram pela licitude das provas decorrentes das provas ilícitas os Ministros Carlos Velloso, Paulo Brossard, Sidney Sanches, Néri da Silveira, Octavio Gallotti e Moreira Alves.

Importante ressaltar que esse julgamento do HC 69.912-0-RS, que primeiramente indeferiu a ordem, por seis votos a cinco, entendendo pela *incomunicabilidade da ilicitude da prova ilícita às provas derivadas*, acabou sendo anulado pela declaração posterior de impedimento de um dos ministros.[500] Em novo julgamento, deferiu-se a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, uma vez que o *empate favorece o paciente*[501] no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica – à falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (*fruits of the poisonous tree*), nas quais se fundou a condenação do paciente. O fato de ter sido

concedida a ordem, naquele momento, não alterou a posição da maioria (6 votos a 5) da Corte, pela admissibilidade da prova derivada da ilícita, uma vez que não haveria sua contaminação pela comunicabilidade da ilicitude, afastando-se a *fruits of the poisonous tree.*

O que poderia ser uma definição jurisprudencial (6 votos a 5), novamente transformou-se em dúvida, pois, com a aposentadoria do Ministro Paulo Brossard, adepto da incomunicabilidade da prova ilícita ("...não me parece seguro concluir que, quando a escuta tivesse sido ilegal e, por consequência, ilícita a prova obtida por seu intermédio, toda a prova ficasse contaminada e imprestável..." – voto no HC 69.912-0-RS), a questão tornou-se pendente de futuro pronunciamento, já com a participação do Ministro Maurício Corrêa, para definir-se a posição da mais alta Corte Judiciária brasileira na questão da teoria do *fruits of the poisonous tree*.

Essa definição foi tomada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que, invertendo a antiga maioria (6 × 5), adotou em relação às provas derivadas das provas ilícitas a teoria do *fruits of the poisonous tree*, ou seja, pela comunicabilidade da ilicitude das provas ilícitas a todas aquelas que dela derivarem.

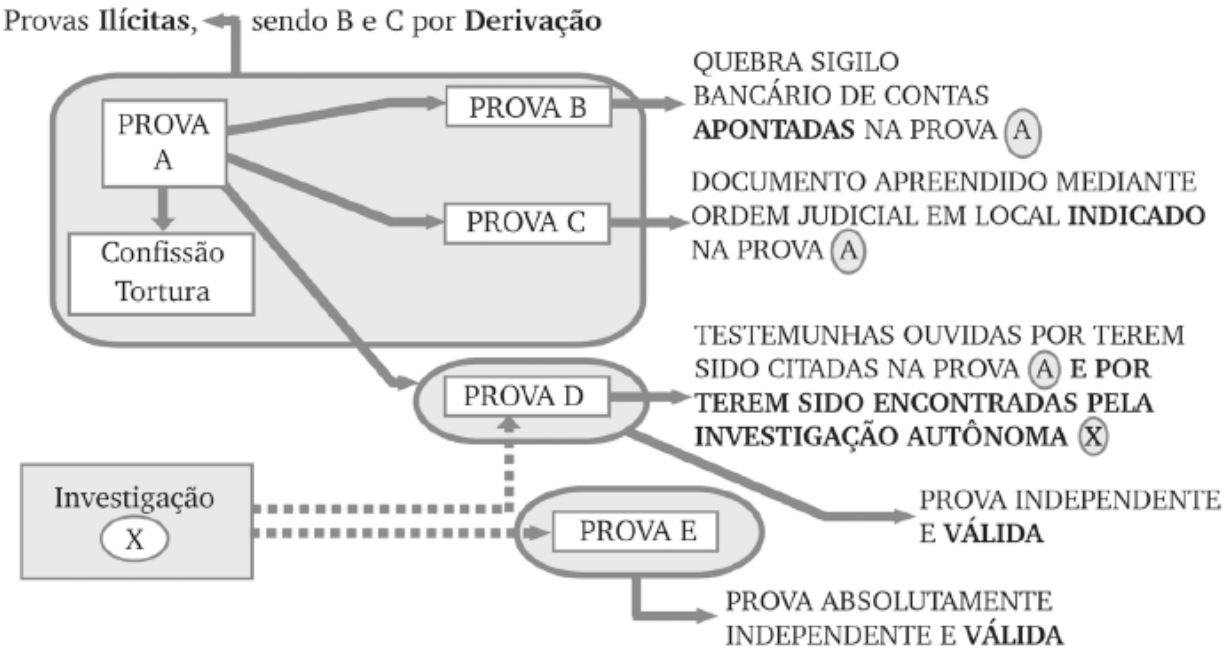
Nos julgamentos dos HCs 72.588/PB[502] e HC 73.351/SP,[503] essa definição foi tomada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que, invertendo a antiga maioria (6 × 5), adotou em relação às provas derivadas das provas ilícitas a teoria do *fruits of the poionous tree*, ou seja, pela comunicabilidade da ilicitude das provas ilícitas a todas aquelas que dela derivarem.

A Corte, posteriormente, consolidou o entendimento de que a prova ilícita originária *contamina* as demais provas dela decorrentes, de acordo com a teoria dos *frutos da árvore envenenada*,[504] posição essa que se mantém,[505] afirmando que "qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela

mácula da ilicitude originária", para concluir que "a exclusão da prova originariamente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal",[506] mantendo-se, porém, válidos "os demais elementos do acervo probatório, que são autônomos".[507]

O STF, portanto, consagrou que "a doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore venenosa") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal".[508]

Em conclusão, as provas ilícitas, bem como todas aquelas delas derivadas,[509] são constitucionalmente inadmissíveis, mesmo quando reconduzidas aos autos de forma indireta,[510] devendo, pois, serem desentranhadas do processo, não tendo, porém, o condão de anulá-lo, permanecendo válidas as demais provas lícitas e autônomas delas não decorrentes,[511] ou ainda, que também decorreram de outras fontes, além da própria prova ilícita;[512] garantindo-se, pois, a licitude da prova derivada da ilícita, quando, conforme salientado pelo Ministro Eros Grau, "arrimada em elementos probatórios coligidos antes de sua juntada aos autos".[513]



25.2 Convalidação de provas obtidas por meios ilícitos com a finalidade de defesa das liberdades públicas fundamentais (legítima defesa)

Conforme estudado anteriormente, as liberdades públicas não podem ser utilizadas como um *verdadeiro escudo protetivo* da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Dessa forma, aqueles que ao praticarem atos ilícitos inobservarem as liberdades públicas de terceiras pessoas e da própria sociedade, desrespeitando a própria dignidade da pessoa humana, não poderão invocar, posteriormente, a ilicitude de determinadas provas para afastar suas responsabilidades civil e criminal perante o Estado.

Exemplificando, poderíamos apontar a possibilidade de utilização de uma gravação realizada pela vítima, sem o conhecimento de um dos interlocutores, que comprovasse a prática de um crime de extorsão, pois o

próprio agente do ato criminoso, primeiramente, invadiu a esfera de liberdades públicas da vítima, ao ameaçá-la e coagi-la. Essa, por sua vez, em *legítima defesa de suas liberdades públicas*, obteve uma prova necessária para responsabilizar o agente. Poderíamos, também, apontar a hipótese de utilização de uma gravação de vídeo realizada pelo filho, de forma clandestina e sem conhecimento de seu pai, agressor, para comprovação de maus-tratos e sevícias. Não se poderia argumentar que houve desrespeito à inviolabilidade, à intimidade e à imagem do pai-agressor, pois sua conduta inicial desrespeitou a incolumidade física e a dignidade de seu filho, que, em *legítima defesa*, acabou por produzir a referida prova. Ainda, poderíamos apontar a possibilidade de utilização de uma "carta confidencial" remetida pelo sequestrador aos familiares do sequestrado. Certamente essa carta poderia ser utilizada em juízo, sem que se falasse em desrespeito ao sigilo das correspondências, pois o sequestrador foi quem, primeiramente, desrespeitou os direitos fundamentais do sequestrado e de seus familiares que, em *legítima defesa*, produziram tal prova.

Note-se que não se trata do acolhimento de provas ilícitas em desfavor dos acusados e, consequentemente, em desrespeito ao art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal. O que ocorre na hipótese é a *ausência de ilicitude* dessa prova, vez que aqueles que a produziram agiram em *legítima defesa de seus direitos humanos fundamentais,* que estavam sendo ameaçados ou lesionados em face de condutas anteriormente ilícitas. Assim agindo – em *legítima defesa* – a ilicitude na colheita da prova é afastada, não incidindo, portanto, o inciso LVI, do art. 5º, da Carta Magna.[514]

Como observado pelo Ministro Moreira Alves, em lapidar voto-relator no *Habeas Corpus* nº 74.6781/SP,

> "evidentemente, seria uma aberração considerar como violação do direito à privacidade a gravação pela própria vítima, ou por

> ela autorizada, de atos criminosos, como o diálogo com sequestradores, estelionatários e todo tipo de achacadores. No caso, os impetrantes esquecem que a conduta do réu apresentou, antes de tudo, uma intromissão ilícita na vida privada do ofendido, esta sim merecedora de tutela. Quem se dispõe a enviar correspondência ou a telefonar para outrem, ameaçando-o ou extorquindo-o, não pode pretender abrigar-se em uma obrigação de reserva por parte do destinatário, o que significaria o absurdo de qualificar como confidencial a missiva ou a conversa".[515]

Nesse mesmo sentido e no referido julgamento, assinalou o Ministro Sepúlveda Pertence a *existência de exclusão da ilicitude* da gravação obtida por um dos interlocutores, vítima de corrupção passiva ou concussão já consumada, apesar do desconhecimento do outro interlocutor, e, consequentemente, a possibilidade de sua utilização.

Nesse mesmo sentido, reiterando esse posicionamento, decidiu o STF que "é lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando interlocutor grava diálogo com sequestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista".[516]

25.3 Princípios da publicidade e moralidade administrativa e provas ilícitas

A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, conforme anteriormente analisado, deriva da posição preferente dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, tornando impossível a violação de uma liberdade pública para obtenção de qualquer prova. Em defesa, porém, da probidade na administração, a inadmissibilidade das provas ilícitas, por

ferimento às inviolabilidades constitucionais, deve ser compatibilizada aos demais princípios constitucionais, entre eles o princípio da moralidade e publicidade, consagrados no *caput* do art. 37 da Carta Magna.

Assim, exige-se do administrador, no exercício de sua função pública, fiel cumprimento aos princípios da administração e, em especial, à legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, devendo respeito aos princípios éticos de razoabilidade e justiça.

Como lembrado pelo Ministro Marco Aurélio, ao analisar o princípio da moralidade, "o agente público não só tem que ser honesto e probo, mas tem que mostrar que possui tal qualidade. Como a mulher de César".[517]

O dever de *mostrar honestidade* decorre do princípio da publicidade, pelo qual todos os atos públicos devem ser de conhecimento geral, para que a sociedade possa fiscalizá-los.

Dessa forma, a conjugação dos princípios da moralidade e publicidade impede que o agente público utilize-se das inviolabilidades à intimidade e à vida privada para prática de atividades ilícitas, pois, na interpretação das diversas normas constitucionais, deve ser concedido o sentido que assegure sua maior eficácia, sendo absolutamente vedada a interpretação que diminua sua finalidade, no caso, a transparência dos negócios públicos.

Portanto, deverá ser permitida a utilização de gravações clandestinas por um dos interlocutores, realizadas sem o conhecimento do agente público, que comprovem sua participação, utilizando-se de seu cargo, função ou emprego público, na prática de atos ilícitos (por exemplo: concussão, tráfico de influência, ato de improbidade administrativa), não lhe sendo possível alegar as inviolabilidades à intimidade ou à vida privada no trato da *res* pública; pois, na administração pública, em regra, não vigora o *sigilo* na condução dos negócios políticos do Estado, mas o *princípio da publicidade*.

Como ressaltado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, analisando hipótese de gravação clandestina de conversa de servidor público com

particular, “não é o simples fato de a conversa se passar entre duas pessoas que dá, ao diálogo, a nota de intimidade, a confiabilidade na discrição do interlocutor, a favor da qual, aí sim, caberia invocar o princípio constitucional da inviolabilidade do círculo de intimidade, assim como da vida privada”.[518]

Portanto, as condutas dos agentes públicos devem pautar-se pela transparência e publicidade, não podendo a invocação de inviolabilidades constitucionais constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas,[519] que permitam a utilização de seus cargos, funções ou empregos públicos como verdadeira cláusula de irresponsabilidade por seus atos ilícitos, pois, conclui o Ministro Sepúlveda Pertence, inexiste proteção à intimidade na hipótese de “uma corrupção passiva praticada em repartição pública”.[520]

Nesse sentido, o STF afirmou a licitude de “gravação ambiental de diálogo realizada por um de seus interlocutores”, envolvendo agentes públicos e crimes contra administração pública.[521] Da mesma forma, entendeu o Supremo Tribunal Federal que “a produção e divulgação de imagem de vídeo quando da abordagem policial em ‘local público’ não viola o art. 5º, inc. X, da Constituição Federal, posto preservar o referido cânone da ‘intimidade’, descaracterizando a ilicitude da prova”.[522] Inclusive, a Corte reconheceu repercussão geral em matéria de admissibilidade de gravação ambiental por um dos interlocutores como meio lícito de prova.[523]

26 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ART. 5º, LVII)

A Constituição Federal estabelece que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*, consagrando a presunção de inocência, um dos princípios basilares do

Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal.

Dessa forma, há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal, permitindo-se o odioso afastamento de direitos e garantias individuais e a imposição de sanções sem o devido processo legal e a decisão definitiva do órgão competente.[524]

Importante destacar que, em face do Princípio da Presunção de Inocência a situação de *"dúvida razoável"* somente pode beneficiar o réu, pois como destacado pelo Ministro Celso de Mello, "nenhuma acusação penal se presume provada. Esta afirmação, que decorre do consenso doutrinário e jurisprudencial em torno do tema, apenas acentua a inteira sujeição do Ministério Público ao ônus material de provar a imputação penal consubstanciada na denúncia. Com a superveniência da Constituição de 1988, proclamou-se, explicitamente (art. 5º, LVII), um princípio que sempre existira, de modo imanente, em nosso ordenamento positivo: o princípio da não culpabilidade".[525]

A consagração do princípio da inocência, porém, não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, que continua sendo, pacificamente, reconhecida pela jurisprudência, por considerar a legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar, que, não obstante a presunção *juris tantum* de não culpabilidade dos réus, pode validamente incidir sobre seu *status libertatis*. Desta forma, permanecem válidas as prisões temporárias,[526] em flagrante, preventivas,[527] por pronúncia[528] e por sentenças condenatórias sem trânsitos em julgado.[529]

Em relação à prisão preventiva, o desrespeito à obrigatoriedade do prazo nonagesimal para a revisão de sua necessidade não acarretará sua revogação automática da prisão, com consequente concessão de liberdade provisória. Competirá ao magistrado analisar imediatamente a necessidade de manutenção da restrição à liberdade.

Nesse sentido, o STF decidiu que:[530] i) a inobservância da reavaliação prevista no parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal (CPP), com a redação dada pela Lei nº 13.964/19, após o prazo legal de 90 (noventa) dias, não implica a revogação automática da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos; (ii) o art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal aplica-se até o final dos processos de conhecimento, onde há o encerramento da cognição plena pelo Tribunal de segundo grau, não se aplicando às prisões cautelares decorrentes de sentença condenatória de segunda instância ainda não transitada em julgado; (iii) o art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal aplica-se, igualmente, nos processos onde houver previsão de prerrogativa de foro.

Observe-se, porém, que o STF se posicionou pela inconstitucionalidade de vedação legal compulsória à concessão de liberdade provisória, pois conforme destacado pelo Ministro Celso de Mello, essa vedação legal causa "ofensa aos postulados constitucionais da presunção de inocência, do *due process of law*, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, visto sob a perspectiva da proibição do excesso",[531] inclusive em relação a tráfico ilícito de entorpecentes.[532]

O Supremo Tribunal Federal, da mesma forma e alterando seu tradicional entendimento ao interpretar o princípio da não culpabilidade, decidiu pela não recepção do art. 595 do CPP (*"Se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação"*), posteriormente revogado.[533] Da mesma maneira, o STF declarou a "inconstitucionalidade do afastamento automático do servidor público investigado por crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores em decorrência de atividade discricionária da autoridade policial, nos termos do art. 17-D da Lei 9.613/1998, consistente em indiciamento e independentemente de início da ação penal e análise dos requisitos necessários para a efetivação dessa grave medida restritiva de direitos".[534]

O lançamento do nome do acusado no rol dos culpados viola o princípio constitucional que, proclamado pelo art. 5º, inciso LVII, da Carta Política, consagra, em nosso sistema jurídico, a presunção *juris tantum* de não culpabilidade daqueles que figurem como réus nos processos penais condenatórios.

26.1 Execução da pena após decisão de 2ª instância

As exigências decorrentes da previsão constitucional do *princípio da presunção de inocência* não são desrespeitadas mediante a possibilidade de execução da pena privativa de liberdade após decisão de 2ª instância, quando a decisão condenatória observar todos os demais princípios constitucionais interligados, ou seja, quando o juízo de culpabilidade do acusado tiver sido firmado com absoluta independência pelo juízo natural, a partir da valoração de provas obtidas mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa em dupla instância e a condenação criminal tiver sido imposta, em decisão colegiada, devidamente motivada, de Tribunal de 2º grau, com o consequente esgotamento legal da possibilidade recursal de cognição plena e da análise fática, probatória e jurídica integral em respeito ao princípio da tutela penal efetiva.

A *presunção de inocência* (CF, art. 5º, LVII) condiciona toda condenação a uma atividade probatória produzida pela acusação e veda, taxativamente, a condenação, inexistindo as necessárias provas, devendo o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio.

A eficácia do inciso LVII do art. 5º do texto constitucional estará considerada, em cada etapa processual, se as três exigências básicas decorrentes da razão da previsão constitucional da *presunção de inocência* tiverem sido observadas pelo Poder Judiciário: (1) o ônus da prova dos fatos

constitutivos da pretensão penal pertencer com exclusividade à acusação, sem que se possa exigir a produção por parte da defesa de provas referentes a fatos negativos (*provas diabólicas*); (2) necessidade de colheita de provas ou de repetição de provas já obtidas, sempre perante o órgão judicial competente, mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa; (3) absoluta independência funcional dos magistrados na valoração livre das provas, tanto em 1ª quanto em 2ª instância, por possuírem cognição plena.

Dessa maneira, respeitadas essas três exigências básicas, haverá eficácia nas finalidades pretendidas pela previsão constitucional da *presunção de inocência* no tocante à análise de mérito da culpabilidade do acusado, permitindo-se, consequentemente, a plena eficácia dos *princípios da tutela judicial efetiva* e *do juízo natural* (Juízos de 1ª e 2ª instâncias), com a possibilidade de as condenações criminais de mérito proferidas pelos Tribunais de 2º grau, no exercício de suas competências jurisdicionais, serem respeitadas, sem o "congelamento de sua efetividade" pela existência de competências recursais restritas e sem efeito suspensivo do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, cuja atuação não possibilita a realização de novas análises probatórias e de mérito da questão penal, respectivamente, nos recursos especial e extraordinário, uma vez que essa competência jurisdicional foi constitucionalmente atribuída às instâncias ordinárias do Poder Judiciário, definidas como únicos juízos naturais com cognição fática e probatória ampla.

Ignorar a possibilidade de execução de decisão condenatória de segundo grau, escrita e fundamentada, mediante a observância do devido processo legal, ampla defesa e contraditório e com absoluto respeito às exigências básicas decorrentes do princípio da presunção de inocência perante o juízo natural de mérito do Poder Judiciário – que, repita-se, não é o Superior Tribunal de Justiça, tampouco o Supremo Tribunal Federal –, seria atribuir eficácia zero ao *princípio da efetiva tutela jurisdicional,* em

virtude de uma aplicação desproporcional e absoluta do *princípio da presunção de inocência*, que não estaria levando em conta na interpretação constitucional o *método da justeza ou conformidade funcional*, que aponta, como ensina Vital Moreira, a necessidade de os órgãos encarregados da interpretação da norma constitucional não poderem chegar a uma posição que subverta, altere ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador originário.[535]

O "esquema organizatório-funcional" estabelecido pelo legislador constituinte no tocante à persecução penal estatal garante aos juízes e tribunais de 2º grau a competência para analisar o conjunto probatório e decidir o mérito das causas penais, afastando a não culpabilidade do réu e impondo-lhe pena privativa de liberdade, pela presença do que o Ministro Néri da Silveira denominava de "juízo de consistência".[536]

O "esquema organizatório-funcional" consagrado pela Constituição Federal autoriza constitucionalmente a prisão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente e reserva para eventuais abusos dos tribunais de segunda instância a possibilidade do ajuizamento de *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça com recurso ordinário constitucional ao Supremo Tribunal Federal.

Exigir o trânsito em julgado ou decisão final do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal para iniciar a execução da pena aplicada após a análise de mérito da dupla instância judicial constitucionalmente escolhida como juízo natural criminal seria subverter a lógica de harmonização dos diversos princípios constitucionais penais e processuais penais e negar eficácia aos diversos dispositivos já citados em benefício da aplicação absoluta e desproporcional de um único inciso do art. 5º, com patente prejuízo ao princípio da tutela judicial efetiva.

Essa interpretação dos dispositivos constitucionais é absolutamente compatível com os tratados internacionais de direitos humanos, pois não há nenhuma exigência normativa, seja na Declaração francesa dos Direitos do

Homem e do Cidadão, promulgada em 26-8-1789 ("Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado"), seja na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de *San Jose* da Costa Rica),[537] ou na Convenção Europeia dos Direitos do Homem que condicione o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Todas – respectivamente arts. 9º, 8.2 e 60, 2 – compatibilizam o *princípio da presunção de inocência* com a necessária comprovação da culpabilidade do acusado.

Nos 30 anos de vigência da Constituição, a possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação foi amplamente majoritária em 23 anos.

Promulgada a Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988, a compatibilidade da execução provisória de decisão penal condenatória proferida em 2ª instância com o princípio da presunção de inocência foi afirmada pela primeira vez, em 29 de março de 1989, na 2ª Turma do STF, que, por unanimidade, entendeu inexistir efeito suspensivo no recurso extraordinário.[538] Posteriormente, em 28 de junho de 1991, houve a primeira decisão do Plenário da Corte sobre a matéria, e, novamente, por unanimidade, o STF entendeu "não conflitar com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição" a expedição de mandado de prisão para o início da execução provisória da pena, pois "exauridas estão as instâncias ordinárias criminais".[539]

Esse posicionamento somente foi alterado em 5 de fevereiro de 2009, pela decisão proferida pelo Plenário, no HC 84.078, relatado pelo Ministro Eros Grau, quando se passou a exigir o trânsito em julgado para o início da execução da pena.

Em 17 de fevereiro de 2016, porém, o Plenário do STF decidiu pelo retorno de seu antigo e tradicional posicionamento, autorizando a execução da pena após decisão proferida em 2º grau, no julgamento do HC 126.292, relatado pelo Ministro Teori Zavascki. Essa posição foi confirmada pela

Corte, no julgamento do HC 152752, relatado pelo Ministro Edson Fachin, em 4 de abril de 2018.

Dessa maneira, somente no período compreendido entre 5 de fevereiro de 2009 e 17 de fevereiro de 2016, ou seja, durante sete anos, prevaleceu a tese contrária que exigia o trânsito em julgado.

Durante os 30 anos de vigência da Constituição Federal, dos 35 Ministros que atuaram na Corte, 34 se pronunciaram, dos quais somente nove Ministros se posicionaram contrariamente à possibilidade de execução provisória da pena após condenação em segunda instância. E, mesmo dentre esses nove Ministros, quatro, em posicionamento anterior, chegaram a considerar constitucional a possibilidade de execução da pena após decisão de 2º grau. A grande maioria dos Ministros da Corte – vinte e três – sempre defendeu a atual jurisprudência.[540]

A possibilidade de execução provisória da pena, inclusive, foi o pressuposto básico para a edição de duas súmulas do Supremo Tribunal Federal editadas em sessão Plenária de 24-9-2003:

> **SÚMULA 716**: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.
>
> **SÚMULA 717**: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

Observe-se, ainda, que esse posicionamento não retira a eficácia da previsão constitucional do inciso LVII do art. 5º do texto constitucional, que sob sua importante perspectiva processual (voto da Min. Ellen Gracie no HC 84.078) manterá sua incidência em relação aos demais efeitos da condenação criminal, que deverão aguardar os julgamentos dos recursos

especiais e extraordinários, com respectivo trânsito em julgado: efeitos extrapenais (indenização do dano), perda do cargo ou função pública, perda da primariedade e possibilidade de reincidência e aumento do prazo prescricional no caso do cometimento de nova infração penal, por exemplo.

Em julgamento de *habeas corpus*, a possibilidade de execução provisória da pena foi confirmada por maioria (6×5), conforme destacado da ementa pelo relator, Ministro Edson Fachin: "O implemento da execução provisória da pena atua como desdobramento natural da perfectibilização da condenação sedimentada na seara das instâncias ordinárias e do cabimento, em tese, tão somente de recursos despidos de automática eficácia suspensiva, sendo que, assim como ocorre na deflagração da execução definitiva, não se exige motivação particularizada ou de índole cautelar".[541]

Entretanto, em julgamento posterior em ações declaratórias de constitucionalidade, houve inversão da anterior maioria, e a Corte proclamou, com efeitos *erga omnes* e vinculantes, por 6×5 a constitucionalidade do art. 283 do CPP, no sentido de condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado do título condenatório, tendo sido afirmado pelo Ministro relator, Marco Aurélio, que "a literalidade do preceito não deixa margem a dúvidas: a culpa é pressuposto da sanção, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior".[542]

A necessidade de trânsito em julgado da sentença condenatória para o início da execução da pena não impede que o tribunal de origem mantenha ou mesmo decrete a custódia cautelar, presentes os pressupostos legais; ou seja, vedou-se somente o início imediato e automático do cumprimento da pena após esgotamento da jurisdição de 2ª instância; mantendo-se, porém, a possibilidade da supressão cautelar de liberdade ou mesmo de aplicação de medidas cautelares diversas.[543]

27 AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA (ART. 5º, LIX)

No sistema jurídico brasileiro, por força da Constituição (art. 129, I), o processo criminal somente pode ser deflagrado por denúncia ou por queixa, sendo a ação penal pública privativa do Ministério Público. Não subsistem a portaria ou o auto de prisão em flagrante como procedimentos instauradores da ação penal.[544] Assim, tendo o Ministério Público requerido o arquivamento no prazo legal, não cabe ação privada subsidiária, ou a título originário (CPP, art. 29; CF, art. 5º, LIX),[545] sendo essa manifestação irretratável, salvo no surgimento de novas provas.[546]

O princípio é absoluto, tendo inclusive o Supremo Tribunal Federal decidido pela incompatibilidade do art. 129, inciso I, da Constituição Federal, com os procedimentos especiais por crime de deserção, no ponto em que prescindiam da denúncia (Código de Processo Penal, art. 451 ss.).[547] Desta forma, o referido procedimento não foi recepcionado pela nova ordem constitucional, sendo inaplicável sua previsão que permitia a instauração de procedimento, em ação penal pública, sem a intervenção do Ministério Público.[548]

O mesmo se diga em relação ao procedimento por crime de abuso de autoridade, em que somente a inércia do *Parquet*, ou seja, ausência de denúncia, promoção de arquivamento ou mesmo requisição de diligências, possibilitará a queixa-crime de que trata a Lei nº 13.869/2019.[549]

Como ressaltou o Supremo Tribunal Federal, a admissibilidade da ação penal privada subsidiária da pública pressupõe, nos termos do art. 5º, LIX, da CF a inércia do Ministério Público em adotar, no prazo legal (CPP, art. 46), uma das seguintes providências: oferecer a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou requisitar diligências.[550]

Portanto, o art. 5º, LIX, da Constituição Federal, não constitui exceção ao art. 129, I, mas tão somente um mecanismo de freios e contrapesos

constitucional ao exercício, por parte do Ministério Público, dessa função constitucional que constitui *ato de soberania*, nunca permitido se o titular da ação penal pública manifestar-se, ou propondo a respectiva denúncia, ou ainda, promovendo o arquivamento ou requisitando diligências à autoridade policial, ou, nas infrações penais de menor potencial ofensivo, oferecendo a transação penal.

28 PRISÃO CIVIL

A Constituição Federal prevê no inciso LXVII, do art. 5º, a disciplina e aplicabilidade da prisão civil em nosso ordenamento jurídico. Em regra, *não haverá prisão civil por dívida.* Excepcionalmente, porém, em dois casos o texto permite a prisão civil decretada pela autoridade judicial competente: *inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia* e *depositário infiel.*

Na hipótese da prisão civil do devedor de alimentos, conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça, não se "exige o trânsito em julgado da decisão que a decreta, tendo em vista seu caráter coercitivo – e não punitivo, como na prisão penal –, não havendo falar em aplicação, na espécie, do art. 5º, LVII, da CF/1988", pois "tal exigência contrariaria a própria finalidade da constrição civil, que é compelir o executado a adimplir imediatamente a obrigação alimentícia".[551]

Hipóteses essas taxativas, impossibilitando seu alargamento por determinação do legislador ordinário, uma vez que, qualquer *equiparação legal* à uma dessas possibilidades não retirará seu substrato de validade diretamente da Constituição e, consequentemente, será inconstitucional, como ocorria com a possibilidade de prisão civil por falta de pagamento de prestação alimentícia decorrente de ação de responsabilidade *ex delicto*, ou ainda, a prisão civil do devedor considerado por ficção legal, como depositário infiel em alienação fiduciária (Decreto-lei nº 911/69);[552] ou

mesmo, na hipótese de depositário considerada a cédula rural pignoratícia.[553]

Especificamente em relação à possibilidade de prisão do *depositário infiel,* após quase 20 anos de interpretação do texto constitucional, onde manteve sua constitucionalidade, salientando que "o depósito judicial, enquanto obrigação legal que estabelece relação típica de direito público e de caráter processual entre o juízo da execução e o depositário judicial dos bens penhorados, permite a prisão civil. Nesse sentido, a instrumentalidade do depósito judicial não se faz em função de obrigação jurídica decorrente de contrato ou de interpretação extensiva, mas como depósito necessário no qual a guarda dos bens penhorados objetiva garantir a opção futura do exequente quanto à adjudicação ou hasta pública, o que afastaria a aplicação do citado Pacto de São José da Costa Rica",[554] o Supremo Tribunal Federal passou a considerar, em face da EC nº 45/04 (§ 3º, art. 5º), inconstitucionais todas as hipóteses de prisão civil de depositário infiel,[555] qualquer que seja a modalidade do depósito[556] e, inclusive, deliberado o Tribunal pela possibilidade dos Ministros relatores julgarem individualmente o mérito dos *habeas corpus* que versem sobre esse assunto, uma vez que é a posição pacificada na Corte. [557]

No Recurso Extraordinário nº 349.073/RS, o Plenário do STF decidiu pela insubsistência da prisão civil do depositário infiel em face dos tratados internacionais de Direitos Humanos. Conforme destacado pelo Ministro Carlos Britto, "não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão".[558]

Portanto, conforme salientado pelo Ministro Celso de Mello, "não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário, como o é o depósito judicial",[559] uma vez que, conforme destacado pelo Ministro Marco Aurélio, "a subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel",[560] em razão, como ensinado pelo Ministro Cezar Peluso, "do *status* supralegal" do referido Pacto.[561]

Nesses termos, nossa Corte Suprema editou a Súmula Vinculante nº 25, afirmando que "é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito".

29 ROL EXEMPLIFICATIVO

Os direitos e garantias expressos na Constituição Federal não excluem outros de caráter constitucional decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, desde que expressamente previstos no texto constitucional, mesmo que difusamente. Neste sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal (Adin nº 939-7/DF) ao considerar cláusula pétrea, e consequentemente imodificável, a garantia constitucional assegurada ao cidadão no art. 150, III, *b*, da Constituição Federal (princípio da anterioridade tributária), entendendo que ao visar subtraí-la de sua esfera protetiva, estaria a Emenda Constitucional nº 3, de 1993, deparando-se com um obstáculo intransponível, contido no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, pois,

> "admitir que a União, no exercício de sua competência residual, ainda que por emenda constitucional, pudesse excepcionar a

> aplicação desta garantia individual do contribuinte, implica em conceder ao ente tributante poder que o constituinte expressamente lhe subtraiu ao vedar a deliberação de proposta de emenda à constituição tendente a abolir os direitos e garantias individuais constitucionalmente assegurados".[562]

Importante, também, ressaltar que, na citada Adin 939-07/DF, o Ministro Carlos Velloso[563] referiu-se aos direitos e garantias sociais, direitos atinentes à nacionalidade e direitos políticos como pertencentes à categoria de direitos e garantias individuais, logo, imodificáveis, enquanto o Ministro Marco Aurélio afirmou a relação de continência dos direitos sociais dentre os direitos individuais previstos no art. 60, § 4º, da Constituição Federal.[564]

Além disso, a enumeração do art. 5º da Constituição não exclui a existência de outros direitos e garantias individuais, de *caráter infraconstitucional*, decorrente dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, como será analisado no capítulo de controle de constitucionalidade.

30 DIREITOS FUNDAMENTAIS, TRATADOS INTERNACIONAIS E NOVOS INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

A necessidade primordial de proteção e real efetividade aos direitos humanos ampliada com o final da 2ª Grande Guerra possibilitou, em nível internacional, o surgimento de um novo e autônomo ramo do Direito, cuja finalidade precípua consiste na concretização da plena eficácia dos direitos humanos fundamentais, por meio de normas gerais internacionais tuteladoras de bens da vida primordiais (dignidade, vida, segurança, liberdade, honra, moral, entre outros) e previsões de instrumentos políticos

e jurídicos de implementação dos mesmos em face de todos os Estados Soberanos.

Os anos passados após o final da II Guerra tornam a evolução histórica da proteção dos direitos humanos fundamentais em diplomas internacionais relativamente recente, iniciando-se com importantes declarações sem caráter-vinculativo, para posteriormente assumirem a forma de tratados internacionais, no intuito de obrigarem os países signatários ao cumprimento de suas normas; para, em uma nova e importante conquista, passarem a ser incorporados nos diversos ordenamentos jurídicos internos com *status* constitucional.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, assinada em Paris em 10 de dezembro de 1948, constitui a mais importante conquista dos direitos humanos fundamentais em âmbito internacional, pois como ensina Francisco Rezek, "até a fundação das Nações Unidas, em 1945, não era seguro afirmar que houvesse, em direito internacional público, preocupação consciente e organizada sobre o tema dos direitos humanos".[565]

Elaborada a partir da previsão da Carta da ONU de 1944, que em seu art. 55 estabeleceu a necessidade dos Estados-Partes promoverem a proteção dos direitos humanos, e da composição, por parte da Organização das Nações Unidas, de uma Comissão dos Direitos Humanos, presidida por Eleonora Roosevelt, a Declaração Universal dos Direitos do Homem afirmou que o reconhecimento da dignidade humana inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, bem como que o desprezo e o desrespeito pelos direitos da pessoa resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que as pessoas gozem de liberdade de palavra, de crença e de liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade tem sido a mais alta aspiração do homem comum.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada e proclamada pela Resolução nº 217-A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10-12-1948, reafirmou a crença dos povos das Nações Unidas nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher, visando à promoção do progresso social e à melhoria das condições de vida em uma ampla liberdade.

Os 30 artigos da Declaração consagraram, basicamente, os princípios da igualdade e dignidade humanas; a vedação absoluta à discriminação de qualquer espécie, seja em razão de raça, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição; o direito à vida, à liberdade, à segurança pessoal; a expressa proibição à escravidão, ao tráfico de escravos ou servidão; a proibição à tortura, ao tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante; o princípio do juiz natural; o acesso ao Judiciário; a vedação às prisões, detenções e exílios arbitrários; os princípios da presunção de inocência, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa; o princípio da reserva legal; a inviolabilidade à honra, à imagem e à vida privada; a liberdade de locomoção; o asilo político; o direito à nacionalidade; o direito de propriedade; a liberdade de pensamento, consciência, opinião, expressão e religião; o direito de reunião, de associação e de sindicalização; os direitos políticos; o direito ao trabalho e à livre escolha de profissão, com a consequente justa remuneração que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana; o direito ao repouso e ao lazer; direito à instrução e à vida cultural.

Prevê-se, ainda, que toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança, em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez,

velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle (art. XXV).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos considera a família como núcleo natural e fundamental da sociedade, consagrando seu direito à proteção da sociedade e do Estado. Consagra-se, ainda, o direito dos homens e mulheres de maior idade de contrair matrimônio. Além disso, a maternidade e a infância terão direito a cuidados e assistência especiais.

O instrumento formal adotado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, conforme já citado, foi resolução da Assembleia, não constituindo seus dispositivos obrigações jurídicas aos Estados- Partes. Hildebrando Accioly e Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva relembram que o caráter não vinculativo da Declaração já era previsto desde a constituição da Comissão inicial, afirmando que, "não obstante a ênfase dada ao reconhecimento dos direitos humanos, a Senhora Roosevelt reiterou a posição de seu país, no sentido de que a Declaração não era um tratado ou acordo que criava obrigações legais. Aliás, a afirmativa era desnecessária. Conforme foi visto, não obstante a importância que algumas resoluções tenham tido, a doutrina é unânime ao afirmar que não são de implementação obrigatória".[566]

Conforme relembra Francisco Rezek, "por mais de uma vez, ante gestões externas fundadas no zelo pelos direitos humanos, certos países reagiram lembrando a natureza não convencional da Declaração".[567] Flávia Piovesan critica esse posicionamento, concluindo que apesar da inexistência de força jurídica obrigatória e vinculante, a Declaração "vem a atestar o reconhecimento universal de direitos humanos fundamentais, consagrando um código comum a ser seguido por todos os Estados".[568]

A referida Declaração prevê somente normas de direito material, não estabelecendo nenhum órgão jurisdicional internacional com a finalidade de garantir a eficácia dos princípios e direitos nela previstos. O Brasil assinou

a Declaração Universal dos Direitos Humanos na própria data de sua adoção e proclamação, 10-12-1948.

Ressalte-se que anteriormente à Declaração Universal dos Direitos do Homem, neste mesmo ano, em abril de 1948, a IX Conferência Internacional Americana, realizada em Bogotá, havia aprovado a Resolução XXX, consagrando a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, que com seus 38 artigos trazia previsões muito semelhantes àquelas já narradas.

A partir disso, a proteção internacional dos Direitos Humanos passou a intensificar-se, com a aprovação de inúmeras declarações e tratados internacionais. Em 09-12-1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Resolução nº 260-A (III), ratificando a Convenção para a prevenção e a repressão do crime de genocídio; em 28-07-1951, foi adotada a Convenção relativa ao Estatuto dos refugiados, aprovada pela Resolução nº 429 (V) da Assembleia Geral das Nações Unidas. Novamente e com a finalidade de proteção dos "refugiados" foi aprovado o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados, em 16-12-1966, pela Resolução nº 2.198 da Assembleia Geral das Nações Unidas.

Nessa mesma data, foi adotado pela Resolução nº 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas importante documento internacional garantidor de direitos fundamentais, denominado "Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos", no qual foram previstos diversos direitos, tais como a autodeterminação dos povos, no sentido de livremente determinarem seu estatuto político e assegurarem livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural; o direito à vida; a proibição da tortura; a possibilidade de o condenado à morte ter o direito de pedir indulto ou comutação da pena; a escusa de consciência; direito à liberdade; acesso ao Judiciário; excepcionalidade das prisões preventivas; indenização por erro judiciário; direito ao respeito e dignidade humana; bem como os demais direitos já consagrados na Declaração Universal dos Direitos do

Homem. O Brasil também é signatário da Declaração do Direito ao Desenvolvimento, de 04-12-1986; Declaração e Programa de Ação de Viena, de 25-06-1993; Declaração de Pequim adotada pela quarta conferência mundial sobre as mulheres, de 15-09-1995.

O rol dos Tratados Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos assinados pela República Federativa do Brasil é completado pelos seguintes documentos: Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 16-12-1966; Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, de 21-12-1965; Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica, de 22-11-1969; Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 18-12-1979; Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, de 10-12-1984; Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, de 09-12-1985; Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20-11-1989; Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de 06-06-1994, e ratificada pelo Brasil em 27-11-1995.

Importante ressaltar algumas previsões da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica, de 22-11-1969, que reafirmaram o propósito dos Estados Americanos em consolidar no Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais.

Os 82 artigos do referido Pacto dividem-se em três partes: Deveres dos Estados e Direitos Protegidos; Meios de Proteção e Disposições Gerais e Transitórias.

Ressalte-se, portanto, que diferentemente da Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Pacto de San Jose da Costa Rica não traz somente normas de caráter material, prevendo órgãos competentes para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos

pelos Estados-Partes. Esses órgãos são a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em relação aos direitos humanos fundamentais, garante-se principalmente: direito ao reconhecimento da personalidade jurídica; direito à vida; direito à integridade pessoal; proibição da escravidão e da servidão; direito à liberdade pessoal; princípio do juiz natural; acesso ao Judiciário; princípio da inocência; princípio da legalidade e da retroatividade; direito à indenização; proteção da honra e da dignidade; liberdade de consciência e de religião; liberdade de pensamento e de expressão; direito de retificação ou resposta; direito de reunião; liberdade de associação; proteção da família; direito ao nome; direitos da criança; direito à nacionalidade; direito de propriedade; direito de circulação e residência; direitos políticos; princípio da igualdade perante a lei.[569]

Na luta pela concretização da plena eficácia universal dos direitos humanos, a Constituição Brasileira seguiu importante tendência internacional adotada em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros, como na Alemanha, Espanha, Portugal e Argentina, entre outros, ao prever na Emenda Constitucional nº 45/2004 ao Congresso Nacional a possibilidade de incorporação com *status* constitucional de tratados e convenções internacionais que versem sobre Direitos Humanos; bem como, permitir o deslocamento de competência nas hipóteses de grave violação a esses direitos[570] e consagrar a submissão do Brasil à jurisdição de Tribunal Penal Internacional[571] a cuja criação tenha manifestado adesão.[572]

Na previsão do § 3º do art. 5º, o texto constitucional estabeleceu que 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 e, consequentemente, passarão a compor nosso "bloco de constitucionalidade", garantindo maior eficácia às suas previsões, pois poderão servir de paradigma para impugnações de leis ou atos normativos

que não observem o absoluto respeito e efetividade dos direitos humanos. Nesses termos, há a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, que foi devidamente incorporada ao nosso ordenamento jurídico interno com *status* constitucional pelo Decreto Presidencial 6.949, de 25 de agosto de 2009.[573]

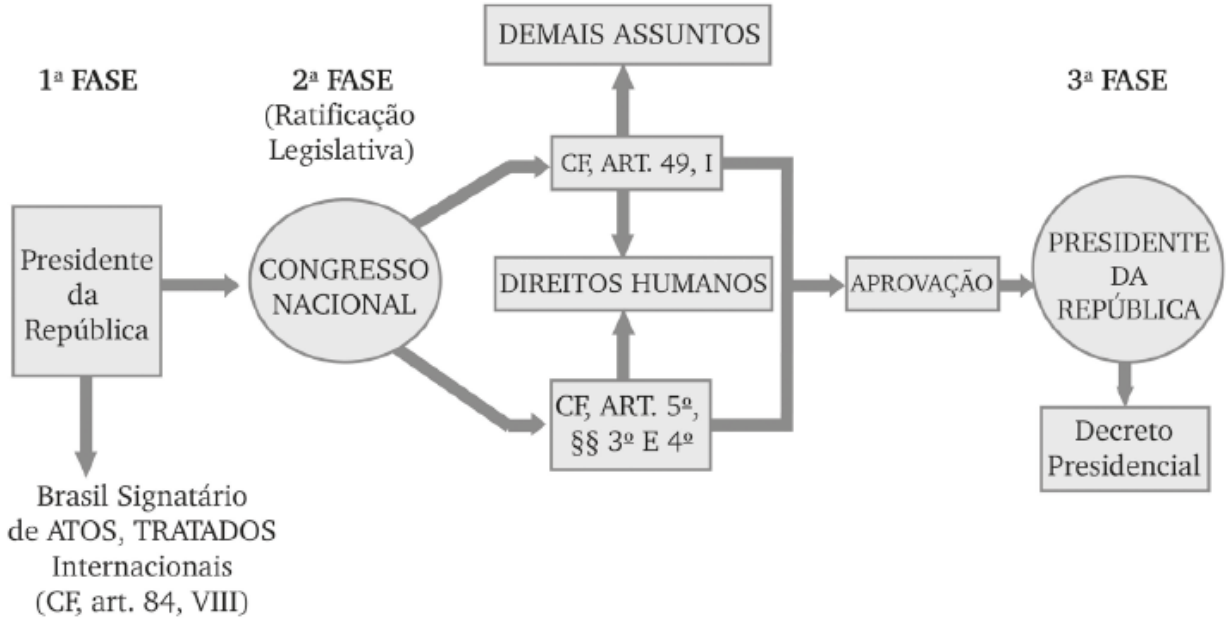
Esse novo instituto passou a permitir, inclusive, o controle concentrado de constitucionalidade pelo STF – Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e ADI-omissão –, em relação a todo ordenamento jurídico interno que contrarie tratados sobre direitos humanos devidamente incorporados na forma do § 3º do art. 5º da CF; garantindo maior eficácia e efetividade à proteção à dignidade da pessoa humana.

Importante destacar, também, que, além do surgimento desse novo instrumento, a evolução na ampla proteção e garantia de efetividade dos direitos humanos foi reforçada pela alteração de posicionamento jurídico do Supremo Tribunal Federal, que passou a proclamar o *status da supralegalidade* dos tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados no ordenamento jurídico brasileiro antes da EC nº 45/04, dando-lhes prevalência sobre o ordenamento jurídico pátrio, pois como definido pelo STF, "o *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão" (RE 349703).

Essa alteração de posicionamento permitiu ao Supremo Tribunal Federal garantir verdadeira evolução na proteção dos direitos humanos fundamentais, com a elevação de importância de diplomas internacionais concretizadores de plena eficácia dos direitos humanos fundamentais, por meio de normas gerais internacionais tuteladoras de bens da vida

primordiais (dignidade, vida, segurança, liberdade, honra, moral, entre outros) e previsões de instrumentos políticos e jurídicos de implementação dos mesmos em face de todos os Estados Soberanos.

Em relação à incorporação e ao *status* dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, conferir Capítulo 11, item 4.5.3 (Decreto legislativo e tratados e atos internacionais), e Capítulo 12, item 10.2.8 (Tratados internacionais e controle de constitucionalidade).[574]



Em defesa, ainda, da maior eficácia dos Direitos Humanos Fundamentais, a EC 45/04 previu, nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, a possibilidade do Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal (CF, art. 109, § 5º).

Esse instituto, conhecido como "Incidente de deslocamento de competência" (IDC), durante esse período, foi utilizado cinco vezes pelo

Superior Tribunal de Justiça, sendo que em duas oportunidades houve o deslocamento de competência, levando-se sempre em conta a necessidade da presença de três requisitos essenciais: (a) grave violação a direitos humanos; (b) risco de responsabilização internacional pelo descumprimento de obrigações derivadas de tratados internacionais, e (c) notória incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas efetivas.

Em grave ocorrência, envolvendo homicídio de vereador, reconhecido como defensor dos Direitos Humanos e autor de inúmeras denúncias contra a atuação de grupos de extermínio na fronteira dos Estados da Paraíba e Pernambuco, o Superior Tribunal de Justiça, em 27 de outubro de 2010, a pedido do Procurador-Geral da República e nos termos da previsão constitucional trazida pela EC 45/04, deslocou a competência para apuração dos fatos para a Justiça Federal (IDC nº 02).

Conforme destacado pela Ministra-relatora Laurita Vaz, presentes os requisitos, as circunstâncias exigiram "a necessidade de ações estatais firmes e eficientes, as quais, por muito tempo, as autoridades locais não foram capazes de adotar, até porque a zona limítrofe potencializa as dificuldades de coordenação entre os órgãos dos dois Estados", o Superior Tribunal de Justiça concluiu ser "oportuno e conveniente a imediata entrega das investigações e do processamento da ação penal em tela aos órgãos federais".

Da mesma maneira, no IDC nº 05, em 13 de agosto de 2014, também envolvendo o Direito à Vida e o Pacto de São José da Costa Rica, o STJ entendeu presentes os requisitos necessários e deslocou para a Justiça Federal a investigação de grupos de extermínio que atuam no interior de Pernambuco, e na hipótese haviam assassinado um promotor de justiça. O ministro relator, Rogério Shietti Cruz, destacou que o fato ocorrido no denominado "Triângulo da Pistolagem" ampliou o "certo e notório conflito institucional que se instalou, inarredavelmente, entre os órgãos envolvidos

com a investigação e a persecução penal dos ainda não identificados autores do crime", bem como que "a falta de entendimento operacional entre a Polícia Civil e o Ministério Público estadual ensejou um conjunto de falhas na investigação criminal que arrisca comprometer o resultado final da persecução penal, inclusive, de gerar a impunidade dos mandantes e executores do citado crime de homicídio".

Essas alterações constitucionais e jurisprudenciais são notáveis, pois permitem ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça a intensificação da luta pela universalização dos direitos humanos, pois a edição e evolução de tratados internacionais versando sobre esse objeto, bem como a previsão constitucional de novos instrumentos protetivos de sua real efetividade reforçaram a ideia básica da constitucionalização dos direitos humanos fundamentais, qual seja, a garantia de concretização de sua eficácia, a partir da qual qualquer indivíduo poderá exigir sua ampla e efetiva tutela, sem qualquer possibilidade de discriminação.

31 CONFLITO ENTRE AS FONTES DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Os direitos humanos fundamentais apresentam-se a partir de diversas fontes, com diferentes hierarquias, seja em âmbito internacional, seja em âmbito interno. Algumas têm caráter obrigatório, enquanto outras não. Além disso, segundo o próprio conteúdo, algumas são genéricas e outras específicas.

Essa variedade acaba por vezes gerando dificuldades interpretativas na análise da aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais em vários níveis: confronto entre fontes internacionais; confronto entre fontes internacionais e fontes nacionais e confronto entre fontes nacionais.

O conflito entre fontes internacionais, em face da existência de múltiplos tratados e atos internacionais bilaterais ou mesmo plurilaterais

celebrados entre os diversos Estados, surge a partir da ocorrência de tratamentos normativos diversos ao mesmo assunto.

Para solucionar a questão, primeiramente, devemos fazer a distinção entre compromissos internacionais e meras recomendações, pois os primeiros, desde que devidamente incorporados ao ordenamento jurídico interno, vinculam; enquanto as segundas, são meras pautas de orientação. Dessa forma, aqueles preferem a estas. Se, porém, o conflito se der entre compromissos internacionais, devidamente incorporados pelo ordenamento jurídico local, será preciso interpretar-se o sentido preciso das diversas normas existentes em diferentes documentos, ou mesmo eliminar-se o conflito por negociação entre os Estados ou ainda por conciliação arbitral, que deverão aplicar algumas regras:

- Art. 103 da Carta das Nações Unidas: em caso de conflito entre as obrigações contraídas pelos membros das Nações Unidas em virtude da presente Carta e suas obrigações contraídas em virtude de qualquer outro convênio internacional prevalecerão as obrigações impostas na presente Carta;
- art. 30 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23-05-1969, que regula a aplicação de tratados sucessivos dirigidos à mesma matéria, aponta algumas regras:
    1. conflito entre obrigações contraídas com base na Declaração das Nações Unidas prevalece em relação a outros tratados internacionais;
    2. quando um tratado especificar sua própria subordinação a outro anterior ou posterior, esses prevalecerão;
    3. quando todas as partes de um ato ou tratado internacional forem também partes de um ato ou tratado posterior, esse terá validade. Ressalte-se, porém, que em relação ao anterior

permanecerão as normas compatíveis com o posterior ato/tratado;

4. na hipótese das partes contraentes não serem exatamente as mesmas do ato ou tratado internacional anterior, devem ser aplicadas duas regras:
   - 4.a) as relações dos Estados-Partes em ambos os atos ou tratados seguirão o definido no item anterior;
   - 4.b) as relações entre um Estado que somente seja parte no ato ou tratado internacional posterior e outro que seja parte de ambos os compromissos serão regidas pelas normas previstas naquele em que ambos sejam partes.

O conflito entre fontes internacionais e fontes nacionais deverá ser resolvido pelo Direito Constitucional de cada um dos países, em virtude do princípio da soberania estatal.

Assim, há países em que os tratados não produzem efeitos internos; enquanto em outros há a produção desses efeitos, sejam como normas de hierarquia constitucional, sejam como normas de hierarquia infraconstitucional, dependendo de cada ordenamento jurídico. Como já analisado no item anterior, no Brasil os atos e tratados internacionais devidamente incorporados em nosso ordenamento jurídico ingressam com a mesma hierarquia normativa que as leis ordinárias, sendo que eventuais conflitos entre essas normas devem ser resolvidos pelo critério cronológico (norma posterior revoga norma anterior) ou pelo princípio da especialidade.[575]

Finalmente, existe a possibilidade de conflito entre fontes nacionais. Nesses casos deve-se analisar a reserva de competência de cada norma, bem como a hierarquia entre elas, ou ainda os princípios da especialidade e *lex posterior abrogat priorem*.

[1] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 16.

[2] Para ampla análise da história e Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, consultar: MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

[3] STF – Pleno – MS nº 22.164/SP – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39.206.

[4] *Princípios gerais de direito público.* 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p. 202.

[5] Conforme afirmou o Supremo Tribunal Federal, "Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a consagração constitucional de um típico direito de terceira geração" (*RTJ* 155/206).

[6] *Ação civil pública.* São Paulo: Atlas, 1997. p. 42.

[7] *Direitos humanos fundamentais.* São Paulo: Saraiva, 1995. p. 57.

[8] LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos.* São Paulo: Companhia da Letras, 1988. Apud discurso de posse do Ministro Celso de Mello como Presidente do Supremo Tribunal Federal.

[9] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 392.

[10] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito…* Op. cit. p. 541. No mesmo sentido: BARILE, Paolo. *Diritti dell'uomo e libertà fundamentali*. Bolonha: Il Molino. p. 13.

[11] STF – Pleno – RE 647885, Rel. Min. Edson Fachin, j. 27.04.2020.

[12] STF – 2ª T. – ArRg no RE com Ag 745.745/MG, Rel. Min. Celso de Mello, 2-12-2014.

[13] STF – 2ª T. – HC 172.136/KSP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 10-10-2020.

[14] A decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, envolvendo a liberdade de expressão, consagrou a eficácia jurídica dos direitos fundamentais em relação a normas de Direito Civil regentes de relação entre particulares.

[15] Voto proferido no RE 201.919.

[16] STF – ARE 1004745 – Rel. Min. Luiz Fux, j. 26-10-2016.

[17] STF – 2ª T. – RE 201819 – Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 11-10-2005. Conferir, ainda: STF – Pleno – RE 639138, Rel. Min. Gilmar Mendes, Red. p/Acórdão Min. Edson Fachin, j. 18-8-2020; STF – 1ª T. ARE

1008625 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17-3-2017; STF – Rcl 44376, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 3-11-2020.

[18] STF – Pleno – ADI 5475, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 20-4-2020; STF – Pleno – ADI 4069, Rel. Min. Edson Fachin, j. 8-9-2020; STF – Pleno – ADPF 747 MC-Ref, Rel. Min. Rosa Weber, j. 30-11-2020; STF – Pleno – ADI 5547, Rel. Min. Edson Fachin, j. 22-9-2020.

[19] *O princípio da proibição de retrocesso ambiental.* Brasília-DF. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle do Senado Federal. p. 62. Trata-se de excelente estudo onde vários juristas-ambientalistas nacionais e internacionais apontam tratar-se a proibição de retrocesso ambiental de princípio implícito de nossa Constituição Federal. Cf., também: SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (socio) ambiental*. p. 212.

[20] *RT*-STF 709/418; STJ – 6ª T. RHC nº 2.777-0/RJ – Rel. Min. Pedro Acioli – *Ementário*, 08/721.

[21] *Derecho constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 123.

[22] ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 89-90.

[23] DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 80.

[24] ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 68.

[25] DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36-37.

[26] ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica.* Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 212.

[27] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...* Op. cit. p. 520.

[28] MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional.* 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 88-89.

[29] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito*... Op. cit. p. 522.

[30] Conforme decidiu o STF: “os estrangeiros residentes no País são beneficiários da assistência social prevista no art. 203, V, da Constituição Federal, uma vez atendidos os requisitos constitucionais e legais” (STF – Pleno – RE 587970/SP – Rel. Min. Marco Aurélio – julgado em 19 e 20-4-2017).

[31] STF – HC 103311/PR – Rel. Min. Luiz Fux, decisão: 7-6-2011; STF – 2ª T. – HC 94477/PR – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 6-9-2011; STF – 2ª T. – HC 102042 ED/SP – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 15-2-2011.

[32] *RTJ* 3/566.

[33] STF – HC nº 74.051-3 – Rel. Min. Marco Aurélio, *Informativo STF* nº 45; STF – Pleno – Extr. 1.021-2/República Francesa – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 6-3-2007 e *Informativo STF* nº 458; STF – 2ª T. – HC nº 94.016/SP – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 16-9-2008. No Superior Tribunal de Justiça, conferir: STJ – 5ª T. – HC 219.017-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 15-3-2012.

[34] *RF* 192/122; *RT* 312/36; *RDA* 39/326.

[35] STJ – Terceira Turma – Resp 959564/SP – Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, decisão: 24-5-2011.

[36] STF – Pleno – ACO 3113, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 13-10-2020. Conferir, ainda: STF – Pleno – ACO 3121, Rel. Min. Rosa Weber, j. 27-10-2020.

[37] *RF* 226/81. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, reconhece o direito a pleno acesso à Justiça gratuita às pessoas jurídicas (STF – Pleno – Reclamação (AgR-ED) nº 1.905/SP – Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 15-8-02. *Informativo STF* nº 277). Conferir, ainda: STF – 1ª T. – AI 513.817-1/SP – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 12 fev. 2007, p. 25; STF – RE 192715/SP – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 9-2-2007 – *Informativo STF* nº 455, Seção I, p. 2.

[38] EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, PIZZOLO, Calogero. *Habeas data*: el derecho a la intimidad frente a la revolución informática. Buenos Aires: Depalma, 1996. p. 93.

[39] Lei Fundamental alemã, promulgada em 23-5-1949. Art. 19-3.

[40] Anote-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), em seu art. 7º, afirma que “a criança e o adolescente têm a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”. E o art. 8º: “É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde”.

[41] Acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça, relatado pelo Desembargador Renan Lotufo, in *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 04, p. 299-302.

[42] MATTOS, Thereza Baptista. *A proteção do nascituro*. *RDC* 52/34.

[43] *RJTJRS* 104/418. “EMENTA: Ao nascituro assiste, no plano do Direito Processual, capacidade para ser parte, como autor ou como réu. Representando o nascituro, pode a mãe propor a ação investigatória, e o nascimento com vida investe o infante da titularidade da pretensão de direito material, até então apenas uma expectativa resguardada.”

[44] BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 41.

[45] A 1ª Turma, por maioria, excluiu da tipicidade do crime de aborto a “interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre” (STF – 1ª T. – HC 124.306/RJ – Rel. orig. Min. Marco Aurélio, Red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgamento: 29-11-2016.

[46] STF – Pleno – ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 11 e 12-4-2012, *Informativo STF* nº 661.

[47] Sobre o princípio da igualdade no direito tributário, ver MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direito constitucional interpretado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 154-172.

[48] COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Público*: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 59.

[49] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Princípio da isonomia: desequiparações proibidas e permitidas. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 1, p. 79.

[50] STF – Pleno – MI nº 58/DF – Rel. p/Acórdão Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 abr. 1991, p. 4.580.

[51] DANTAS, F. C. San Tiago. Igualdade perante a lei e *due process of law*: contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo. *Revista Forense*, v. 116, p. 357-367, Rio de Janeiro, 1948.

[52] BIANCHINI, Alice. A igualdade formal e material. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 5, nº 17, p. 202, out./dez. 1996; CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O princípio da isonomia e as classificações legislativas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 16, nº 64, p. 89, out./dez. 1979; CUNHA, Elke Mendes; FRISONI, Vera Bolcioni. Igualdade: extensão constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, nº 16, p. 248, jul./set. 1996; GOMES, Joaquim B. Barbosa. Discriminação racial

e princípio constitucional da igualdade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 36, nº 142, p. 307, abr./jun. 1999; MELO, Mônica de. O princípio da igualdade à luz das ações afirmativas: o enfoque da discriminação positiva. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, nº 25, p. 79, out./dez. 1998.; PIOVESAN, Flávia; PIOVESAN, Luciana; SATO, Priscila Kei. Implementação do direito à igualdade. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, nº 28, p. 82, jul./set. 1999; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 140.

[53] STF, 2ª T., RE 120.305-6, Rel. Min. Marco Aurélio, *DOU* 110, 9-6-1995, p. 17.236; STF – Pleno – ADI 3330/DF – Rel. Min. Ayres Britto, decisão: 3-5-2012; STF, RE 597285/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão: 9-5-2012 (os dois últimos referentes ao Princípio da Igualdade de constitucionalidade de políticas de ação afirmativa e reserva de vagas em universidades públicas).

[54] STF – Pleno – Rextr nº 141.864-8/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 23 mar. 1995, p. 6.721; STF – Pleno – Rextr nº 157.863-7/DF, Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 1 out. 1993 – *Ementário* nº 1.719-5; STF – Rextr. nº 148.065-3-RS, Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, 21 set. 1995, p. 30.415; STJ – RMS nº 1.086, 1ª T., Rel. Min. Garcia Vieira, *Diário da Justiça*, 9 mar. 1992 – *ST* 38/115.

[55] STF – Pleno – RMS nº 21.046, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. No mesmo sentido: *RTJ* 157/718; STF – Pleno – ADI nº 3774/CRR – medida cautelar – Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão: 26-10-2006. *Informativo STF* nº 446.

[56] CNJ – Plenário – PCA nº 347 – Rel. Cons. Ruth Carvalho, decisão: 28-11-2006.

[57] STF – Pleno – ADI 5329, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 15-12-2020.

[58] STF – Pleno – ADI 1946/DF – Rel. Min. Sydney Sanches, *Diário da Justiça*, Seção I, 16 maio 2003, p. 90.

[59] STF – 2ª T. – RE 528684/MS – Rel. Min. Gilmar Mendes – julgado em 3-9-2013.

[60] Pleno, RE 629053/SP, red. p/ac. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 10-10-2018. Tema 497/RG.

[61] STF, Pleno, RE 1058333/PR, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 23-11-2018.

[62] Pleno, ADI 5617/DF, rel. Min. Edson Fachin, julgado em 15.3.2018.

[63] STF – 1ª T. – HC 137888/MS – Rel. Min. Rosa Weber – julgado em 31-10-2017.

[64] STF, Pleno, ADI 6138/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, 23-3-2022.

[65] STF, 2ª T., RE 523737 AgR/MT, rel. Min. Ellen Gracie, julgamento, 22-6-2010; STF, 1ª T., RMS 28032/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Julgamento: 23-3-2010; STF, 2ª Turma, RE 120.305-6, Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 jun. 1995, p. 17.236.

[66] STF – Pleno – ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, decisão 4 e 5 de maio de 2011.

[67] STF – RE 477554/MG – Rel. Min. Celso de Mello, *DJe* 3-8-2011.

[68] STJ – 2ª Seção – Res 1085646/RS – Rel. Min. Nancy Andrighi, decisão: 11-5-2011.

[69] STJ – 4ª T. – Resp 1183378/RS – Rel. Min. Luis Felipe Salomão, decisão: 25-10-2011. Conferir, ainda: STJ – 3ª T. – Resp 633713/SP – Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), decisão: 16-12-2010.

[70] Conferir voto proferido na ADC 41/DF, julgamento em 8-6-2017.

[71] STF – Pleno – ADC 41/DF – Rel. Min. Roberto Barroso – julgada em 8-6-2017.

[72] STF – Pleno – ADPF/MC – Ref, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, SV de 25-9 a 2-10-2020.

[73] STF, Plenário, ADPF 634/DF, Rel. Min. Carmen Lúcia, 1º-12-2022. Conferir item 10.4 neste capítulo.

[74] A Lei nº 12.080, de 29-10-2009, instituiu o Dia da Legalidade no calendário oficial brasileiro, a ser comemorado, anualmente, no dia 25 de agosto.

[75] ARISTÓTELES. *Política*. 4. ed. [s.l.]: Laboulange, s.d. Livro III, Capítulo XI.

[76] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Princípio da legalidade na constituição espanhola. *Revista de Direito Público*, nº 86, p. 6.

[77] Cf. a esse respeito: CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos.* Coimbra: Almedina, p. 33-55.

[78] BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia:* uma defesa das regras do jogo. São Paulo: Paz e Terra Política, 1986. p. 158.

[79] SILVA, José Afonso. *Curso*... Op. cit. p. 368.

[80] José Afonso da Silva classifica essas hipóteses do *ponto de vista do vínculo imposto ao legislador* (*Curso...* Op. cit. p. 424).

[81] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 635.

[82] Como salientado por Nuno Piçarra, é essencial na separação dos poderes que se evite a excessiva delegação legislativa ao órgão executivo (Cf. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1989. p. 71).

[83] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...* Op. cit. p. 635.

[84] STF – AgR nº 2.950/RJ – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 fev. 2007, p. 16; STF – Pleno – ADI nº 2.564/DF – Rel. Min. Ellen Gracie, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 fev. 2004, p. 21.

[85] STF – Pleno – ADC nº 12/DF – medida cautelar, Rel. Min. Carlos Britto, decisão: 16-2-2006.

[86] Lei nº 8.072/90.

[87] STF – Pleno – HC nº 70.389-5/SP, Rel. Min. Celso de Mello; j. 23-7-94, v. u. "EMENTA: Tortura contra criança ou adolescente – Existência jurídica desse crime no Direito Penal Positivo brasileiro – Necessidade de sua repressão – Convenções internacionais subscritas pelo Brasil – Previsão Típica constante do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90, art. 233) – Confirmação da constitucionalidade dessa norma de tipificação penal – Delito imputado a policiais militares – Infração penal que não se qualifica como crime militar – Competência da Justiça comum do Estado-membro – Pedido deferido em parte." Nesse sentido também: HC 74.332-RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, 24 set. 96 – *Informativo STF* nº 47.

[88] Cf. MALHEIROS, Sylvia Helena Steiner. Princípio da reserva legal e o crime de tortura na legislação brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 13, p. 163, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

[89] STF – Pleno – ADPF 153/DF – Rel. Min. Eros Grau, *DJe*-145, de 5 agosto 2010. Conferir na análise dos votos o excelente estudo histórico das condições políticas e jurídicas do momento de transição democrática brasileira.

[90] GEORGE WILLIAMS. Engineers is Dead, Long Live the Engineers in *Constitutional Law.* Second Series. Ian D. Loveland: 2000, Capítulo 15; RONALD DWORKIN, *O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana.* São Paulo: Martins Fontes, 2006; HARRY KALVEN JR. *The New York Times Case: A note on the central meaning of the first amendment in Constitutional Law. Second Series*. Ian D. Loveland, 2000, capítulo 14.

[91] Tribunal Constitucional Espanhol: S. 47/02, de 25 de febrero, FJ 3; S. 126/03, de 30 de junio, FJ 3; S. 20/02, de 28 de enero, FFJJ 5 y 6.

[92] *The New York Times Case: A note on the central meaning of the first amendment in Constitutional Law.* Second Series. Ian D. Loveland: 2000, capítulo 14, p. 429.

[93] RONALD DWORKIN. *O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana.* São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 319; HARRY KALVEN JR *The New York Times Case: A note on the central meaning of the first amendment in Constitutional Law*. Second Series. Ian D. Loveland: 2000*,* capítulo 14, p. 429.

[94] *O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana.* São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 326.

[95] O direito da liberdade. *A leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 324.

[96] Cf. HARRY KALVEN JR. *The New York Times Case: A note on the central meaning of the first amendment in Constitutional Law.* Second Series. Ian D. Loveland: 2000, capítulo 14, p. 435.

[97] ECHR, Caso Alves da Silva v. Portugal, Queixa 41.665/2007, j. 20-10-2009.

[98] *Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social.* Editora Coimbra, 2002, p. 80-81.

[99] ECHR, Caso Alves da Silva v. Portugal, Queixa 41.665/2007, j. 20-10-2009.

[100] STF, Pleno, AP 1044, Rel. Min. Alexandre de Moraes.

[101] *RF* 176/147.

[102] Em garantia da liberdade de informação, o Supremo Tribunal Federal declarou concentradamente a não recepção da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67). Conferir: STF – Pleno – ADPF 130/DF, rel. Min. Carlos Britto, 30.4.2009, *Informativo STF* nº 544.

[103] FERREIRA, Pinto. *Comentários*... Op. cit. v. 1, p. 68.

[104] Conferir ADPF 187/DF, Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 15-6-2011. No mesmo sentido: STF – Pleno – ADI 427/DF – Rel. Min. Ayres Britto, decisão: 23-11-2011. Conferir, ainda: STF – Pleno – AC 2965/MC – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 25-11-2010.

[105] STF – Pleno – CC 7204/ MG, Rel. Min. Carlos Britto, decisão: 29-6-2005 – *Informativo STF* nº 394, p. 1.

[106] CF, art. 5º, VIII.

[107] MELLO FILHO, José Celso. *Constituição*... Op. cit. p. 440.

[108] Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional.* 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 366. t. IV. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada.* 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 245; MENDES, Antonio Carlos. *Introdução à teoria das inelegibilidades.* São Paulo: Malheiros, 1994. p. 89.

[109] Sobre a relação entre o Estado e a Igreja Católica, conferir FINOCCHIARO, Francesco. Il fenomeno religioso. I rapporti trà Stato e Chiesa cattolica. I culti non cattolici. *Manuale di diritto pubblico*. Bolonha: Il Molino, 1994. p. 943-964.

[110] *Princípios gerais de direito público.* 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p. 253.

[111] STF – Pleno – ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 11 e 12-4-2012, *Informativo STF* nº 661.

[112] Conferir: STF, ADI 5816/RO, Pleno, rel. Min. Alexandre de Moraes, Sessão Virtual de 25.10.2019 a 4.11.2019; ADI 5696/MG, Pleno, rel. Alexandre de Moraes, Sessão Virtual de 18 a 24/10/2019.

[113] STF – Pleno – ADI 5258/AM, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento virtual finalizado em 12-4-2021.

[114] STJ – 6ª T. – HC nº 1.498/RJ – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, *Diário da Justiça*, Seção I, 16 ago. 1993, p. 15.994.

[115] STF – 1ª T., RHC 134.682/BA, Rel. Min. Edson Fachin, julgamento: 29-11-2016.

[116] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito*... Op. cit. p. 503.

[117] BARILE, Paolo. Op. cit. p. 205.

[118] *RTJ* 51/344.

[119] STJ – *RT* 699/376.

[120] STF, Pleno, RE 494601/RS, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, j. em 28.3.2019.

[121] STF – Pleno – ADPF 811/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 8-4-2021.

[122] STF – Pleno – ARE 1267879/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 16 e 17-12-2020.

[123] STJ – 5ª T. – HC 175674/RJ – Rel. Min. Gilson Dipp, decisão: 10-5-2011.

[124] *RTJ* 100/329.

[125] Cf. nesse sentido: Alcino Pinto Falcão. *Comentários*... Op. cit. p. 181.

[126] STF – Pleno – ADI 4439/DF – Rel. orig. Min. Roberto Barroso, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes – julgada em 27-9-2017.

[127] Cf.: MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. Milão: Milano, 1958. 5. v. p. 643; NERY JR., Nelson, NERY, Rosa Maria Andrade. *Código*... Op. cit. p. 1.208.

[128] Conferir: Lei nº 8.159/91 (Política nacional de arquivos públicos e privados); Lei nº 9.507/97 (regula o direito de acesso à informação e disciplina o rito processual do *habeas data*).

[129] Conferir, em relação à possibilidade de indenização exclusivamente por danos morais: STF, 1ª T., AI 697873 AgR/SP, Rel. Min. Rosa Weber, julgamento: 26-11-2013; STF, Pleno, Rcl 16498 AgR/BA, Rel. Min. Teori Zavascki, julgamento: 24-10-2013; STF – 1ª T. – RExtr. nº 105.157/SP – Rel. Min. Octavio Gallotti, *Diário da Justiça*, Seção I, 18 out. 1983, p. 18.459.

[130] Súmula STJ nº 37 – "São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato" (cf. tb. *RSTJ* nºs 23/260, 27/268 e 289, 33/526, 542 e 599, 34/445, 50/305, 57/286; *JTJ* 146/253, 152/88; *RT* 586/210, 683/188, 700/213, 703/57).

[131] STJ – 4ª T. – REsp nº 8.768-0/SP. Reg. nº 910003774-5 – Rel. Min. Barros Monteiro – *Ementário STJ*, 05/122. No mesmo sentido: REsp nº 20.369-0 – RJ. Rel. Min. Nilson Novaes. 3ª T. Unânime. *DJ* 23 nov. 92 – *Ementário STJ*, 07/166; REsp nº 28.104-4 – SP. Rel. Min. Dias Trindade. 3ª T. Unânime. *DJ* 23 nov. 92 – *Ementário STJ*, 07/580.

[132] Como decidiu o Supremo Tribunal Federal, "não afronta o princípio da legalidade a reparação de lesões deformantes a título de dano moral (art. 1.538, § 1º, do Código Civil)" (2ª T. – RExtr. nº 116.447/DF – Rel. Min. Célio Borja – *RTJ* 141/611). No mesmo sentido: STJ – "A indenização relativa ao dano moral abrangerá a pertinente ao dano estético, ressalvadas eventuais repercussões econômicas. Juros – Ilícito extracontratual – Súmula 54" (3ª T. – REsp nº 41.492-0/RJ – Rel. Min. Eduardo Ribeiro – *Ementário STJ*, 10/157).

[133] STOCCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 444.

[134] FRANÇA, R. Limongi. Reparação do dano moral. *RT* 631/29.

[135] FRANÇA, R. Limongi. Reparação do dano moral. *RT* 631/29; MORAES, Walter. Se é viável indenização por dano moral a pessoa jurídica. *Repertório IOB*

de Jurisprudência nº 19/91, p. 415. Conferir nesse sentido Súmula nº 227 do Superior Tribunal de Justiça: "A pessoa jurídica pode sofrer dano moral".

[136] STF – Pleno – CC 7204/ MG, Rel. Min. Carlos Britto, decisão: 29-6-2005 – *Informativo STF* nº 394, p. 1.

[137] STF – 2ª T. – RExtr. nº 64.333/PR – Rel. Min. Aliomar Baleeiro, *Diário da Justiça*, Seção I, 27 dez. 1968.

[138] BIELSA, Rafael. *Compendio de derecho público*. Buenos Aires: Depalma, 1952. p. 150.

[139] STF, ADPF 183/DF, Pleno, rel. Min. Alexandre de Moraes, Sessão Virtual de 20.9.2019 a 26.9.2019.

[140] Conforme decidido pelo STF, que "a incitação ao ódio público contra quaisquer denominações religiosas e seus seguidores não está protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão" (STF, 2ª T, RHC 146303/RJ, red. p/ o ac. Min. Dias Toffoli, julgamento em 6.3.2018).

[141] STF – 1ª T. – Ag. Reg no AI 675276/RJ – Rel. Min. Celso de Mello.

[142] EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. *Tratado*... Op. cit. p. 523.

[143] STF – Pleno – ADPF 130, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 30-4-2009, Plenário, *DJE* de 6-11-2009.

[144] Pleno, ADI 4451/DF, rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 21 de junho de 2018.

[145] Pleno, ADPF 548 MC-Ref/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 31-10-2018.

[146] WILLIAMS, Georges. Engineers is Dead, Long Live the Engineers in *Constitutional Law*. Second Series. Ian D. Loveland: 2000, capítulo 15; DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana*. Martins Fontes: 2006; KALVEN JR., Harry. *The New York Times Case: A note on the central meaning of the first amendment in Constitutional Law*. Second Series. Ian D. Loveland: 2000, Capítulo 14.

[147] Tribunal Constitucional Espanhol: S. 47/02, de 25 de febrero, FJ 3; S126/03, de 30 de junio, FJ 3; S. 20/02, de 28 de enero, FFJJ 5 y 6.

[148] Conforme destaquei em voto proferido na ADPF 548 MC-Ref/DF.

[149] STF – Pleno – RE 1010606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 11-2-2021.

[150] Conferir em relação à intimidade e direito à imagem: STF – 2ª T. – HC nº 84.203/RS – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 19 outubro 2004. *Informativo STF* nº 366.

[151] STF, 1ª T., RE 662582 AgR/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento: 27-3-2012. No mesmo sentido, Súmula nº 227 do Superior Tribunal de Justiça: "A pessoa jurídica pode sofrer dano moral".

[152] Em relação ao direito à própria imagem, decidiu o STF que "Direito à proteção da própria imagem, diante da utilização de fotografia em anúncio com fim lucrativo, sem a devida autorização da pessoa correspondente. Indenização pelo uso indevido da imagem. Tutela jurídica resultante do alcance do direito positivo" (2ª T. – Rextr. nº 91328/SP – v. u. – Rel. Min. Djaci Falcão, *Diário da Justiça*, Seção I, 11 dez. 1981, p. 12.605). No mesmo sentido: STF – 1ª T. — Rextr. nº 95872/RJ – Rel. Min. Rafael Mayer, *Diário da Justiça*, Seção I, 1º out. 1982, p. 9.830.

[153] FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 35.

[154] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 128.

[155] Em relação à liberdade de imprensa e liberdade de expressão e à vida privada de autoridades públicas, conferir no Brasil o julgamento da ADPF nº 130/DF e na Suprema Corte Americana o caso *New York Times vs. Sullivan*. Na doutrina: DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, item II, 7 até 11, p. 261-416.

[156] Conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal: "Crime contra a honra e discussão político-eleitoral: limites de tolerância. As discussões políticas, particularmente as que se travam no calor de campanhas eleitorais renhidas, são inseparáveis da necessidade de emissão de juízos, necessariamente subjetivos, sobre qualidades e defeitos dos homens públicos nelas diretamente envolvidos, impondo critério de especial tolerância na sua valoração penal, de modo a não tolher a liberdade de crítica, que os deve proteger; *mas a tolerância há de ser menor, quando, ainda que situado no campo da vida pública ou da vida privada de relevância pública do militante político, o libelo do adversário ultrapassa a linha dos juízos desprimorosos para a imputação de fatos mais ou menos concretos, sobretudo, se invadem ou tengenciam a esfera da criminalidade*" (Pleno – Inquérito nº 503/RJ – questão de ordem – v. u. – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 26 mar. 1993, p. 5.001). No mesmo sentido: STF – Pleno – Inquérito nº 496/DF – *v. u*. – Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*,

Seção I, 12 nov. 1993, p. 24.022; STJ – 1ª Seção – CC nº 22/PR – Rel. Min. José de Jesus – *Ementário* nº 01/267.

157 A importância dessa histórica garantia de liberdade da Sociedade foi reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu *repercussão geral* para julgar recurso extraordinário que tratava da questão da ilicitude de prova produzida em busca e apreensão em residência sem mandado judicial (STF – Pleno – RE 603.616/RO), tendo afirmado o Ministro-relator Gilmar Mendes que, "no que concerne à questão de que a violação do domicílio, no período noturno, sem o correspondente mandado judicial de busca e apreensão, ensejaria a ilegalidade das provas colhidas, entendo que merece pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, pois transcende o direto subjetivo do recorrente).

158 STF – 2ª T. – HC nº 93.050-6/RJ – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 10-6-2008.

159 STF – 2ª T. – RHC nº 90.376-3/RJ – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 3-4-2007.

160 Serviço de Jurisprudência do STF, *Ementário* nº 1.804-11.

161 Conferir conceito de "casa" em caráter amplo (qualquer aposento ocupado mesmo sendo de habitação coletiva): STF – 2ª T. – RHC nº 90.376/RJ – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 3-4-2007 e *Informativo STF* nº 467 e escritórios profissionais (STF – 2ª T. – HC nº 82.788/RJ – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 jun. 2006, p. 43).

162 STF – 2ª T. – HC nº 82.788/RJ – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 jun. 2006, p. 43.

163 SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Direito penal*: parte especial. São Paulo: Atlas, 1999. p. 67.

164 STF – HC 106.566/SP – *DJe* 19-3-2015.

165 STJ, PExt no HC 109.778/RJ, Rel. Min. Celso Limongi (Desembargador convocado), 6ª T., *DJe* 24-8-2009); STJ, HC 149.250/SP, Rel. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado, *DJe* de 5 de setembro de 2011; TJ/SP, Revisão criminal nº 9015719-93.2005.8.26.0000, 3º Grupo de Direito Criminal, Rel. Des. Sérgio Ribas, julgamento: 15-9-2011; TJ/SP – HC 0418722-71.2010.8.26.0000, Rel. Des. Almeida Toledo, julgamento: 16-11-2010.

166 BARILE, PAOLO, *Diritti dell'uomo e libertá fondamentali*. Bolonha: Il Molino, 1984. p. 154.

[167] Sobre a inconstitucionalidade dos denominados “mandados de busca e apreensão domiciliar genéricos”, conferir: STF – Pleno – HC 95.009 – Rel. Min. Eros Grau, decisão: 6-11-2008.

[168] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 128.

[169] *RTJ*, 74/88 e 84/302.

[170] STF, 2ª T., HC 97567, Rel. Min. Ellen Gracie, DJE nº 91, divulgado em 20-5-2010.

[171] *RT*, 670/273; TJSP, *RT*, 688/293.

[172] STF – Pleno – Repercussão Geral – RE 603616/RO – Rel. Min. Gilmar Mendes – 4 e 5-11-2015 (RE-603616).

[173] FALCÃO, Alcino Pinto. *Comentários à constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990. p. 186. v. 1.

[174] MELLO FILHO, José Celso. *Constituição*... Op. cit. p. 442.

[175] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 398.

[176] Cf.: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Inviolabilidade do domicílio na constituição.* São Paulo: Malheiros, 1993. p. 114, onde são citados os seguintes julgados: *RT* 555/357; *JTACrim* 46/155, 70/216.

[177] O Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência constitucional da cláusula de reserva jurisdicional, afirmando: “As Comissões Parlamentares de Inquérito não podem determinar a busca e apreensão domiciliar, por se tratar de ato sujeito ao princípio constitucional da reserva de jurisdição, ou seja, ato cuja prática a CF atribui com exclusividade aos membros do Poder Judiciário” (STF – Pleno – MS nº 23.642/DF – Rel. Min. Néri da Silveira, decisão: 29-11-2000 – *Informativo STF* nº 212. Conferir transcrições nos *Informativos STF* nos 151, 162, 163).

[178] STF – 2ª T. – HC nº 82.788/RJ – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 jun. 2006, p. 43.

[179] Trecho do voto proferido como relator: STF – Pleno – MS nº 23.452-1/RJ – Rel. Min. Celso de Mello.

[180] STF, Ação Penal 307-3-DF, trecho de voto do Ministro Celso de Mello, Serviço de Jurisprudência do STF, *Ementário* nº 1.804-11, *DJU*, 13 out. 1995.

[181] Cf. STF – RE nº 460.880/RS – Rel. Min. Marco Aurélio, *Informativo STF*, nº 496.

[182] STF – Ação Penal nº 370-3-DF, Serviço de Jurisprudência do STF, *Ementário* nº 1.804-11 e *RTJ* 162/249-250.

[183] STF – 2ª T. – HC nº 82.788/RJ – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 jun. 2006, p. 43.

[184] STF – 2ª T. – HC nº 93.050/RJ – Rel. Min. Celso de Mello, *DJE*, 31-7-2008.

[185] STJ – Quinta Turma – HC 203.371/RJ – Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 3-5-2012.

[186] STF, 1ª Turma, HC nº 70.814-5/SP, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 24 jun. 1994, p. 16.650 – *RT* 709/418. STF – Carta Rogatória nº 7.323-2 – Rel. Min. Celso de Mello – Presidente. *Diário da Justiça*, Seção I, 11 jun. 1999, p. 40; *RTJ* 157/44. Cf. a respeito neste capítulo, item 23.1.

[187] STF – 1ª T., HC nº 70.814-5/SP, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 24 jun. 1994, p. 16.650 – *RT* 709/418.

[188] Entendeu nossa Corte Suprema não configurar decisão devidamente fundamentada aquela em que o Juiz não aponta fatos concretos que justifiquem sua real necessidade, optando, apenas por se "reportar aos argumentos deduzidos pelo Ministério Público" (STF – 2ª T. – HC 96056/PE – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 28-6-2011).

[189] STF – Pleno – Inq. 2.424 – Rel. Min. Cezar Peluso, decisão: 26-11-2008; STF – 1ª T. – HC 94.028 – Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão: 22-4-2009; STF – HC 103418/PE – Rel. Min. Dias Toffoli – *Informativo STF* nº 648; STF – 2ª T. – HC 96056/PE – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 28-6-2011. No Superior Tribunal de Justiça, conferir: STJ – 5ª T. – HC 104005/RJ – Rel. Min. Jorge Mussi, decisão: 8-11-2011.

[190] STJ – 5ª T. – HC nº 49.179/RS – Rel. Min. Laurita Vaz, *Diário da Justiça*, Seção I, 30 out. 2006, p. 341.

[191] Ressalte-se que o STF entendeu competente, para decretação de interceptações telefônicas, o juízo da vara central de inquéritos da justiça estadual (STF – 2ª T. – HC 126.536/ES – Rel. Min. Teori Zavascki, 1º-3-2016). STJ – 5ª T. – RHC nº 20.026/SP – Rel. Min. Félix Fischer, *Diário da Justiça*, Seção I, 26 fev. 2007, p. 616.

[192] STJ – 5ª T. – RHC nº 19.789/RS – Rel. Min. Gilson Dipp, *Diário da Justiça*, Seção I, 5 fev. 2007, p. 263.

[193] STF – Pleno – Extr. nº 1.021-2/República Francesa – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 6-3-2007 e *Informativo STF* nº 458.

[194] STF – 2ª T. – RE-ED nº 449.206/PR – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 25 nov. 2005, p. 33.

[195] Excepcionalmente, o Superior Tribunal de Justiça entendeu possível a determinação judicial para interceptação telefônica dada por Juiz da Vara de Família, pois, em tese, haveria a possibilidade de investigação de suposta prática da infração penal prevista no art. 237 do ECA (subtração de menor): STJ – 3ª T. – HC 203405/MS – Rel. Min. Sidnei Beneti, decisão: 28-6-2011.

[196] STF – Pleno – Quest. Ord. Em Inq. 2.725/SP – Rel. Min. Carlos Britto.

[197] Interceptação telefônica autorizada judicialmente e possibilidade de compartilhamento como prova emprestada (STF – 2ª T. – RHC 122.806/AM – Rel. Min. Cármen Lúcia, 18-11-2014).

[198] STF – MS nº 26.249/DF – medida cautelar – Rel. Min. Cezar Peluso, *Diário da Justiça*, Seção I, 14 mar. 2007, p. 32. Conferir, ainda: STF – Pleno – HC nº 91.207/RJ – medida cautelar – Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 6-6-2007; STF – Pleno – Inq. nº 2.424 QO/RJ – Rel. Min. Cezar Peluso, decisão: 25-4-2007. *Informativo STF* nº 464.

[199] STF, HC 69.912-0-RS, Plenário, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, maioria (10 × 1), j. 30-6-93, *DJU*, 26 nov. 1993, p. 25.531/2.

[200] Neste sentido, três acórdãos prolatados no período de dois meses antes da edição da citada lei que regulamentou a interceptação telefônica: HC 72.588-PB, Rel. Min. Maurício Corrêa, 12 jun. 96 – *Informativo STF*, Brasília, nº 35, 10 a 14 jun. 1996; HC 73351-SP – *habeas corpus*, Rel. Min. Ilmar Galvão, m. v., j. 9 maio 96, *Informativo STF* nº 30. No mesmo sentido: HC 73.461-SP, Rel. Min. Octavio Gallotti, 11 jun. 96. A transcrição das ementas encontra-se nos comentários sobre provas ilícitas.

[201] O STF declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 13 da Resolução 59/2008 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por invasão de competência processual do Congresso Nacional, pois determinava a impossibilidade de admissão de pedido de prorrogação de prazo de medida cautelar de interceptação de comunicação telefônica, telemática ou de informática durante o plantão judiciário, ressalvada a hipótese de risco iminente e grave à integridade ou à vida de terceiros. No tocante ao restante da Resolução 59/2008, a Corte declarou sua constitucionalidade, pois editada para disciplinar as obrigações que incumbem aos agentes do Poder Judiciário nas rotinas e trâmites cartoriais de pedidos de interceptação telefônica (Pleno, ADI 4145/DF, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 26.4.2018). A Corte também declarou constitucional a

Resolução 36/2009 do CNMP, que regulamentou questões administrativas e disciplinares relacionadas ao procedimento de interceptação telefônica no âmbito do Ministério Público (Pleno, ADI 4263/DF, rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 25.4.2018).

202 Supremo Tribunal Federal negou medida liminar em sede de ação direta de inconstitucionalidade proposta em face do art. 1º da Lei nº 9.296/96, que instituiu a possibilidade de interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática (STF – Pleno – Adin nº 1.488-9/DF – medida liminar – Rel. Min. Néri da Silveira, *Diário da Justiça*, Seção I, 26 nov. 1999. p. 63). Entendemos inexistir qualquer inconstitucionalidade no citado artigo da lei (conforme salientado em MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 150-152). Nesse mesmo sentido: GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 171-176; STREK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 42; JESUS, Damásio E. *Interceptação de comunicações telefônicas*: notas à Lei nº 9.296, de 24-7-1996. *RT* 735/458.

203 STF – 2ª T. – HC nº 74.116/SP – Rel. Min. Néri da Silveira, *Diário da Justiça,* Seção I, 14 mar. 1997, p. 06.903. "É ilícita a prova induzida mediante escuta telefônica autorizada por magistrado, *antes do advento da Lei nº 9.296, de 24-7-96*, que regulamentou o art. 5º, inc. XII, da Constituição Federal; são igualmente ilícitas, por contaminação, as dela decorrentes: aplicação da doutrina norte-americana dos *frutos da árvore venenosa*." No mesmo sentido: STF – 2ª T. – HC nº 73.250-0/SP – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 17 out. 1997, p. 52.490.

204 STF – 1ª T. – HC 99646/RJ – Rel. Min. Marco Aurélio, *DJe*-055, 25 março de 2010. Conferir a necessidade de comprovação de todos os requisitos legais: STF – 2ª T. – HC 85360/SP – Rel. p/Acórdão Min. Eros Grau, DJe-176, 17-9-2009.

205 STF – 2ª T. – HC 103236/ES – Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe*-164, 2-9-2010. Nesse mesmo sentido, conferir: STJ – 5ª T. – Resp 1134455/RS – Rel. Min. Gilson Dipp, decisão: 22-2-2011.

206 STF – 2ª T. – HC nº 105.527/DF – Rel. Min. Ellen Gracie, *DJe* de 13-5-11; STF – 1ª T. – HC 94.028 – Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão: 22-4-2009; STF – Pleno – Inq. 2.424 – Rel. Min. Cezar Peluso, decisão: 26-11-2008.

207 STJ – 6ª T. – HC 130.054-PE, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 7-2-2012.

[208] FERNANDES, Antonio Scarance. Interceptações telefônicas: aspectos processuais da lei. *Boletim IBCCRIM*, nº 45, p. 15, São Paulo, ago. 1996.

[209] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A violação do princípio da proporcionalidade pela Lei nº 9.296/96. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, nº 45, p. 14. São Paulo, ago. 1996.

[210] Conforme decidiu o STF, a "autorização para interceptação telefônica abrange a participação de qualquer interlocutor nos fatos objeto da apuração, não havendo, portanto, limitação subjetiva quanto à utilização da prova obtida mediante tal procedimento" (STF – MS nº 24.464/DF – Rel. Min. Ellen Gracie, *Diário da Justiça*, Seção I, 5 mar. 2003, p. 27).

[211] Nesse mesmo sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal que: "a interceptação teria sido realizada de forma legal e legítima para apuração de crimes puníveis com reclusão. Dessa forma, os elementos probatórios levantados a partir desse procedimento em relação a outros crimes conexos puníveis com detenção poderiam e deveriam ser levados em consideração para fundamentar denúncia quanto a estes, sob pena de se inviabilizar a interceptação telefônica para a investigação de crimes apenados com reclusão quando estes forem conexos com crimes punidos com detenção" (STF – Pleno – HC nº 83515/RS – Rel. Min. Nelson Jobim, *Informativo STF* nº 361, p. 2).

[212] STF – 1ª T. – HC nº 128102/SP – Rel. Min. Marco Aurélio – 9-12-2015 (HC 128102).

[213] STF – Pleno – HC nº 83515/RS – Rel. Min. Nelson Jobim, *Informativo STF* nº 365; STF – 2ª T. – HC nº 84.388/SP – Rel. Min. Joaquim Barbosa – *Informativo STF* nº 367, p. 4.

[214] STJ – 5ª T. – RHC nº 19.789/RS – Rel. Min. Gilson Dipp, *Diário da Justiça*, Seção I, 5 fev. 2007, p. 263; STJ – 6ª T. – HC nº 50.365/SP – Rel. Min. Hamilton Carvalhido, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 mar. 2007, p. 395; STJ – 6ª T. – HC nº 49.682/SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa; STJ – 6ª T. – HC nº 34.008/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *Diário da Justiça*, Seção I, 25 abr. 2004; STJ – 5ª T. – HC nº 60.776/RJ – Rel. Min. Laurita Vaz, *Diário da Justiça*, Seção I, 12 mar. 2007, p. 278; STJ – 6ª T. – HC nº 50.319/SP, Rel. Min. Felix Fischer, *Diário da Justiça*, Seção I, 1º ago. 2006; STJ – 6ª T. – HC nº 34.008/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *Diário da Justiça*, Seção I, 25 abr. 2004.

[215] Sobre o termo inicial para a interceptação telefônica, conferir: STJ – 6ª T. – HC 113.477-DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 20-3-2012.

[216] Nesse sentido, não admitindo renovações sucessivas, mas tão somente uma única renovação, decidiu a 6ª Turma do STJ: “Foi por meio da Lei nº 9.296, de 1996, que o legislador regulamentou o texto constitucional; é explícito o texto infraconstitucional – e bem explícito – em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de quinze dias; segundo, quanto à renovação – “renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”. Inexistindo, na Lei nº 9.296/96, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las. (...) Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse, com efeito, o prazo de lei (Lei nº 9.296/96, art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º), ou razoável prazo, desde que, é claro, na última hipótese, haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei nº 9.296/96, evidente violação do princípio da razoabilidade” (STJ – 6ª T. – HC nº 76686/PR – Rel. Min. Nilson Naves, *DJe* 10-11-2008).

[217] STF – HC 129.646-MC-RCON/SP – Rel. Ministro Celso de Mello – *DJe* 9-3-2017.

[218] Foi esse o entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal: STF – Pleno – HC nº 83515/RS – Rel. Min. Nelson Jobim, *Informativo STF* nº 361, p. 2; STF – 2ª T. – HC nº 84.301/SP – Rel. Min. Joaquim Barbosa, *Diário da Justiça*, Seção I, 24 mar. 2006, p. 167; STF – 2ª T. – HC nº 84.388/SP – Rel. Min. Joaquim Barbosa, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 maio 2006, p. 33. Igualmente, no Superior Tribunal de Justiça: STJ – 6ª T. – HC nº 50.193/ES – Rel. Min. Nilson Naves, *Diário da Justiça*, Seção I, 21 ago. 2006, p. 279; STJ – 5ª T. – HC nº 43.958/SP – Rel. Min. Laurita Vaz, *Diário da Justiça*, Seção I, 12 jun. 2006, p. 507; STJ – 5ª T. – HC nº 42220/SP – Rel. Min. Félix Fischer, *Diário da Justiça*, Seção I, 10 abr. 2006, p. 238.

[219] Cf. decisão do Supremo Tribunal Federal permitindo diversas renovações, desde que, razoáveis, necessárias e fundamentadas (STF – 1ª T. – HC 102.601/MS – Rel. Min. Dias Toffoli, decisão: 4-10-2011; STF – Pleno – Inq. 2424/RJ – Rel. Min. Cezar Peluso, decisão 19 e 20-11-2008); assim como o Superior Tribunal de Justiça: STJ – 6ª T. – HC 135771-PE – Rel. Min. Og Fernandes, decisão: 4-8-2011. No mesmo sentido, decidiu o STF que: “Não se revestem de ilicitude as escutas telefônicas autorizadas judicialmente, bem como suas prorrogações, ante a necessidade de investigação diferenciada e contínua, demonstradas a complexidade e a gravidade dos fatos” (STF – 2ª T. – HC 119.770/BA – Rel. Min. Gilmar Mendes, 8-4-2014).

[220] STF, Pleno, RE 625263, Red. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes, 17-3-2022.

[221] CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Lei nº 9.296/96 – Interceptação telefônica. *Boletim IBCCRIM*, nº 45, p. 14, São Paulo, ago. 1996.

[222] Conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, "Na linha do art. 6º, *caput*, da L. 9.296/96, a obrigação de cientificar o Ministério Público das diligências efetuadas é prioritariamente da polícia. O argumento da falta de ciência do MP é superado pelo fato de que a denúncia não sugere surpresa, novidade ou desconhecimento do procurador, mas sim envolvimento próximo com as investigações e conhecimento pleno das providências tomadas" (STF – Pleno – HC nº 83.515/RS – Rel. Min. Nelson Jobim, *Diário da Justiça*, Seção I, 4 mar. 2005, p. 11). Em sentido diverso, anteriormente, havia decidido a Procuradoria-Geral de Justiça, confirmando arquivamento de inquérito policial (CPP, art. 28) baseado em interceptação telefônica, entendeu que "o procedimento prescrito pela Lei nº 9.296/96, que prevê – de maneira cogente e impostergável – a ciência dos procedimentos de interceptação ao Ministério Público, uma vez descumprido, acarreta a invalidade da prova, por caracterizar omissão de formalidade que constitui elemento essencial do ato (CPP, art. 564, inc. IV)" (PGJ/SP – Protocolo nº 36.386/98 – art. 28 do CPP – I. P. nº 79/98 (Comarca de Bragança Paulista) – *JUSTITIA* – Órgão do Ministério Público do Estado de São Paulo – jan./dez. 1999 (nos 185/186/187/188).

[223] Conferir sobre procedimento: STF – Pleno – HC nº 83515/RS – Rel. Min. Nelson Jobim, *Informativo STF* nº 361, p. 2.

[224] STF – Pleno – Inq. 3.693/PA – Rel. Min. Cármen Lúcia, 10-4-2014.

[225] FERNANDES, Antonio Scarance. Op. cit. p. 16.

[226] Cf. MAILLO, Alfonso Serrano. Valor de las escuchas telefónicas como prueba en el sistema español. Nulidad de la prueba obtenida ilegalmente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 15, p. 13, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. Contra o sentido do texto: Roberto Delmanto e Roberto Delmanto Junior afirmam que "apesar da nova lei estar em aparente consonância com o art. 5º, XII, da CF/88, que permite a violação das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, parece-nos que a interceptação telefônica durante a instrução judicial colide com as garantias constitucionais da igualdade (art. 5º, *caput*), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), do direito à lealdade processual (*fair play*), abrangido pela garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV), e da própria inviolabilidade do exercício da

advocacia (art. 133), esta última no caso de interceptação de comunicação telefônica entre o acusado e seu defensor" (A permissão constitucional e a nova lei de interceptação telefônica. *Boletim IBCCrim*, nº 47, p. 2, out. 1996).

227 STF – 1ª T. – HC nº 90.232/AM – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 mar. 2007, p. 38; STF – HC nº 89.930/PR – Rel. Min. Carmen Lúcia, *Diário da Justiça*, Seção I, 13 nov. 2006, p. 75; STF – HC nº 88.190/RJ – MC – Rel. Min. Cezar Peluso, *Diário da Justiça*, Seção I, 3 ago. 2006, p. 29; STF – 1ª T. – HC nº 87.827/RJ – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 23 jun. 2006, p. 53; STF – HC nº 86.058/PR – MC – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 30 jun. 2005, p. 145; STF – HC nº 85.228/ES – MC – Rel. Min. Cezar Peluso, *Diário da Justiça*, Seção I, 10 fev. 2005, p. 1 e STF – 1ª T. – HC nº 82.354/PR – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 24 set. 2004, p. 42 e, também, no Superior Tribunal de Justiça: 5ª T. – HC nº 67.114/SP – Rel. Min. Félix Fischer, *Diário da Justiça*, Seção I, 26 fev. 2007, p. 627.

228 STF – Pleno – agravo regimental – HC nº 83966 – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 23.6.2004, *Informativo STF* nº 353, p. 1; STF – Pleno – Ext. nº 855/República do Chile – Rel. Min. Celso de Mello, *Informativo STF* nº 358, p. 2.

229 SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 188.

230 *RTJ*, 84/609. No mesmo sentido: *RTJ* 110/798, *RT* 603/178. In: NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 143.

231 STF, Ação Penal 307-3-DF, Plenário, Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, Seção I, 13 out. 1995, vencidos os Ministros Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira. Nesse mesmo sentido: RE 100.094-5, Rel. Min. Rafael Mayer, *RTJ* 110/798; HC 63.834-1, Rel. Min. Aldir Passarinho, *DJU*, 5 jun. 1987, p. 11.112; STF, *RTJ* 122/47.

232 STF, voto proferido na Ação Penal 307-3-DF, Serviço de jurisprudência do STF, *Ementário* nº 1.804-11. No mesmo sentido: STF – 1ª T. – HC nº 69.818-2 – SP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – v.u. – *Diário da Justiça*, 27 nov. 1992 – p. 22.302/3 e STJ – 6ª T. – RMS nº 5.352/60 – Rel. p/Acordão Min. Adhemar Maciel, *Diário da Justiça*, Seção I, 25 nov. 1996, p. 46.227; STJ – 4ª T. – Resp nº 2.194-01RJ – Rel. Min. Fontes de Alencar, *Diário da Justiça*, 1º jul. 1996.

233 STF – Pleno – RE 583937 – questão de ordem/RJ – Rel. Min. Cezar Peluso, *DJe*, 17-12-2009; STF – 2ª T. – AI 560223 AgR/SP – Rel. Min. Joaquim Barbosa,

decisão: 12-4-2011.

[234] STF – 1ª T. – HC nº 84.417/RJ – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 17 ago. 2004, p. 13; STF – Inq. nº 1.996/PR – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 25 jun. 2003, p. 70.

[235] STF – *RT* 692/370: "Gravação magnética de conversação mantida entre vítima e réu. Ilegalidade inexistente. Realização, ademais, com autorização judicial. *Habeas corpus* denegado"; STF – 1ª T. – HC nº 74.678-1/SP – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 15 ago. 1997 – *Ementário STF* nº 1.878-02.

[236] Conforme afirmou o Ministro Moreira Alves: "Penso que o sistema brasileiro é similar ao italiano, onde a tutela do sigilo das comunicações não abrange a gravação, descabe cogitar da exigência da interposição de qualquer outro provimento legislativo regulamentador" – voto-relator no HC nº 74.678-1/SP – *Ementário STF* nº 1.878-02.

[237] STF – 2ª T. – AI 560223 AgR/SP – Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão: 12-4-2011.

[238] TSE – Agravo de Instrumento nº 0000293-64.2016.6.16.0095, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 3.12.2021. No mesmo sentido: TSE – Resp 0000634-06.2016.6.13.0247, Rel. Min Alexandre de Moraes, j. 07-10-2021; TSE – Resp 0000385-19.2016.6.10.0092, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 21-10-2021.

[239] Admitindo essa hipótese em crimes apenados com detenção: STF – 2ª T. – AI 626214 AgR/MG – Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJe*-190, 8-10-2010; STF – 1ª T. – AI 761706 AgR/SP – Rel. Min. Carmen Lúcia, *DJe*-076, 29-4-2010; STF – 1ª T. – RMS 24.956 – Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, 18-11-2005.

[240] STJ – 5ª T. – RHC nº 19.789/RS – Rel. Min. Gilson Dipp, *Diário da Justiça*, Seção I, 5 fev. 2007, p. 263.

[241] STF – 1ª T – HC 129.678/SP – Rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes – julgado em 13-6-2017.

[242] STJ – Corte Especial – Apn nº 425/ES – Ação Penal – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *Diário da Justiça*, Seção I, 15 maio 2006, p. 141.

[243] STF – MS nº 24.464/DF – Rel. Min. Ellen Gracie, *Diário da Justiça*, Seção I, 5 mar. 2003, p. 27.

[244] STF – Pleno – Inq. 2.424 – QO – Rel. Min. Cezar Peluso, decisão: 20-6-2007; STF – Pleno – Pet. 3.683 – QO – Rel. Min. Cezar Peluso, decisão: 13-8-2008; STF – Pleno – Inq. 2424 – QO – Rel. Min. Cezar Peluso, decisão: 20-6-2007.

[245] STF – 1ª T. – HC nº 95.186 – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão: 26-5-2009.

[246] STF – Pleno – Inq. 2.725/SP – Rel. Min. Cezar Peluso.

[247] A Lei Complementar nº 105, de 10-1-2001, dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras. Essa lei complementar foi regulamentada pelo Decreto nº 3.724, de 10-1-2001, relativamente à aquisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas. Conferir a respeito: STF – 2ª T. – HC nº 87167/BA – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 29-8-2006 – *Informativo STF* nº 438.

[248] TSE – Pleno – Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral 7875839-60/DF – Rel. Min. Marcelo Ribeiro, decisão: 3-2-2011, onde se afirmou que: "O direito à privacidade – nele incluídos os sigilo fiscal e bancário – previstos no inciso X, do art. 5º da Constituição Federal deve ser preservado, mediante a observância do procedimento acima descrito (ordem judicial)". Conferir, ainda: TSE – Pleno – Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral 13166-43/BA – Rel. Min. Marcelo Ribeiro, *DJe* 23-2-2011.

[249] FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 1, 1992.

[250] STF, Pleno, ADI 6649/DF e ADPF 695/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, 15-9-2022.

[251] BASTOS, Celso. *Estudos e pareceres de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 63.

[252] Antigo Tribunal Federal de Recursos, AI nº 49.479/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, *Diário da Justiça*, 21 out. 1986, p. 14.442; AI nº 49.641/PR, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, *Diário da Justiça*, 2 out. 1986, p. 18.198.

[253] STJ – 3ª T. – Resp 1028315/BA – Rel. Min. Nancy Andrighi, decisão: 14-6-2011. Conferir, ainda: TSE – Pleno – Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral 7875839-60/DF – Rel. Min. Marcelo Ribeiro, decisão: 3-2-2011; Antigo Tribunal Federal de Recursos, AI nº 49.312/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, 29 maio 1986, p. 9.161; AI nº 59.766/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, 25 abr. 1989, p. 6.063.

[254] STF – 2ª T. – RExtr. nº 92.377-2/SP – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 1º jun. 1984, p. 8.729.

[255] STF – 2ª T. – HC nº 85.088/ES – Rel. Min. Ellen Gracie, *Diário da Justiça*, Seção I, 30 set. 2005, p. 50.

[256] STF – MS 27091/DF – Rel. Min Gilmar Mendes.

[257] STF – 2ª T. – HC 93.050-6/RJ – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 10-6-2008.

[258] VASCONCELOS, Vital Ramos. Proteção constitucional ao sigilo. *Revista FMU-Direito,* nº 6, p. 17.

[259] STJ, *Habeas Corpus* nº 2.019-7-RJ, 5ª T., Rel. Min. Flaquer Scartezzini, j. 13-4-94, *RSTJ* 60/119; STJ, REsp. nº 37.566-5-RS, 1ª T., Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 2-2-94, *DJU*, 28 mar. 1994, *RT* 710/184, 1994; TJSP, MS 21.933-0/1, Sessão Plenária, Rel. Des. Viseu Júnior, j. 22-3-95, *RT* 719/97, 1995; TJRS, AI 594.11906.7, 1ª Câmara, Rel. Des. Araken de Assis, j. 1-11-94, *RT* 716/261, 1995.

[260] Ressalte-se, que o Supremo Tribunal Federal entendeu possível, dentro do âmbito de suas competências estaduais, a determinação de quebra de sigilo bancário por CPI de Assembleia Legislativa Estadual: STF – Pleno – ACO nº 730/RJ - Rel. Min. Joaquim Barbosa, *Informativo STF* nº 362, p. 3.

[261] Ressalte-se, inclusive, que o STF negou ao BACEN a possibilidade de quebra de sigilo bancário sem autorização judicial, afirmando que o mesmo "confundira o poder de fiscalização com o de afastar sigilo de dados" (STF – 1ª T. – RE 461366/DF – Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 3-8-2007. *Informativo nº 474*).

[262] STF – Inq. nº 2.245 AgR/MG – Rel. Min. Joaquim Barbosa, Rel. p/ acórdão Min. Cármen Lúcia, decisão: 29-11-2006 – *Informativo STF* nº 450, Seção I, p. 1.

[263] STF – Inquérito nº 899-1 – Distrito Federal – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 23 set. 1994, p. 25.341.

[264] STF, Pleno, MS 25940, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 26.4.2018; STJ – 5ª T. – RMS 27180/RJ – Rel. Min. Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ), decisão: 19-5-2011.

[265] O Supremo Tribunal Federal indeferiu pedido de autoridade fiscal formulado em inquérito em que se apuravam fatos relacionados com o chamado "escândalo do orçamento", no sentido de que fosse autorizada a extração de cópia de documentos que chegaram aos autos em virtude de quebra do sigilo bancário do indiciado, e que poderiam ser úteis à fiscalização tributária (Inq. nº 923/DF – Rel. Min. Moreira Alves, decisão: 18-4-96. *Informativo STF*, Brasília, nº 27, 15 a 19 abr. 1996).

[266] STF – MS nº 2.172, 1ª T., Rel. Nelson Hungria, *Diário da Justiça*, 7 jun. 1954, p. 1.805; ; STJ – 3ª T. – HC 203405/MS – Rel. Min. Sidnei Beneti, decisão: 28-6-2011; Tribunal de Justiça de São Paulo, Agravo de Instrumento nº 203.152-1 – Jaú – Relator Des. Donaldo Armelin; Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível nº 258.031-2 – Jundiaí, 4ª Câmara Cível, Relator Des. Ribeiro Machado; 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, Agr. Inst. nº 566706, São José do Rio Preto, 9ª Câmara, Rel. Juiz Lobo Junior, *Diário da Justiça do Estado*, 10 maio 1994.

[267] STF – MS nº 21.729-4/DF, Rel. Min. Presidente Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, 13 ago. 1993. Em sentido contrário: STJ – 5ª T. – HC 160646/SP – Rel. Min. Jorge Mussi, decisão: 1-9-2011 (onde se exigiu autorização judicial) e TSE – Pleno – Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral 7875839-60/DF – Rel. Min. Marcelo Ribeiro, decisão: 3-2-2011e TSE – Pleno – Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral 13166-43/BA – Rel. Min. Marcelo Ribeiro, *DJe* 23-2-2011 (salvo a possibilidade da requisição de dados à Receita Federal que confirmem as doações feitas pela pessoa física ou jurídica à campanha eleitoral para verificação se obedecem ou não os limites legais).

[268] 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, Agr. Inst. nº 596655, 3ª Câmara, Rel. Juiz Aloísio Toledo; JTA-LEX 151/39.

[269] STF – Pleno – ADI 2.390/DF, 2.386, 2.397, 2.859 – Rel. Min. Dias Toffoli, 24-2-2016.

[270] STF – Repercussão Geral – RE 601.314/SP – Rel. Min. Edson Fachin, 24-2-2016.

[271] Tema 990 da Repercussão Geral. RE 1055941/SP, Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, j. 4.12.2019.

[272] STF – Inq. 2593 AgR/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 9-12-2010. Com essa decisão, o STF reafirmou sua posição histórica em defesa das liberdades públicas, analisando o mérito da questão e afastando qualquer possibilidade de interpretação equivocada, em sentido contrário que o julgamento da AC 33 MC/PR, Rel. p/Acórdão Min. Joaquim Barbosa, em 24-11-2010, pudesse induzir, pelo fato do Plenário ter negado referendo a medida cautelar em ação cautelar em que se objetivava a concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário admitido pela Corte, sob a fundamentação da inconstitucionalidade do dispositivo legal que autoriza a requisição e a utilização de informações bancárias pela Receita Federal. Nesse julgamento, a questão foi processual, diferentemente do

Inq. 2.593, onde se decidiu diretamente sobre a extensão da quebra do sigilo, proibindo-a.

[273] STF – 2ª T. – AI 573623/RJ – questão de ordem – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 31 out. 2006, *Informativo STF nº 447.*

[274] STJ – RMS nº 0002265/92-PB, 6ª T., *Diário da Justiça*, 12 abr. 1993, p. 6.084.

[275] Nesse sentido: STF – 2ª T. – HC nº 85.088/ES – Rel. Min. Ellen Gracie, *Diário da Justiça*, Seção I, 23 set. 2005, p. 50 e *RTJ* 195/978. **Conforme destacou a Ministra Ellen Gracie,** "o acesso às informações derivadas da quebra do sigilo bancário do paciente, que serviram de justa causa à ação penal ora em trâmite, foi logrado a partir do requerimento do Ministério Público Federal perante o Judiciário. Tal autorização foi baseada em indícios constantes de um dossiê remetido pela Receita Federal e não de procedimento administrativo tributário. Sem respaldo, portanto, a alegação do impetrante de que esse procedimento teria sido irregular". Conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça, "o sigilo bancário do contribuinte não pode ser quebrado com base em procedimento administrativo-fiscal, por implicar indevida intromissão na privacidade do cidadão, garantia esta expressamente amparada pela Constituição Federal – art. 5º, inciso X" (STJ – 1ª T. – Resp. nº 121.642/DF – Rel. Min. Demócrito Reinaldo, *Diário da Justiça*, Seção I, 22 set. 1997, p. 46.337). No mesmo sentido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Apelação Cível nº 263.121-2 – São José do Rio Preto – 15ª Câmara Civil – Rel. Des. Maurício Vidigal – 3-10-95 – v.u.

[276] STF – Pleno – MS nº 22.801/DF – Rel. Min. Menezes Direito, decisão: 17-12-2007.

[277] STF – Pleno – RE 389808/PR – Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 15-12-2010.

[278] Supremo Tribunal Federal, PET. 577. No mesmo sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que "*A ordem jurídica autoriza a quebra do sigilo bancário, em situações excepcionais. Implicando, entretanto, na restrição do direito à privacidade do cidadão, garantida pelo princípio constitucional, é imprescindível demonstrar a necessidade das informações solicitadas, com o estrito cumprimento das condições legais autorizadoras"* (STJ – 2ª T. – Resp. nº 124.272-0/RO – Rel. Min. Hélio Mosimann, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 fev. 1998).

[279] Supremo Tribunal Federal *habeas corpus* nºs 55.447 e 69.372; RE 136.239; STF – Tribunal Pleno, Agravo regimental em Inquérito nº 897, Rel. Ministro Francisco Rezek, *Diário da Justiça*, 24 mar. 1995, p. 6.806.

[280] STF – RExt nº 71.640/BA – 1ª T. – Rel. Min. Djaci Falcão, *Diário da Justiça*, 12 nov. 1971.

[281] STJ – Conflito de Competência nº 3923/92/MG, 1ª T., Rel. Min. Peçanha Martins, *Diário da Justiça*, 15 ago. 1994, p. 20.272.

[282] STF – Pleno – ADI 6529/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento virtual finalizado em 8-10-2021.

[283] STF – Reclamação nº 511-9; Rel. Min. Celso de Mello; j. 9-2-1995; v.u.; *DJU*, Seção I, 15 set. 1995, p. 29.506, ementa.

[284] STF – 1ª T. – HC 95485/AL – Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 24-5-2011.

[285] LC nº 75/93 – art. 8º, II, IV, VIII e § 2º: "Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: II – requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta; IV e V – requisitar informações e diligência investigatórias; VIII – ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública; § 2º Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido."

[286] Lei nº 8.625/93 – art. 80. Aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União.

[287] *Código de processo civil e legislação processual civil extravagante em vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 1.032.

[288] TRF – 2ª Região – 1ª T. – HC nº 96.02.98460-9/RJ, Rel. Des. Chalu Barbosa, *Diário da Justiça*, Seção II, 19 jun. 1997, p. 45.735.

[289] Conforme salientado pelo Superior Tribunal de Justiça, "É certo que a proteção ao sigilo bancário constitui espécie do direito à intimidade consagrado no art. 5º, X, da Constituição, direito esse que revela uma das garantias do indivíduo contra o arbítrio do Estado. Todavia, não consubstancia ele direito absoluto, cedendo passo quando presentes circunstâncias que denotem a existência de um interesse público superior. Sua relatividade, no entanto, deve guardar contornos na própria lei, sob pena de se abrir caminho para o descumprimento da garantia à intimidade constitucionalmente assegurada" (STJ – Corte Especial – AgReg no IP nº 187/DF – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – *Diário da Justiça*, Seção I, 16 set. 1996).

[290] STJ – 1ª T., Rec. Esp. nº 37.566-5-RS; Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 2-2-94; v.u.

[291] STF – MS nº 21.729-4/DF, Rel. Min. Presidente Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, 13 ago. 1993.

[292] STF – MS nº 21.729-4/DF, Rel. Ministro-Presidente Sepúlveda Pertence, impetrante: Banco do Brasil, impetrado: Procurador-Geral da República, *Diário da Justiça*, 16 out. 1995, p. 34.571 (acórdão ainda não publicado).

[293] *Informativo STF*, nº 8, 2 a 6 out. 1995, e *Informativo STF*, Brasília, nº 27, 15 a 19 abr. 1996. No mesmo sentido decisão da Justiça Federal, para quem o Pretório Excelso "outorgou ao Ministério Público o direito de pedir quebra do mesmo, quando o indicado ou réu estiver sendo acusado de apropriação de bens públicos" (TRF – 1ª Região – 4ª T.; Ap. em MS nº 92.01.20115-0-RO; Rel. Juíza Eliana Calmon; j. 18-12-1995; v.u.; ementa – AASP nº 1979 – 27-11 a 3-12-96, p. 95-e) e, ainda, "o artigo 8º, parágrafos 1º e 2º, da Lei Complementar nº 75/93, confere ao Ministério Público o acesso a informes bancários, atribuindo-lhe, porém, o dever legal de utilizar os dados obtidos, apenas, para os fins a que se destinam. Assim, não há que se falar em violação à intimidade e à vida privada, posto que, está resguardado o caráter sigiloso das informações, garantindo-se, inclusive, a responsabilização civil e penal, do órgão do Ministério Público, no caso de uso indevido das informações requeridas" (TRF – 2ª Região – 1ª T. – HC nº 96.02.984609/RJ, Rel. Des. Chalu Barbosa, *Diário da Justiça*, Seção II, 19 jun. 1997, p. 45.735).

[294] MS nº 21.729-DF, Rel. orig. Min. Marco Aurélio; Rel. p/ ac. Min. Francisco Rezek, 5-10-95. Conferir na íntegra: *RTJ* 179/225.

[295] MELLO FILHO, José Celso de. Investigação parlamentar estadual: as comissões especiais de inquérito. *Justitia – Revista do Ministério Público de São Paulo*, nº 121/150.

[296] STF – Pleno – MS nº 25890/DF – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 23-3-2006 – *Informativo STF* nº 420, Seção I, p. 2.

[297] STF – Pleno – ADI 1969/DF – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão: 28-6-2007. *Informativo STF* nº 473.

[298] BARILE, Paolo. Op. cit. p. 182-183.

[299] FALCÃO, Alcino Pinto. Op. cit. p. 121.

[300] Conferir ADPF 187/DF, Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 15-6-2011. No mesmo sentido: STF – Pleno – ADI 427/DF – Rel. Min. Ayres Britto, decisão: 23-

11-2011.

[301] *RT* 258/511.

[302] STF – Pleno – RE 806339/SE (Tema 855 RG) – Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Edson Fachin, julgamento virtual finalizado em 14-12-2020.

[303] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso*... Op. cit. p. 259.

[304] *RTJ* 107/331; *RT* 423/327.

[305] STF – 1ª T. – RE 432.106/RJ – Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 20-9-2011 (ao declarar inconstitucional a exigência de cobrança compulsória de associação de moradores que não se confunde com condomínio).

[306] STF, Pleno, RE 820823, Rel. Min. Dias Toffoli, 3-10-2022.

[307] *RDA* 141/76.

[308] MIRANDA, Jorge. Op. cit. p. 420.

[309] STF – ROMS nº 21.514-3, Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 jun. 1993, p. 12.111 e STJ – REsp. 9.867 – RJ – 4ª T. – Rel. Min. Athos Carneiro, *Diário da Justiça*, Seção I, 8 jun. 1992.

[310] Em sentido contrário, exigindo-se prévia autorização: STJ – MS 1.043 – DF – 1º S. – Rel. Min. Garcia Vieira, *DJU*, 9 mar. 1992; TRT 10ª R. – RO 1010/89 – Ac. 2ª T. – Rel. Juiz Sebastião Machado Filho – j. 14-8-90 – *DJU*, 6 set. 1990; ST 18/59; e TRT 10ª R. – RO 4461/89 – Ac. 1ª T. 2454/90 – Rel. Juiz Herácito Pena Jr. – *DJU*, 6 fev. 91.

[311] TJMT – MS 884 – TP – Relª Desª Shelma Lombardi de Kato – j. 10-8-89; *RT* 660/157.

[312] TJSP – MS 10.503-0 – TP – Rel. Des. Yussef Cahali – j. 18-4-89; *RT* 657/74.

[313] TJSP – Ap. 120.142-1 – 8ª C. – Rel. Des. José Osório – j. 28-3-90; *RT* 654/81.

[314] STF – Pleno – RE 573.232/SC – Rel. orig. Min. Ricardo Lewandowski, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 14-5-2014.

[315] NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 91.

[316] *RTJ* 99/790.

[317] STF – Pleno – ADI 1.074/ES – Rel. Min. Eros Grau, *Diário da Justiça*, Seção I, 25 maio 2007, p. 63.

[318] STF – 2ª T. – RREE 546.375/RJ e 546.385/RJ – Rel. Min. Cezar Peluso, *Diário da Justiça*, Seção I, 15 jun. 2007. Conferir, ainda: STF – Pleno – ADI nº 1.976/DF – Rel. Min. Joaquim Barbosa, *Diário da Justiça*, Seção I, 18 maio 2007, p. 64; STF – Pleno – RE nº 388.359/PE – Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 28-3-2007, *Informativos STF* nos 461 e 462; STF – 2ª T. – AC nº 1.566-9/MG – medida cautelar – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 23 fev. 2007, p. 41 e *Informativo STF* nº 456; STF – Pleno – AI nº 398.933 AgR/RJ e AI nº 408.914 AgR/RJ – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 28-3-2007.

[319] STF, Pleno, ADI 3995/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 13-12-2018.

[320] *RP* 60/224.

[321] NERY JR., Nelson. *Princípios*... Op. cit. p. 152.

[322] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito*... Op. cit. p. 653.

[323] FALCÃO, Alcino Pinto. Op. cit. p. 255.

[324] STF – Pleno – Mandado de Segurança nº 21.689-1 – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 7 abr. 1995, p. 18.871.

[325] STF – 2ª T. – Agravo Reg. em agravos de Instrumento n°s 209.954-1/SP e 210.048-0/SP – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 4 dez. 1998, p. 15.

[326] Conferir detalhado estudo sobre a “coisa julgada” no voto do Ministro Celso de Mello, no RE 649154/MG (*Informativo STF* nº 663). Conferir em relação ao crime de estelionato, segurança jurídica e respeito ao ato jurídico perfeito, a nova condição de procedibilidade trazida pela Lei nº 13.964/2019: STF – Pleno – 1ª T. – HC 187.341/SP – Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 13-10-2020.

[327] Conferir ampla discussão sobre a incidência ou não de direito adquirido sobre a incidência de correção monetária nas contas vinculadas ao FGTS pelo IPC de fevereiro/1991, relativo ao Plano Collor II (STF – Pleno – ARE 1288550/PR, rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento virtual finalizado em 13-12-2021).

[328] STF, AI 135.632-4, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 24 maio 1995, p. 14.753.

[329] BASTOS, Celso. *Dicionário de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 1994. p. 43.

[330] STF – RExtr nº 198.993-9/RS, Rel. Min. Néri da Silveira, *Diário da Justiça*, Seção I, *Diário da Justiça*, 22 ago. 1996, p. 29.102. No mesmo sentido: STF – Agravos Regimentais em Recursos Extraordinários n°s 193.569-4, 194.098-1,

198.294-3, 199.335-0, 199.370-8, 199.409-7, 199.636-7, julgados na sessão de 10-6-96 da Segunda Turma, de todos relator o Ministro Maurício Corrêa; nos Recursos Extraordinários nºs 193.789-1, 195.985-1, 198.985-8, 199.015-5, 199.185-2, 199.249-2, 201.017-1, julgados na sessão de 18-6-96 da Segunda Turma, de todos relator o Ministro Carlos Velloso; e no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 147.924-9, julgado na sessão de 27-9-94 da Primeira Turma, publicado no *DJU*, 2-6-95, Rel. Min. Ilmar Galvão.

331 BASTOS, Celso. *Dicionário*... Op. cit. p. 20.

332 Conferir destacado Voto-Vista do Ministro Luiz Fux, em que relativiza a coisa julgada em relação à ação de investigação de paternidade (STF – RE 363889/DF, Rel. Min. Dias Toffoli).

333 STF – Pleno – RE 1010819/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 26-5-2021.

334 DENNEWITZ, Boddo. *Kommentar zum Bonner Grundgesetz*: Bonner Kommeratar. Hamburgo: Joachin Hestmann, 1950. art. 101.

335 Em relação ao Princípio do Juiz Natural e a constitucionalidade de lei estadual de organização judiciária que criou órgão colegiado de juízes de 1º grau para processo e julgamento de infrações penais praticadas por organizações criminosas (5 Magistrados), em substituição ao juiz monocrático, conferir STF – Pleno – ADI 4414/AL – Rel. Min. Luiz Fux, decisão: 30 e 31-5-2012.

336 MELLO FILHO, José Celso. A tutela judicial da liberdade. *RT* 526/291.

337 Decisão – Urteil – do Primeiro Senado de 20 de março de 1956 – 1 BvR 479/55 – *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.* Coletânea Original: Jürgem Schawabe. Organização e introdução: Leonardo Martins. Konrad Adenauer – Stiffung – Programa Estado de Derecho para Sudamérica, p. 900-901.

338 STF – HC 69.412-8/RJ e HC 70.193-1/RS – ambos da 1ª Turma e relatados pelo Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 nov. 2006, p. 37; STJ – 6ª T. – HC 134742/SP – Rel. Min. Thereza de Assis Moura, decisão: 20-9-2011.

339 MIRANDA, Pontes. *Comentários*... Op. cit. p. 270.

340 STF – Pleno – ADPF 779 MC-Ref/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento virtual finalizado em 13-3-2021.

341 RAMOS, Margarita Denielle. *Estudos Feministas*, Florianópolis, 20(1): 344, janeiro-abril/2012.

342 *Histórias íntimas*. 2. ed. São Paulo: Planeta, 2014, p. 68.

[343] SANTOS, Cecília Macdowell. *Da delegacia da mulher à Lei Maria da Penha*: lutas feministas e políticas públicas sobre violência contra mulheres no Brasil. Oficina do CES n.º 301, 2008, p. 7 ss.

[344] STF – 1ª T. – HC nº 69.412-8/RJ – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 nov. 2006, p. 37; STF – 1ª T. – HC nº 70.193-1/RS – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 nov. 2006, p. 37. Conferir: STJ – 6ª T. – HC 134742/SP – Rel. Min. Thereza de Assis Moura, decisão 20-9-2011.

[345] STF, HC 71.617-2, 2ª T., Rel. Min. Francisco Rezek, *DJU*, Seção 1, 19 maio 1995, p. 13.995; STF, RE 176.726-0, 1ª T., Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJU*, Seção 1, 26 maio 1995, p. 15.165; STF – 1ª T. – HC 70.193-1/RS – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 nov. 2006, p. 37.

[346] STF – *RT* 510/461; STJ – Resp. nº 136.109/DF – Rel. Min. José Dantas, *Diário da Justiça,* Seção I, 3 nov. 1997, p. 56.357; *Ementário STJ*, 01/516; 11/685; 14/622; TJ/SP – *RT* 444/334.

[347] *RT* 548/330; 677/341. Contra esse entendimento, salienta Guilherme de Souza Nucci: “em que pese o fato de ser maciça a doutrina e a posição jurisprudencial em franco apoio à revisão criminal contra a soberana decisão condenatória do júri, os argumentos mencionados podem ser afastados um a um, desde que não prevaleça o critério emotivo, nem tampouco o preconceito e o temor que existem contra a instituição do júri. A magistratura togada deve ceder à vontade do constituinte e perceber que não é, efetivamente, a última instância para julgar casos de crimes dolosos contra a vida” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri*: princípios constitucionais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 113).

[348] Nesse sentido: BASTOS, Celso. *Comentários*... Op. cit. p. 208, e MIRANDA, Pontes. *Comentários*... Op. cit. p. 268, t. 5. Como salienta Guilherme de Souza Nucci, “eventualmente, sua competência poderá ser ampliada pela lei ordinária, o que parece muito pouco provável, embora continue a instituição em manifesta e permanente atividade, devendo ser, de fato, assimilada por todos, especialmente pelos tribunais togados” (*Júri*: princípios constitucionais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 175). Contra, porém, na égide da Constituição anterior: MELLO FILHO, José Celso. *Constituição...* Op. cit.

[349] Com a promulgação da Lei nº 9.299, de 1996, os crimes dolosos contra a vida praticados por militar contra civil passam a ser julgados pelo Tribunal do Júri, e não mais pela Justiça Militar. Como decidiu o Superior Tribunal de Justiça, essa regra é de aplicabilidade imediata, a teor do disposto do art. 2º do CPP (STJ – Recurso de *habeas corpus* nº 5.660/SP, Rel. Min. William Patterson, *Diário da*

Justiça, Seção I, 23 set. 1996, p. 35.156 – "EMENTA: COMPETÊNCIA. CRIME MILITAR. POLICIAL. APLICAÇÃO IMEDIATA DA LEI Nº 9.299, DE 1996 – Ao definir a competência da Justiça Comum para os crimes contra a vida, cometidos por militar contra civil, a Lei nº 9.299, de 1996, é de aplicação imediata, a teor do disposto no art. 2º do CPP."

[350] *RTJ* 33/590, HC 69.344-RJ, Rel. Min. Néri da Silveira.

[351] STF, Plenário, CJ nº 7.000-4 – PE, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJU*, 7 ago. 1992, p. 11.779.

[352] STJ, 5ª T., HC 2.259-9-MT, Rel. Min. Jesus Costa Lima, v.u., j. 2-2-94, *DJU*, 28 fev. 1994, p. 2.900.

[353] STF, HC 68.935-3-RJ, 1ª T., Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, Seção I, 25 out. 1991, RJ, 172/134; STF – HC 71654-7, 1ª T., Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, Seção I, 30 ago. 1996, p. 30.605, onde se afirma a competência do Tribunal de Justiça para o julgamento de crime praticado por Promotor de Justiça, no exercício do cargo, ainda que ocorrido antes do advento da nova Carta, tratando-se de foro especial, por prerrogativa de função, instituído pelo art. 96, III, da CF/88, norma que, não apenas por sua natureza constitucional e processual, mas também por contemplar, não o ocupante do cargo, mas a dignidade da função, é de aplicação imediata. No mesmo sentido: STF – 1ª T. – HC nº 73.112-1/MG – Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, Seção I, 31 maio 1996, p. 18.801. Neste mesmo sentido, decidindo pela competência do Tribunal de Justiça para o processo e julgamento de crime doloso contra a vida praticado por Promotor de Justiça, conferir Ementário STJ, 18/443.

[354] STF – 2ª T. – HC 70.581-AL, *RTJ* 150/832-3.

[355] STF – 2ª T. – HC 70.581-AL, *RTJ* 150/832-3; STF – Pleno – HC nº 69.325-3/GO – Rel. Min. Néri da Silveira – *DJU*, 4 dez. 1992, p. 23.058.

[356] STF – *RTJ* 102/54.

[357] STF – HC 65.132, *Diário da Justiça*, Seção I, 4 set. 1987, p. 18.286.

[358] Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal, afirmando que, "embora seja permitido à Constituição de Estado-membro instituir foro especial por prerrogativa de função (CF, art. 125, § 1º), ela não pode excluir a competência constitucional do Tribunal do Júri para o julgamento de crimes dolosos contra a vida (CF, art. 5º, XXXVIII, *d*), a não ser em relação aos agentes políticos correspondentes àqueles que a Constituição Federal outorga tal privilégio. Com esse fundamento, o Tribunal, em face de *habeas corpus* impetrado em favor de

procurador do Estado da Paraíba que fora condenado por crime de homicídio perante o Tribunal de Justiça estadual em virtude de privilégio de foro, deferiu o pedido para anular o acórdão condenatório e o processo penal em que ele foi proferido, *ab initio*, determinando a devolução dos autos da ação penal à comarca de origem, por entender inaplicável, aos crimes dolosos contra a vida atribuídos aos procuradores do Estado, a regra inscrita no art. 136, XII, da Constituição do Estado da Paraíba (STF – Pleno – HC nº 78.168/PB – Rel. Min. Néri da Silveira, decisão: 18-11-98 – *Informativo STF* nº 132). No mesmo sentido, em relação à impossibilidade de a Constituição estadual prever a competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida praticados pelos membros da Defensoria Pública: STF – Pleno – ADIn nº 469/DF – Rel. Min. Marco Aurélio, 5-4-2001 – *Informativo STF* nº 223, 2 a 13 abr. 2001, p. 2.

[359] STF – Pleno – HC 32.271/SP, Rel. Min. Luiz Gallotti, *DJ* de 24-9-1953.

[360] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1.487-1.488; HUNGRIA, Nelson *apud* ESPÍNOLA FILHO. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. Campinas: Bookseller, 2000. v. VI, p. 171-172; LIMA, Renato Brasileiro. *Código de Processo Penal comentado*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 1.450-1.451; NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 434; SILVA, Amauri. *O novo tribunal do júri*. Leme, SP: Mizuno, 2009. p. 52.

[361] ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 105.

[362] STF – Extradição 667-3-República italiana, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25-9-95, *DJU*, 29 set. 1995, p. 31.998-31.999.

[363] STF – Ext. 955/DF – Rel. Min. Celso de Mello – *Informativo STF* nº 374, p. 4, e *Diário da Justiça*, Seção I, 1º fev. 2005, p. 2. Conferir excelente estudo sobre "Extradição e respeito aos Direitos Humanos", no voto-vista do Ministro Gilmar Mendes: STF – Pleno – Ext 986/República da Bolívia – Rel. Min. Eros Grau. *Informativo STF* nº 476.

[364] STF – Pleno – HC 83113/DF – questão de ordem – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 29 ago. 2003, p. 20. Na hipótese de perda da nacionalidade brasileira originária decretada pelo Ministro da Justiça, o STF entendeu possível a extradição, uma vez que a extraditanda passou a ostentar a nova condição jurídica de estrangeiro (STF – 1ª T. – Ext. 1462/DF – Rel. Min. Roberto Barroso, 28-3-2017).

[365] STF – 2ª T. – Ext./ 1223 – República do Equador – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 22-11-2011 – *Informativo STF* nº 649.

[366] STF – 1ª T., Ext. 1.244/República Francesa – Rel. Min. Rosa Weber, 9-8-2016.

[367] Verificar importante discussão jurídica em obter *dictum*, no STF, sobre a possibilidade do brasileiro naturalizado poder ou não ser processado no Brasil, embora já condenado pela Justiça estrangeira, em face da garantia constitucional contra a dupla persecução penal fundada na mesma infração penal (Ext. 1223/República do Equador – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 22-11-2011).

[368] Conferir a respeito: BOHNENBERGER, Alan. *Expulsão de estrangeiros no Brasil*. Monografia de láurea acadêmica. Porto Alegre: UFRGS, 2002.

[369] STF, Ext 1578/DF, 1ª T, rel. Min. Edson Fachin, j. 6-8-2019; STF – Pleno – Ext. 1150/República Argentina – Rel. Min. Carmen Lúcia, decisão: 19-5-2011.

[370] BARILE, Paolo (Op. cit. p. 339) aponta-nos que, também na Itália, é vedada a extradição por crime político, excluído o genocídio e podendo ser excluídos os crimes de terrorismo.

[371] STF – 2ª T. – HC nº 73.452/RJ – Rel. Min. Maurício Corrêa, *Diário da Justiça*, Seção I, 27 jun. 1997, p. 30.226.

[372] STF – Pleno – Extradição nº 855-2, Rel. Min. Celso de Mello – *Informativo STF* nº 394, p. 4.

[373] STF – Pleno – questão de ordem – Ext. nº 934/República Oriental do Uruguai – Rel. Min. Eros Grau, *Informativo STF* nº 360, p. 2.

[374] Conferir pedido de extradição indeferido em virtude da ausência dos requisitos formais: STF – Pleno – Ext. nº 933/Reino da Espanha – Rel. Min. Eros Grau, decisão: 13-9-2006, *Informativo STF nº 440.*

[375] STF – Ext nº 1375 ED/DF – Rel. Min. Luiz Fux – 24-11-2015 (Ext-1375).

[376] STF – 1ª T. – Ext. 1.533 – Portugal – Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 12-3-2019; STF – 1ª T. – Ext. 1.486 – EUA – Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 15-8-2017; STF – 1ª T. – Ext. 1.548 – França – Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 19-3-2019.

[377] Em relação à *promessa de reciprocidade*, conferir: STF – 1ª T – Ext. nº 1206/República da Polônia – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão: 28-06-2011; STF – Pleno – Ext. nº 1.120 – República Federal da Alemanha – Rel. Min. Menezes Direito e STF – Pleno – Ext. nº 1.122/Estado de Israel – Rel. Min. Carlos Britto, decisão: 28-8-2009.

[378] STF – Ext nº 1.351/DF – Rel. Min. Luiz Fux; *RTJ* 97/1. No mesmo sentido, afirmou o STF que "Fundando-se o pedido em promessa de reciprocidade de tratamento para casos análogos, está assim atendido o requisito autorizativo da medida, previsto no art. 76 da Lei no 6.815/80, alterada pela Lei no 6.964/81" (*RTJ* 162/452).

[379] STF – Pleno – Extradição nº 759-Itália (Edcl) – Rel. Min. Moreira Alves, decisão: 9-12-99. *Informativo STF*, nº 174.

[380] Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal negou a extradição em virtude da promessa de reciprocidade feita pelo Governo alemão de incluir hipótese de brasileiro naturalizado, apesar de a Lei Fundamental alemã não permitir extradição de alemão naturalizado (STF – Pleno – Extr. nº 1010 – questão de ordem – República Federal Alemã – Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão: 24-5-2006, *Informativo STF* nº 428). No mesmo sentido: STF – Pleno – Ext. 1003 – Alemanha – Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão: 18-10-2006.

[381] STF – 2ª T. – Ext nº 1354/DF – Rel. orig. Min. Teori Zavascki – Red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes – 30-6-2015 (Ext-1354).

[382] STF – Pleno – Extradição nº 669/EUA – Rel. Min. Celso de Mello – *Diário da Justiça*, Seção I, 29 mar. 1996, p. 9.343. Conferir, ainda: STF – Pleno – Ext. 1150/República Argentina – Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão: 19-5-2011; STF – 1ª T. – Ext. nº 1206/República da Polônia – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão: 28-6-2011; STF – Ext 1196/Reino da Espanha – Rel. Min. Dias Tóffoli, decisão: 16-6-2011.

[383] *RTJ* 161/411 e 405.

[384] "Os fatos imputados à extraditanda correspondem, no direito pátrio, à infração administrativa prevista no artigo 251 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e não ao crime tipificado no artigo 249 do Código Penal. Precedente desta CORTE. A infração prevista no artigo 251 do ECA tem natureza jurídica administrativa. Por não constituírem crime, as infrações administrativas não podem ser consideradas para fins de extradição, conforme exige o requisito da dupla tipicidade, previsto no art. 82, II, da Lei 13.445/2017" (STF – 1ª T. – Ext. 1.535 – Dinamarca – Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 16-8-2019).

[385] STF – Pleno – Extradição nº 753-0 – Estados Unidos da América – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 26 nov. 1999, p. 83; STF – Pleno – Extradição nº 1029/República Portuguesa – Rel. Min. Cezar Peluso, decisão: 13-9-2006. *Informativo STF* nº 440.

[386] Em relação à impossibilidade de deferimento da extradição pelo reconhecimento de prescrição, mesmo em se tratando de imputação de crimes de lesa-humanidade, conferir: STF – Pleno, Ext 1.362/DF – Rel. Min. Edson Fachin, Red. p/ o ac. Min. Teori Zavascki, julgamento: 9-11-2016.

[387] STF – Pleno – Ext. 1140/República Italiana, Rel. Min. Gilmar Mendes, 21-10-2010; STF – Pleno – Ext. 1150/República Argentina – Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão: 19-5-2011; STF – Ext. 1196/Reino da Espanha – Rel. Min. Dias Tóffoli, decisão: 16-6-2011; STF – 1a T. – Ext. no 1206/República da Polônia – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão: 28-6-2011.

[388] STF – Pleno – Ext. 1150/República Argentina – Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão: 19-5-2011.

[389] *RTJ* 162/452. STF – Pleno – Extradição nº 753-0 – Estados Unidos da América – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 26 nov. 1999, p. 83.

[390] STF – Pleno – Ext. 1150/República Argentina – Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão: 19-5-2011; STF – Ext. 1196/Reino da Espanha – Rel. Min. Dias Toffoli, decisão: 16-6-2011. Os julgados também se referem a necessidade de comutar a pena de morte.

[391] STF – 1ª T. – Ext 1652/Governo do Chile, Rel. Min. Rosa Weber, j. 19-10-2021.

[392] STF, Ext. 1428/DF, 2ª T, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 7-5-19.

[393] STF, Extradição 667-3-República Italiana, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25-9-95, *DJU*, 29 set. 1995, p. 31.998-31.999.

[394] STF – "A Lei nº 6.815, de 19-8-1980, modificada pela Lei nº 6.964, de 9-12-1981, exige que o Pedido de Extradição seja apresentado por via diplomática, sendo da tradição brasileira e internacional, que se faça mediante Nota Verbal, que se reproduz em documento escrito autenticado, como no caso" (STF – Pleno – HC nº 72.998-3/SP – Rel. Min. Sydney Sanches, *Diário da Justiça*, Seção 1, 16 fev. 2001, p. 90).

[395] Artigo 81, § 1º, da Lei de Migração.

[396] *RTJ* 64/22; *RTJ* 99/1003.

[397] CF, art. 102, I, *g*, e RiSTF, art. 207.

[398] STF – Ext 1196/Reino da Espanha – Rel. Min. Dias Toffoli, decisão: 16-6-2011.

[399] STF – Pleno – Ext 974 QO/República Argentina, rel. Min. Marco Aurélio, 19.12.2008, *Informativo STF* nº 533 – prisão domiciliar em razão de grave doença

cardiovascular e necessidade de intervenção cirúrgica.

[400] STF – Prisão Preventiva para extradição nº 81-89, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 set. 1996, p. 30.995.

[401] Neste sentido: STF, Extradição nº 478, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, *RT* 638/335.

[402] STF, Extradição 667-3-República Italiana, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25-9-95, *DJU*, 29 set. 1995, p. 31.998-99.

[403] STF – Ext. 1.605 – Portugal, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 4-5-2020.

[404] Ac. un. do STF-Pleno-Ext 643-6-República da Áustria – Rel. Min. Francisco Rezek – j. 19-12-94 – Reqte.: Governo da Áustria; Extraditando: Wilhelm Papst – *DJU* – 1, 10 ago. 95, p. 23.554 – ementa oficial; STF – Pleno – Extr. nº 786-6/República Federal da Alemanha – Rel. Min. Nelson Jobim – *Diário da Justiça*, Seção 1, 4 maio 2001, p. 3.

[405] STF – 2ª T. – Ext. 1476/DF – Rel. Min. Celso de Mello – julgamento em 9-5-2017.

[406] STF, RF 221/275; STF – Pleno – Ext 1085/Governo da Itália – Rel. Min. Cezar Peluso, decisão: 19-11-2009. Ressalte-se, porém, que na Rcl 11243/República Italiana, Rel. orig. Min. Gilmar Mendes, red. p/Acórdão Min. Luiz Fux (decisão: 8-6-2011), os Ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie e Cezar Peluso ficaram vencidos, entendendo tratar-se de ato vinculado do Presidente da República.

[407] STF – Pleno – Adin nº 2.453-1/PR – Rel. Min. Maurício Corrêa, *Diário da Justiça*, Seção I, 24 ago. 2001, p. 42.

[408] Em relação à discussão sobre a necessidade de observância do art. 36, 1 (b) da Convenção de Viena (obrigatoriedade de informação à autoridade consultar competente sobre a prisão do extraditando) procedimento extradicional, conferir: STF – Pleno – Ext. 1126/República Federal da Alemanha – Rel. Min. Joaquim Barbosa, 22-10-2009. A Portaria 67, de 14/01/2017 do Ministério da Justiça dispõe sobre a notificação consular em caso de prisão de estrangeiro.

[409] Observe-se, porém, que na vigência do antigo Estatuto dos Estrangeiros, a prisão cautelar do extraditando revestia-se de eficácia temporal limitada, não podendo exceder ao prazo de 90 dias, ressalvada disposição convencional em contrário, eis que *a existência de Tratado, regulando a extradição, quando em conflito com a lei, sobre ela prevalece, porque contém normas específicas (*STF – *HC* 73.552-5/SP – Rel. Min. Celso de Mello – *Diário da Justiça*, Seção I, 14 fev. 1995, p. 2.730*); e*ntretanto, o STF admitia que "com a instauração do processo

extradicional, opera-se a novação do título jurídico legitimador da prisão do extraditando, descaracterizando-se, em consequência, eventual excesso de prazo, pois é da natureza da ação de extradição passiva a preservação da anterior custódia que tenha sido cautelarmente decretada contra o extraditando (STF – *HC* 73.552-5/SP – Rel. Min. Celso de Mello – *Diário da Justiça*, Seção I, 14 fev. 1995, p. 2.730. E, ainda, STF – Pleno – *HC* 71.402-RJ – Rel. Min. Celso de Mello, e *RTJ* 118/126).

[410] Ressalte-se que a Súmula nº 2/STF ("Concede-se liberdade vigiada ao extraditando que estiver preso por prazo superior a sessenta dias") já não prevalecia em nosso sistema de direito positivo desde a revogação, pelo Decreto-lei nº 941/69 (art. 95, § 1º), do art. 9º do Decreto-lei nº 394/38, sob cuja égide foi editada a formulação sumular em questão (STF – Ext. 332 – Rel. Min. Thompson Flores – *Diário da Justiça*, Seção I, 17 jun. 1975, p. 4.251 (ROSAS, Roberto. *Direito sumular*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 9).

[411] Excepcionalmente, porém, a Corte deferiu pedido de prisão domiciliar, em virtude de informação do extraditando sofrer de grave doença cardiovascular e que seria impostergável a intervenção cirúrgica, bem como, pela inexistência de condições indispensáveis para sua recuperação pós-operatória na carceragem (STF – Pleno – Ext 974 QO/República Argentina, rel. Min. Marco Aurélio, 19.12.2008, *Informativo STF* nº 533).

[412] STF – *Habeas Corpus* 73.552-5/SP, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 14 fev. 1995, p. 2.730.

[413] STF – 2ª T. – Ext. 1254 – QO/Romênia – Rel. Min. Ayres Britto, decisão: 6-9-2011; STF – Pleno – HC 91657/SP – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão 13-9-2007. *Informativo STF* nº 479.

[414] STF – Pleno – HC 91657/SP – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 13-9-2007. *Informativo STF* nº 479.

[415] STF – 2ª T. – Ext. 1254 – QO/Romênia – Rel. Min. Ayres Britto, decisão: 6-9-2011.

[416] STF – Pleno – Ext. 974 QO/República Argentina – Rel. Min. Marco Aurélio, decisão 19-12-2008. *Informativo STF* nº 533.

[417] Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal que "no sistema belga – ao qual filiada a lei extradicional brasileira, não afetada pelo Tratado com a Itália – o papel da autoridade judiciária do Estado requerido se limita a um juízo de legalidade extrínseca do pedido, sem penetrar no exame de mérito sobre a

procedência, à luz das provas, da acusação formulada no Estado requerente contra o extraditando: a rara e eventual deliberação acerca da substância da imputação faz-se na estrita necessidade de decisão de questões como a dúplice incriminação, da qualificação política do crime ou de prescrição, sempre, porém, a partir da versão dos fatos escolhidos, no Estado requerente, conforme a peça de acusação ou a decisão judicial que suportar o pedido" (STF – Pleno – Extradição nº 703-3 – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 20 fev. 1998, p. 14).

[418] STF – Pleno – Ext. 1.082 – República Oriental do Uruguai – Rel. Min. Celso de Mello.

[419] STF – Pleno – Extradição nº 669-0 – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 29 mar. 1996, p. 9.343.

[420] STF – Extradição nº 639-8; Rel. Min. Marco Aurélio, v.u.; *DJU*, Seção I, 15 set. 1995, p. 29.507.

[421] STF – Extradição nº 509-0, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 1º jun. 1990; STF – Pleno – Extradição nº 643/6 – República da Áustria, Rel. Min. Francisco Rezek, *Diário da Justiça*, Seção I, 10 ago. 1995, p. 23.554.

[422] STF – Extradição nº 571-5, Confederação Helvética, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 1º ago. 1994, p. 18.504.

[423] STF, 1ª T, Ext 1363/DF, rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento: 4-12-2018.

[424] STF – Pleno – Extensão na Extr. nº 787 – República Portuguesa, Rel. Min. Eros Grau, *Informativo STF* nº 424; STF – Pleno – Ext. 1052 – Reino dos Países Baixos – Rel. Min. Eros Grau, decisão: 9-10-2008.

[425] Ao estrangeiro expulso do país não será concedido visto, enquanto perdurarem os efeitos da expulsão (art. 45, I, da Lei nº 13.445/2017) (art. 7º, III, da Lei nº 6.815/80).

[426] Na vigência do revogado Estatuto dos Estrangeiros (Lei nº 6.815/80), decretada a expulsão, não havia possibilidade de reingresso no Brasil (STF – 2ª T. – HC nº 119.773/DF – Rel. Min. Cármen Lúcia, 30-9-2014).

[427] STF – *Habeas Corpus* 72.726-3, Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, Seção I, 16 ago. 1996, p. 28.108. Verificar Lei nº 13.445/17 e Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017.

[428] STF – Pleno – HC nº 83.113/DF – questão de ordem – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 29 ago. 2003, p. 20; STF – *Habeas Corpus*

73.940-7/SP – medida liminar – Rel. Min. Maurício Corrêa, *Diário da Justiça,* Seção I, 29 nov. 1996, p. 47.157.

429 STF – HC nº 92.769/RJ – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 19-5-2014.

430 STF – *Habeas Corpus* 72.082-0/RJ – Rel. Min. Francisco Rezek, *Diário da Justiça*, Seção I, 1º mar. 1996, p. 5.010. Trata-se, porém, de competência delegável do Presidente da República. Caso ocorra a delegação – como, atualmente, se verifica (Decreto nº 10.208/2020) – ao Ministro da Justiça, a competência para processo e julgamento do *habeas corpus* será definida pela autoridade delegada, ou seja, do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido: STF – 1ª T. – HC nº 81.865-0/RJ, Rel. Min. Moreira Alves. Conferir, na doutrina: BOHNENBERGER, Alan. *Expulsão de estrangeiros no Brasil*. Monografia de láurea acadêmica. Porto Alegre: UFRGS, 2002.

431 *RTJ* 98/1045; *RTJ* 110/650.

432 *RTJ* 34/438; *RTJ* 60/398; *RTJ* 78/362; *RTJ* 110/650. Cf. ainda: STF – Pleno – HC nº 85.203/SP – Rel. Min. Eros Grau, decisão: 6-8-2009. *Informativo STF* nº 554.

433 *RTJ* 95/589. Administrativamente, porém, não se permite pedido de reconsideração na expulsão (STF – Pleno – HC nº 85.203/SP – Rel. Min. Eros Grau, decisão: 6-8-2009. *Informativo STF* nº 554).

434 Súmula STF nº 1 – "É vedada a expulsão de estrangeiro casado com brasileira, ou que tenha filho brasileiro dependente da economia paterna".

435 STF, HC 148558/SP e HC 150343/DF, 1ª T., red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, j. em 26-11-2019. Também na vigência do antigo Estatuto dos Estrangeiros, o STF entendia que a adoção ou o reconhecimento da filiação superveniente aos fatos que motivaram o decreto presidencial expulsório não a impede, em virtude do disposto no art. 75, § 1º, do Estatuto dos Estrangeiros (*RTJ* 138/785), bem como o nascimento de filho brasileiro posterior à prática da infração penal geradora da expulsão (STF – Pleno – HC nº 85.203/SP – Rel. Min. Eros Grau, decisão: 6-8-2009. *Informativo STF* nº 554.). Ou, ainda, como ressaltado por Roberto Rosas, "inaplicável a Súmula 1 quando os filhos brasileiros não residem no Brasil e não vivem às expensas do pai" (HC 55.556 – Rel. Min. Xavier de Albuquerque – *RTJ* 83/761); com reconhecimento da filiação posterior ao ato de expulsão (HC 55.687 – Rel. Min. Soares Muñoz – *RTJ* 84/835); a expulsão será efetuada se o filho não vier a sofrer consequências econômicas decorrentes deste ato (HC 54.785 – Rel. Min. Moreira Alves – *RTJ* 85/86). Por fim, o STF havia decidido que o reconhecimento posterior não é motivo legal para

revogação da expulsão, que depende sempre do juízo de conveniência do Presidente da República (*RTJ* 138/785).

[436] Na vigência da legislação anterior, o STF havia decidido que o casamento para constituir requisito de inexpulsabilidade deveria qualificar-se como ato revestido de eficácia civil (CF/88, art. 226, §§ 1º e 2º), preservada a sua constância, e tendo sido celebrado há mais de cinco anos, como exigia o artigo 75, II, *a*, da Lei nº 6.815/80 (STF – *Habeas Corpus* 72.726-3 – Rel. Min. Ilmar Galvão – *Diário da Justiça*, Seção I, 16 ago. 1996, p. 28.108; STF – *Habeas Corpus* 74.244-1/SP – Rel. Min. Celso de Mello – *Diário da Justiça*, 2 ago. 1996, p. 25.802/25.803). A nova lei não exige o requisito temporal.

[437] RTJ 112/493; STF – Extradição no 560-0/Bélgica, Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 17 maio 1996, p. 16.319; STF – Pleno – HC no 71.402-RJ, Rel. Min. Celso de Mello; RTJ 129/30, STF – Extradição no 571, Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 set. 1993; STF – 1a T. – Ext 967-2/BE – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Diário da Justiça, Seção I, 7 dez. 2006, p. 35.; STF – Ext nº 1.351/DF – Rel. Min. Luiz Fux.

[438] Súmula 421 – Não impede a extradição a circunstância de ser o extraditando casado com brasileira ou ter filho brasileiro. Conforme decidiu o STF: “O fato de o alienígena haver contraído matrimônio com cidadã brasileira não obsta o conhecimento e o deferimento do pedido, tendo em vista tratar-se de extradição e não de expulsão” (*RTJ* 162/452). O Supremo Tribunal Federal reiterou esse posicionamento, reafirmando o enunciado de sua Súmula 421: STF – Pleno – Extr. nº 839/República Italiana – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 13-11-2003. *Informativo STF* nº 329.

[439] STF – Ext 1196/Reino da Espanha – Rel. Min. Dias Toffoli, decisão: 16-6-2011.

[440] STF – 1ª T. – RHC 123891 AgR/DF, Rel. Min. Rosa Weber, julgamento finalizado em 23-2-2021.

[441] STF – HC 71.568-1, Plenário, v. u., Rel. Min. Marco Aurélio, *DJU*, nº 40, 24 fev. 1995, p. 3.676.

[442] STJ – 1ª Seção – HC 180536/DF – Rel. Min. Luiz Fux, decisão: 13-12-2010.

[443] STF – Pleno – RE 608898 – Tema 373, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25-6-2020.

[444] Conferir excelente estudo sobre o Tribunal Penal Internacional e o instituto da *entrega*, em decisão monocrática do Ministro Celso de Mello (Pet. 4625/República do Sudão, *DJE*, de 4-8-2009).

[445] CF, art. 5º, XLVII – "...salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX".

[446] Neste sentido, STF, Tribunal Pleno, Extradição nº 507, República Argentina, Relator p/o acórdão Min. Ilmar Galvão, *RTJ* 150/391.

[447] STF – Pleno – Extradição 1150/República Argentina – Rel. Min. Carmen Lúcia, decisão: 19-5-2011; STF – Pleno – Extradição nº 855-2/DF – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 3 set. 2004, p. 9.

[448] STF – 1ª T. – Ext 1652/Governo do Chile, Rel. Min. Rosa Weber, julgamento em 19-10-2021.

[449] A EC nº 45/04 incluiu no rol dos Direitos e Garantias Individuais e Coletivos a *razoável duração do processo e a celeridade processual.*

[450] Aplicando-se inclusive ao "processo administrativo, para a apuração de ato infracional cometido por criança ou adolescente (art. 103 ss, ECA), é informado pelo contraditório e ampla defesa, pois seu objetivo é a aplicação de medida socioeducativa pela conduta infracional, que se assemelha à imposição de sanção administrativa" (NERY JR., Nelson. *Princípios...* Op. cit. p. 127).

[451] *RTJ* 83/385; *RJTJSP* 14/219.

[452] STF – 1ª T. – HC nº 68.929-9/SP – Rel. Min. Celso de Mello – *Diário da Justiça*, 28 ago. 1992, p. 13.453.

[453] Defesa técnica insuficiente: "Se houver defesa desidiosa, incorreta, insuficiente tecnicamente, por parte do advogado do réu no processo penal, o feito deve ser anulado e nomeado outro defensor, tudo em nome do princípio do contraditório conjugado ao da ampla defesa, ambos garantidos pela Constituição" (NERY JR., Nelson. *Princípios...* Op. cit. p. 124-125). Nelson Nery Júnior fundamenta sua posição em MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal.* 2. ed. Rio de Janeiro-São Paulo, 1965, v. 2, nº 563, p. 422-424. No mesmo sentido, *RT* 405/77; TACrimSP, Ap. 288545, de Marília, Rel. Silva Franco, j. 15-12-1981. In: O processo constitucional em marcha. São Paulo: [s.n.], 1985, p. 149-151 (coordenado por Ada Pellegrini Grinover, Op. cit., p. 46-49 e 168-170). Igualmente, é este o entendimento do STF, consubstanciado na Súmula 523: "No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu."

[454] NERY JR., Nelson. *Princípios...* Op. cit. p. 122.

[455] STF – 2ª T. – Rcl 22.009 AgR/PR, Rel. Min. Teori Zavascki, 16-2-2016.

[456] Conferir a medida cautelar em Reclamação 8225/SC, concedida pelo Ministro Celso de Mello para garantir efetivo cumprimento da Súmula Vinculante 14 (Segredo de Justiça – Investigação Penal – Acesso aos Autos – decisão: 26-5-2009). No mesmo sentido, Rcl 9324/SP – Rel. Min. Carmen Lúcia, 24-11-2011.

[457] STF, Pleno, HC 166373/PR, red. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes.

[458] Em relação à Ação penal e princípio da duração razoável do processo, conferir: STF, 1ª T, AP 568/SP – Rel. Min. Roberto Barroso, 14.4.2015 (AP-568).

[459] STF – 2ª T. – HC nº 89.751-7/RO – Rel. Min. Gilmar Mendes, *Diário da Justiça*, Seção I, 5 dez. 2006, p. 33. Nesse sentido, o STF concedeu *habeas corpus* para determinar que o Superior Tribunal de Justiça julgasse no prazo máximo de 2 sessões conflito de competência, afirmando que "o dever de decidir se marcaria por tônus de presteza máxima" (HC 110022/PR – Rel. Min. Ayres Britto, decisão: 8-11-2011).

[460] STF – 2ª T. – HC 136.435/PR – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento: 22-11-2016.

[461] STF – Mandado de injunção nº 715/DF – Rel. Min. Celso de Mello.

[462] JOBIM, Nelson. Entrevista sobre Reforma do Judiciário no *site* do Supremo Tribunal Federal (dia 8 de dezembro de 2004). Disponível em: <www.stf.gov.br/noticias/imprensa/>.

[463] NALINI, José Renato. Lições de uma pesquisa. *Revista da Escola Paulista de Magistratura*, ano 1, nº 3, maio/out. 1997, p. 171.

[464] Em relação à importância na seleção dos magistrados e da necessidade da criação da Escola de aperfeiçoamento da magistratura: VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Do poder judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico – efeito vinculante em outros temas. *Revista dos Tribunais*, ano 6, nº 25, out./dez. 1998. p. 19; DALLARI, Dalmo de Abreu. O *poder dos juízes.* São Paulo: Saraiva, 1996, p. 21; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O juiz.* Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

[465] Neste sentido, jurisprudência pacífica do STF, *RTJ* 143/306, RE 136.239-SP, 1ª T., Rel. Min. Celso de Mello, e do STJ, 5ª T., Rel. Min. Edson Vidigal, *DJU*, 24 out. 1994, p. 28.768; STJ, 6ª T., Rel. Ministro Pedro Acioli, *DJU*, 18 abr. 1994, p. 8.525; STJ, Rel. Min. Anselmo Santiago, *DJU*, 5 jun. 1995, p. 16.688, in: GARCINDO FILHO, Alfredo de O. *Jurisprudência criminal do STF e do Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. p. 133.

[466] CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição*... Op. cit. p. 190.

[467] MELLO FILHO, José Celso. *Constituição*... Op. cit. p. 446.

[468] *RTJ* 33/419; 104/1090; STF, 2ª T., RHC 62.187/GO, Rel. Min. Aldir Passarinho, *Diário da Justiça*, Seção I, 8 mar. 1995, p. 2.599. Ressalte-se, porém, que "Não ocorre descumprimento do inciso LXII do art. 5º da CF, quando o preso, voluntariamente, não indica pessoa a ser comunicada da sua prisão" (STF, 2ª T., HC 69.630, Rel. Min. Paulo Brossard, decisão: 4-12-1992).

[469] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito...* Op. cit. p. 110–114; e GRINOVER, Ada Pellegrini. Interrogatório do réu e direito ao silêncio. *Ciência Penal,* v. 1, p. 15-31.

[470] STF, 1ª T., HC 68929/SP, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 28-8-1992.

[471] ALLAN, T.R.S. *Constitutional Justice*. Oxford: University Press, 2006. p. 12 ss.

[472] MODERNE, Frank. La dignité de la persone comme principe constitutionnel dans les constitutions portugaise et française. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 197-212.

[473] ALLAN, T.R.S. Allan *Constitutional* ... Op. cit. p. 15 ss.

[474] Nesse mesmo sentido orientam-se a doutrina e a jurisprudência espanholas, conforme se verifica em julgados do Tribunal Constitucional espanhol noticiados por Francisco Rubio Llorente (*Derechos*... Op. cit. p. 353-354).

[475] GREENAWALT, kent. Silence as a Moral and Constitutional Right. *William & Mary LR*, v. 23, n. 15, p. 35-41, 1981.

[476] No julgamento do *Habeas corpus* 91414/BA (2ª Turma), relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal analisou a conflituosa relação da aplicação efetiva do direito ao silêncio e o combate à criminalidade organizada ("Operação Navalha"), afirmando que, "na medida em que o silêncio corresponde à garantia fundamental intrínseca do direito constitucional de defesa, a mera recusa de manifestação por parte do paciente não pode ser interpretada em seu desfavor para fins de decretação de prisão preventiva", concluindo que "não se justifica a prisão para a mera finalidade de obtenção de depoimento". Nesse sentido, conferir diversos precedentes da Corte Suprema americana: *R. v. Baldry* (1852) 2 Den 430, p. 445; *R. v. Priestley* (1965) 51 Cr App R1, *Ibrahim v. R*. (1914) AC 599; *McDermott v. R.* (1948) 76 CLR 501).

[477] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito...* Op. cit. p. 114.

[478] O julgamento cita, ainda, os seguintes precedentes: *R. v. Payne* [1963] 1 WLR 637; *R. v. Mason* [1987] 3 All ER 481.

[479] Conferir, nesse sentido, artigo doutrinário do Ministro Celso de Mello: Supremo Tribunal Federal e a defesa das liberdades públicas sob a Constituição de 1988: alguns tópicos relevantes. *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 555-559.

[480] STF, RE 640.139 RG/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, Tema 478; RE 1.165.083/RS, Rel. Min. Alexandre de Moraes, decisão: 14-11-2018.

[481] STF, Pleno, RE 971.959/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 14-11-2018, Tema 907.

[482] A incompatibilidade com o texto constitucional foi reconhecida por 6 dos 11 Ministros (STF, Pleno, ADPF 395/DF, ADPF 444/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 13 e 14-6-2018).

[483] STF – 2ª T. – HC nº 82.788/RJ – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 jun. 2006, p. 43; STF – 1ª T. – HC nº 84.417/RJ – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 17 ago. 2004, p. 13; STF – Inq. nº 1.996/PR – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 25 jun. 2003, p. 70; STF – Pleno – Pet nº 2.702/RJ – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 20 set. 2002, p. 117; STF – Pleno – RE nº 418.416/SC – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 10-5-2006. Conferir, ainda, no Superior Tribunal de Justiça: 5ª Turma – HC 149.250/SP – Rel. Min. Adilson Vieira Macabu (desembargador convocado o TJ-RJ), decisão: 7-6-2011.

[484] Por exemplo, por meio de tortura física e/ou psicológica – STJ – 6ª T. – RHC nº 2.132-2 – BA – Rel. Min. Vicente Cernicchiaro – v.u. – *DJU*, 21 set. 1992 – p. 15.706.

[485] STF – 2ª T. – HC 96056/PE – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 28-6-2011.

[486] STF – 2ª T. – HC nº 82.788/RJ – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 jun. 2006, p. 43; STF – 1ª T. – HC nº 84.417/RJ – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 17 ago. 2004, p. 13; STF – Inq. nº 1.996/PR – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 25 jun. 2003, p. 70; STF – Pleno – Pet nº 2.702/RJ – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 20 set. 2002, p. 117; STF – Pleno – RE 418416/SC – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 10-5-2006.

[487] STF – 2ª T. – HC nº 87.167/BA – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 29-8-2006 – *Informativo STF* nº 438, Seção I, p. 3.

[488] Em relação às provas ilegítimas, entendeu o STF que “as provas obtidas mediante decreto não fundamentado de quebra dos sigilos bancário e fiscal

constituem provas ilegítimas e, em consequência, podem ser reproduzidas desde que observada a formalidade processual que deu causa à anulação do ato" (STF – Pleno – HC nº 80.724/SP – Rel. Min. Ellen Gracie, 20-3-2001 – *Informativo STF* nº 221, 19 a 23 abr. 2001, p. 2).

[489] STF, Ação Penal 307-3-DF, Plenário, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJU*, 13 out. 1995; *RTJ* 162/03-340.

[490] AVOLIO, Luiz Torquato. *Provas ilícitas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 53.

[491] *RJTJSP*, Lex, 138/526.

[492] STF – 1ª T. – HC nº 74.678-DF – Rel. Min. Moreira Alves – *Informativo STF*, nº 75.

[493] Cf. ampla análise sobre a Teoria das Provas Ilícitas na decisão do Ministro Celso de Mello (STF – Rextr. nº 251.445-4/GO). Conferir, ainda: STJ – 5ª T. – HC 104005/RJ – Rel. Min. Jorge Mussi, decisão: 8-11-2011.

[494] RE 85.439, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, *RTJ*, 84/609; RE 100.094-5, Rel. Min. Rafael Mayer, *RTJ* 110/798; HC 63.834-1 – Rel. Min. Aldir Passarinho, *DJU*, 5 jun. 1987, p. 11.112.

[495] Voto do Min. Moreira Alves, no HC-69.912-0/RS, *DJU*, 25 mar. 1994.

[496] Em relação ao alcance da declaração de ilicitude de determinada prova, conferir: STF – RHC 137.368/PR – Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento: 29-11-2016.

[497] O Supremo Tribunal Federal afasta a nulidade processual quando, apesar de a prova ilícita ter facilitado as investigações, não terem sido estas indispensáveis para o contexto probatório. Assim entendeu o HC 74.152/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, 20-8-96 – *Informativo STF*, Brasília, nº 41, 28 ago. 1996.

[498] STF, Ação Penal 307-3-DF, Plenário, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJU*, 13 out. 1995.

[499] HC 69.912-0/RS, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, 16 dez. 1993, publicado no *DJU*, 25 mar. 1994.

[500] STF – MS 21.750, de 24 nov. 1993, Rel. Min. Carlos Velloso.

[501] *RISTF*, art. 150, § 3º.

[502] STF – Pleno – HC nº 72.588-PB, Rel. Ministro Maurício Corrêa, decisão: 12-6-96.

[503] STF – Pleno – HC nº 73.351-SP –Rel. Min. Ilmar Galvão, decisão: 9-5-96.

[504] Nesse sentido: HC nº 73.461-SP, Rel. Min. Octavio Gallotti, 11-6-96; STF – *Habeas Corpus* nº 73.510-0/SP – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 12 dez. 1997, p. 65.565.

[505] STF – 2ª T. – HC nº 90.298/RS – Rel. Min. Cezar Peluso, decisão: 8-9-2009. *Informativo STF* nº 558.

[506] STF – 2ª T. – HC nº 93.050/RJ – Rel. Min. Celso de Mello, *DJE*-142, 31-7-2008. Conferir, ainda: STF – 2ª T. – RHC nº 90.376/RJ – Rel. Min. Celso de Mello, *DJE*-018, 17-5-2007.

[507] STF – 1ª T. – HC nº 89.032/SP – Rel. Min. Menezes Direito, *DJE* 147, 22-11-2007; STF – 1ª T. – HC nº 83.921/RJ – Rel. Min. Eros Grau, *Diário da Justiça*, Seção I, 27-8-2004, p. 70.

[508] STF – HC nº 106.566/SP, DJe de 19-3-2015.

[509] STF – 1ª T. – HC nº 84.417/RJ – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 17 ago. 2004, p. 13.

[510] STF – 2ª T. – HC nº 82.862/SP – Rel. Min. Cezar Peluso, decisão: 19-2-2008.

[511] STF – 2ª T. – RHC nº 74.807-4/MT – Rel. Min. Maurício Corrêa, *Diário da Justiça*, Seção I, 20 jun. 1997, p. 28.507. Ainda nesse sentido: "Descabe concluir pela nulidade do processo quando o decreto condenatório repousa em outras provas que exsurgem independentes, ou seja, não vinculadas à que se aponta como ilícita" (STF – 2ª T. – HC nº 75.8926/RJ – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 17 abr. 1998); e "A existência nos autos de prova obtida ilicitamente (escuta telefônica autorizada por juiz antes do advento da Lei nº 9.296/96) não basta a invalidação do processo, se há outras provas consideradas autônomas, isto é, colhidas sem necessidade dos elementos informativos revelados pela prova ilícita. Precedente citado: RHC nº 72.463/SP (*DJU* de 29995)." (STF – 2ª T.– HC nº 76.231/RJ – Rel. Min. Nelson Jobim, decisão: 16 jun. 1998 – *Informativo STF*, nº 115, jun. 1998). Conferir, igualmente**,** STF – 2ª T. – HC nº 76.1711/SP – Rel. Min. Nelson Jobim, *Diário da Justiça*, Seção I, 27 fev. 1998, p. 3; STF – 2ª T. – HC nº 75.6115/SP – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 17 abr. 1998.

[512] STF – 2ª T. – HC nº 87.654/PR – Rel. Min. Ellen Gracie, decisão: 7-3-2006. *Informativo STF* nº 418.

[513] STF – 1a T. – HC no 87.341-3/PR – Rel. Min. Eros Grau, decisão: 7-2-2006. Em relação à declaração de nulidade da prova ilícita, porém manutenção da

investigação por existência de provas independentes e idôneas, consultar: STF – **2ª** T. – HC nº 116931/RJ – Rel. Min. Teori Zavascki – 3-3-2015 (HC-116931).

514 Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal: "Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilicitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu. Precedentes do Supremo Tribunal Federal HC 74.678, *DJ* de 15-8-97 e HC 75.261, sessão de 24-6-97, ambos da Primeira Turma" (STF – 1ª T. – Rextr. nº 212.081-2/RO – Rel. Min. Octavio Gallotti, *Diário da Justiça*, 27 mar. 1998, p. 23). No mesmo sentido: STF – Pleno – HC nº 75.338/RJ – Rel. Min. Nelson Jobim, 11-3-98 – *Informativo STF*, nº 102, março de 1998.

515 STF – 1ª T. – HC nº 74.678-1/SP – Rel. Min. Moreira Alves, votação unânime, *Diário da Justiça*, Seção I, 15 ago. 1997. Serviço de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – Ementário nº 1.878-02.

516 STF – Pleno – HC nº 75.3388/RJ – Rel. Min. Nelson Jobim, decisão: 11 mar. 1998. No mesmo sentido: STF – 2ª T. – HC nº 84.169/SP – Rel. Min. Eros Grau, *Diário da Justiça*, Seção I, 17 set. 2004, p. 85. No mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça: STJ – 5ª T. – RMS 19785/RO – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *Diário da Justiça*, Seção I, 30 out. 2006, p. 335; STJ – 5ª T. – HC nº 52.989/AC – Rel. Min. Félix Fischer, *Diário da Justiça*, Seção I, 1º ago. 2006, p. 484; STJ – 6ª T. – HC nº 28.467/SP – Rel. Min. Hamilton Carvalhido, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 maio 2006, p. 391.

517 STF – 2ª T. – Rextr. nº 160.381-SP – Rel. Min. Marco Aurélio. *RTJ* 153/1.030.

518 STF – Pleno – Ação Penal nº 307-3/DF – Rel. Min. Ilmar Galvão – Serviço de Jurisprudência – *Ementário STF* nº 1.804-11.

519 Cf. STF – 1ª T., HC nº 70.814-5/SP, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 24 jun. 1994, p. 16650 – *RT* 709/418; STF – 1ª T. – HC nº 87.341-3/PR – Rel. Min. Eros Grau, decisão: 7-2-2006.

520 Trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence (STF – 1ª T. – HC nº 87.341-3/PR – Rel. Min. Eros Grau, decisão: 7-2-2006).

521 Observe-se que a hipótese tratava de gravação ambiental de diálogo entre servidores públicos (Secretária Municipal de Transportes e fiscal de transportes – STF – Pleno – AP 447/RS, Rel. Min. Carlos Britto, 18-2-2009, *Informativo STF* nº 536). Trata-se do mesmo entendimento da Corte Especial do Superior Tribunal de

Justiça (APn 644/BA – Rel. Min. Eliana Calmon, decisão: 30-11-2011), onde o Tribunal entendeu não existir violação aos direitos à intimidade ou à privacidade na gravação ambiental feita no interior do prédio da prefeitura municipal.

[522] STF – 1ª T. – RHC nº 108.156/SP – Rel. Min. Luiz Fux, decisão: 28-6-2011.

[523] STF – Pleno – RE 583937 QO/RJ – Rel. Min. Cesar Peluzo, decisão: 19-11-2009.

[524] STF – 2ª T. – HC 89.501 – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 12-12-2006.

[525] STF – 1ª T. – AP 858/DF, trecho do voto do Min. Celso de Mello. Acórdão publicado no *DJe* de 7-11-2014.

[526] STJ – 5ª T. – RHC nº 1.576 – SC – Rel. Min. José Dantas – v.u. – *Diário da Justiça*, 9 mar. 1992 – p. 2.588.

[527] TJSP, HC 79.434-3, 1ª Câm. Crim., Rel. Des. Jarbas Mazzoni, j. 12-6-89, *RJTJSP* 121/352; TACrimSP, HC 184.636-0, 9ª Câm., Rel. Juiz Marrey Neto, j. 23-8-89, *RT* 649/275.

[528] STF, HC 69.696-SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, *RTJ* 148/741; STF – 1ª T. – HC nº 69.026-2 – DF – Rel. Min. Celso de Mello – m.v. – *Diário da Justiça*, 4 set. 1992, p. 14.091. No mesmo sentido: TJSC – Rec. 8.715, 1ª Câm. – Rel. Des. Ernani Ribeiro, j. 1-6-89, *RT* 644/312.

[529] STF, HC 72.171-1-SP, 1ª T., Rel. Min. Sydney Sanches, j. 22-8-95, *DJU*, 27 out. 1995, p. 36.332; STF – 2ª T. – HC nº 71.401-3/MS, Rel. Min. Maurício Corrêa, v.u., *Diário da Justiça*, Seção I, 8 set. 1995, p. 28.355.

[530] STF, Pleno, ADI 6581/DF e ADI 6582/DF, Red. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes, 10-3-2022.

[531] STF – HC nº 100.362-MC/SP – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 1º-9-2009.

[532] STF – Pleno – HC 104339/SP – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 10-5-2012 (inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei nº 11.343/06).

[533] STF – Pleno – HC nº 85961/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 5.3.2009, *Informativo STF* nº 537. Conferir, ainda: HC nº 84.078/MG, rel. Min. Eros Grau, 5-2-2009, *Informativo STF* nº 534. Em sentido contrário, posicionamento anterior do STF já por apertada maioria (6 × 5, tendo ficado vencidos os Ministros Maurício Correa, Francisco Rezek, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Sepúlveda Pertence): STF – HC nº 72.366/SP – Rel. Min. Néri da Silveira, decisão: 13-9-95. Também em sentido contrário ao atual entendimento do STF, o Superior Tribunal de Justiça havia editado a Súmula 9: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.”

[534] STF – Pleno – ADI 4911, Rel. Min. Edson Fachin, Red. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 23-11-2020.

[535] MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição.* Coimbra: Coimbra Ed., 1991. p. 134 ss.

[536] Voto no HC 72.366/SP.

[537] Nesse sentido, verificar detalhado artigo de José Ribas Vieira e Ranieri Lima Resende, denominado "Execução provisória da pena: causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos?", que, inclusive analisa importantes precedentes relacionados à presente hipótese (casos *Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2004; Ricardo Canese vs. Paraguay, 2004; Rosendo Cantú y outra vs. México, 2011; Mohamed vs. Argentina, 2012).*

[538] HC 67.245/MG, Rel. Aldir Passarinho.

[539] Pleno, HC 68726/DF, Rel. Min. Néri da Silveira. Ausentes os Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio.

[540] Observe-se que três Ministros não chegaram a se posicionar sobre o assunto: Rafael Mayer – aposentadoria em 14-5-1989, Oscar Correa, aposentadoria em 17-1-1989, e Carlos Madeira, aposentadoria em 1990.

[541] HC 152.752/PR, Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, j. 4-4-2018.

[542] STF, Pleno, ADCs 43, 44 e 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 7-11-2019.

[543] HC 174875/MG, 1ª T, red. p/Acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 3-12-19; HC 161822 AgR-AgR/MA, 2ª T., rel. Min. Cármen Lúcia, j. 13-12-19.

[544] STJ, RHC 2363-0-DF.

[545] Precedentes do STF: AI 38.208; Inq. 215; HC 67.502; HC 68.540-DF, 1ª T., Rel. Min. Octavio Gallotti, *DJU*, 28 jun. 1991; *RSTJ* 26/160, Rel. Min. José Dantas.

[546] STF – 2ª T. – HC nº 84.253/RO – Rel. Min. Celso de Mello – STF nº 374, p. 4. Conferir, ainda: *RTJ* 91/831; *RTJ* 106/1108; *RTJ* 134/720; STF – Pleno – Inquérito nº 2028/BA – Rel. Min. Ellen Gracie – Rel. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, decisão: 28.4.2004, *Informativo STF* nº 345, p. 1. Nesse último julgamento, ressalte-se o entendimento da Ministra Ellen Gracie e do Ministro Celso de Mello, pela possibilidade do juízo de retratabilidade, sem a exigência do surgimento de novas provas, desde que formulado antes da superveniência de decisão judicial do Supremo Tribunal Federal.

[547] *RTJ*, 149/825 – Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

[548] STF – HC nº 67.931/RS – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 31 ago. 1990.

[549] STF – HC nº 71.282-7 – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 18 nov. 1994, p. 31.392.

[550] *Informativo STF* nº 43, STF – *Habeas Corpus* nº 74.276-RS – Rel. Min. Celso de Mello, 3-9-96. Precedentes citados: Inq. 172-SP (*RTJ* 112/474), HC 67.502-RJ (*RTJ* 130/1084). Com base nesse entendimento, o Supremo Tribunal Federal deferiu *habeas corpus* impetrado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que determinara o prosseguimento de ação penal privada ajuizada contra o paciente após o arquivamento do inquérito policial ordenado em primeira instância a requerimento do Ministério Público formulado dentro do prazo legal. Em consequência julgou-se extinta a ação penal privada movida contra o paciente.

[551] STJ – 3ª T. – HC 161217/SP – Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, decisão: 8-2-2011.

[552] STF – Pleno – RE – 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, 3-12-2008.

[553] STF – Pleno – HC nº 92.566/SP – Rel. Min. Marco Aurélio, *DJE*-104, 5-6-2009.

[554] STF – 1ª T. – RHC nº 90.759 – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão: 15-5-2007 e *Informativo STF* nº 467.

[555] STF – Pleno – RE 349.703/RS – Rel. Min. Carlos Britto, decisão: 3-12-2008, *DJE*-104, publicado em 5-6-2009. Conferir, ainda: STF – Pleno – HC nº 94.307/RS – Rel. Min. Cezar Peluso, *DJE*-084, 8-5-2009.

[556] Em posicionamentos anteriores, o STF declarou constitucionais as prisões do depositário infiel (STF – 1ª T. – RHC nº 90.759 – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão: 15-5-2007) e do depositário infiel em alienação fiduciária (STF – RE 206.482-3/SP – Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ*, 5-9-2003).

[557] STF – Pleno – HC nº 94.307/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, 19-2-2009, *Informativo STF* nº 536.

[558] STF – Pleno – RE 349.703/RS – Rel. Min. Carlos Britto, decisão: 3-12-2008, *DJE*-104, publicado em 5-6-2009.

[559] STF – 2ª T. – HC nº 96.772/SP – Rel. Min. Celso de Mello, *DJE*-157, 21-8-2009.

[560] STF – 1ª T. – HC nº 89.634/SP – Rel. Min. Marco Aurélio, *DJE*-079, 30-4-2009.

[561] STF – 2ª T. – RE 404.276 AgR/MG – Rel. Min. Cezar Peluzo, *DJE*-071, 17-4-2009.

[562] Trecho do voto do Min. Celso de Mello, Serviço de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *Ementário* nº 1.730-10/STF.

[563] Trecho do voto, no já citado *Ementário* nº 1.730-10.

[564] Voto do Min. Marco Aurélio, no já citado Ementário nº 1.730-10. Na doutrina, no mesmo sentido: DANTAS, Ivo. Op. cit. p. 308.

[565] REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 223.

[566] ACCIOLY, Hildebrando e SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. *Manual de direito internacional público*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 368.

[567] REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público. Op. cit.*, p. 224.

[568] PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 176.

[569] MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

[570] Em defesa dessa alteração, Oscar Vilhena Vieira aponta que "mais constrangedor do que os atos de violência praticados nos massacres do Carandiru, Candelária, Carajás ou Corumbiara, somente a impunidade com que têm sido agraciados seus responsáveis. A omissão das autoridades estaduais em punir aqueles que violam os direitos humanos, não apenas constitui uma afronta moral às vítimas e a seus familiares, como coloca o governo brasileiro numa posição extremamente delicada frente à comunidade internacional" (VIEIRA, Oscar Vilhena. Que Reforma? *USP – Estudos avançados*, v. 18, nº 51, p. 205, maio/ago. 2004).

[571] O Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou sobre a existência de sua competência constitucional para executar ordem de prisão de Chefe de Estado Estrangeiro por determinação do Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma). O assunto permanece em discussão (STF – Pet nº 4.625/República do Sudão, Rel. Min. Ellen Gracie – Decisão proferida pelo Min. Celso de Mello, j. 17-7-2009, *DJE* nº 145 de 4-8-2009).

[572] Defendendo a necessidade de maior proteção aos Direitos Humanos Fundamentais: DALLARI, Dalmo de Abreu*. O poder dos juízes.* São Paulo: Saraiva, 1996. p. 36.

[573] STF – Pleno – ADI 5452, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 22-9-2020.

[574] Em relação às dúvidas sobre a recepção de tratados internacionais em face do § 4º, do art. 5º, da CF, conferir excelente estudo sobre o Tribunal Penal

Internacional, em decisão monocrática do Ministro Celso de Mello (Pet. 4625/República do Sudão, *DJE* de 4-8-2009).

575 *RTJ* 70/333, 100/1030.



Tutela Constitucional das Liberdades 4

1 *HABEAS CORPUS*

1.1 Origem

O instituto do *habeas corpus* tem sua origem remota no Direito Romano,[1] pelo qual todo cidadão podia reclamar a exibição do homem livre detido ilegalmente por meio de uma ação privilegiada que se chamava *interdictum de libero homine exhibendo*. Ocorre, porém, que a noção de liberdade da Antiguidade e mesmo da Idade Média em nada se assemelhava com os ideais modernos de igualdade, pois, como salientado por Pontes de Miranda, naquela época, "os próprios magistrados obrigavam homens livres a prestar-lhes serviços".[2]

A origem mais apontada pelos diversos autores é a Magna Carta, em seu capítulo XXIX, onde, por pressão dos barões, foi outorgada pelo Rei João Sem Terra em 19 de junho de 1215 nos campos de Runnymed, na Inglaterra. Por fim, outros autores apontam a origem do *habeas corpus* no reinado de Carlos II, sendo editada a *Petition of Rights*, que culminou com o *Habeas Corpus Act* de 1679. Mas a configuração plena do *habeas corpus* não havia, ainda, terminado, pois até então somente era utilizado quando se tratasse de pessoa acusada de crime, não sendo utilizável em outras hipóteses. Em 1816, o novo *Habeas Corpus Act* inglês ampliou o campo de

atuação e incidência do instituto, para colher a defesa rápida e eficaz da liberdade individual.

No Brasil, embora introduzido com a vinda de D. João VI, quando expedido o Decreto de 23-5-1821, referendado pelo Conde dos Arcos, e implícito na Constituição Imperial de 1824, que proibia as prisões arbitrárias, e nas codificações portuguesas, o *habeas corpus* surgiu expressamente no direito pátrio no Código de Processo Criminal de 29-11-1832, e elevou-se a regra constitucional na Carta de 1891, introduzindo, pela primeira vez, o instituto do *habeas corpus*.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada em 10 de dezembro de 1948, estabeleceu no seu art. 8º:

> *"Toda pessoa tem direito a um recurso efetivo ante os tribunais competentes que a ampare contra atos violatórios de seus direitos fundamentais, reconhecidos pela Constituição e pelas leis."*

Como anota Alcino Pinto Falcão,

> "a garantia do *habeas corpus* tem um característico que a distingue das demais: é bem antiga mas não envelhece. Continua sempre atual e os povos que a não possuem, a rigor não são livres, não gozam de liberdade individual, que fica dependente do Poder Executivo e não da apreciação obrigatória, nos casos de prisão, por parte do juiz competente".[3]

1.2 Conceito e finalidade

A Constituição Federal prevê no art. 5º, LXVIII, que conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer

violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por *ilegalidade* ou *abuso de poder*.

O sentido da palavra *alguém* no *habeas corpus* refere-se tão somente à pessoa física, seja brasileiro ou estrangeiro em território nacional,[4] também se aplicando aos refugiados, que possuem os mesmos direitos e deveres do estrangeiro no Brasil.[5]

Habeas corpus eram as palavras iniciais da fórmula do mandado que o Tribunal concedia e era endereçado a quantos tivessem em seu poder ou guarda o corpo do detido, da seguinte maneira: "Tomai o corpo desse detido e vinde submeter ao Tribunal o homem e o caso." Também se utiliza, genericamente, a terminologia *writ*, para se referir ao *habeas corpus*. O termo *writ* é mais amplo e significa, em linguagem jurídica, mandado ou ordem a ser cumprida.[6]

Portanto, o *habeas corpus* é uma garantia individual ao direito de locomoção, consubstanciada em uma ordem dada pelo Juiz ou Tribunal ao coator, fazendo cessar a ameaça ou coação à liberdade de locomoção em sentido amplo – o direito do indivíduo de ir, vir e ficar.

Ressalte-se que a Constituição Federal, expressamente, prevê a liberdade de locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens (CF, art. 5º, XV). A lei exigida pelo referido inciso deverá regulamentar tanto as restrições ao direito de locomoção interna, em tempo de guerra, quanto ao direito de locomoção através das fronteiras nacionais em tempo de guerra ou paz, uma vez que o *direito de migrar* é sujeito a maiores limitações.

Como ressalta porém Pontes de Miranda no tocante à abrangência do instituto, "a ilegalidade da prisão pode não consistir na prisão mesma, porém no processo do acusado, que corra, por exemplo, perante juiz incompetente", e conclui que o Supremo Tribunal Federal "concedera a ordem de *habeas corpus*, não para que se soltasse o réu, e sim para que

fosse processado por juiz competente, anulando-se a sentença condenatória, se houvesse, e todo o processado".[7]

Essa é a tendência atual do *habeas corpus*, que é meio idôneo para garantir todos os direitos do acusado e do sentenciado relacionados com sua liberdade de locomoção,[8] ainda que pudesse, como salienta Celso de Mello, "na simples condição de direito-meio, ser afetado apenas de modo reflexo, indireto ou oblíquo".[9]

O *habeas corpus* não poderá ser utilizado para a correção de qualquer inidoneidade que não implique coação ou iminência direta de coação à liberdade de ir e vir,[10] quando as alegações veiculadas não se qualificarem "como espécie de constrangimento ilegal que, mesmo de maneira remota, possa colocar em risco a liberdade de ir e vir"[11] assim, por exemplo, não caberá *habeas corpus* para questionar pena pecuniária (Súmula STF 693),[12] para garantir o direito à visitação de familiares ao preso,[13] ou quando já extinta a pena privativa de liberdade (Súmula STF 695),[14] ou ainda o *habeas corpus* não é a medida cabível para trancamento de processo administrativo[15] ou para sustar decisão judicial que determinou afastamento liminar de cargo público.[16] Somente de maneira excepcional, quando patente a ausência de justa causa, será cabível *habeas corpus* para encerramento de inquérito policial.[17]

Igualmente, não será cabível à pessoa jurídica figurar como paciente na impetração de *habeas corpus,* pois não há possibilidade jurídica de proteção a uma inexistente liberdade de locomoção.[18]

Na apreciação de *habeas corpus*, o órgão competente para seu julgamento não está vinculado à causa de pedir e ao pedido formulados. Havendo, pois, a convicção sobre a existência de ato ilegal não veiculado pelo impetrante, cumpre-lhe afastá-lo, ainda que isto implique concessão de ordem em sentido diverso do pleiteado, conforme depreende-se do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.[19]

Assim, na defesa da liberdade de locomoção, cabe ao Poder Judiciário considerar ato de constrangimento que não tenha sido apontado na petição inicial, inclusive com a possibilidade de concessão de *habeas corpus* de ofício.[20] Da mesma forma, pode atuar no tocante à extensão da ordem, deferindo-a aquém ou além do que pleiteado.[21]

Ainda em defesa da garantia de liberdade de locomoção, concedida ordem de *habeas corpus* com base em motivos que não sejam exclusivamente de ordem pessoal, deve ser estendida aos corréus na conformidade do disposto no art. 580 do Código de Processo Penal.[22]

Em sede de *habeas corpus* inexiste a possibilidade de reexame da análise probatória[23] ou mesmo de dilação probatória visando reparar-se erro judiciário,[24] em face de seu caráter sumaríssimo.[25] Desta maneira, o *habeas corpus* mostra-se inidôneo para anular sentença com trânsito em julgado, ao argumento de que seria contrária à evidência dos autos, pois implica no reexame de toda a prova. A via indicada é a revisão criminal.[26] Excepcionalmente, porém, o *habeas corpus* presta-se para corrigir erro manifesto da sentença na fixação da pena.[27]

Não se conhece, em regra, de *habeas corpus* cujos fundamentos sejam mera repetição das razões utilizadas em impetração anterior, já indeferida.[28] Tendo, porém, o Superior Tribunal de Justiça, em *caráter excepcional*, concedido liminar negada em outro *habeas corpus* quando o ato coator apresente manifesta ilegalidade, com efeitos danosos irreparáveis.[29]

1.3 Natureza jurídica

O *habeas corpus* é uma ação constitucional de caráter penal e de procedimento especial, isenta de custas[30] e que visa *evitar* ou *cessar* violência ou ameaça na liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Não se trata, portanto, de uma espécie de recurso, apesar de regulamentado no capítulo a eles destinado no Código de Processo Penal.[31]

1.4 Garantia constitucional da liberdade de locomoção

A Constituição Federal consagra o direito à livre locomoção no território nacional em tempo de paz, autorizando diretamente a qualquer pessoa o ingresso, a saída e a permanência, inclusive com os próprios bens (CF, art. 5º, XV).[32]

Em caso de guerra, *a contrario sensu* do próprio texto constitucional, haverá possibilidades de maior restrição legal que, visando à segurança nacional e à integridade do território nacional, poderá prever hipóteses e requisitos menos flexíveis.

O direito à liberdade de locomoção resulta da própria natureza humana, como já salientado por Pimenta Bueno, em comentário à Constituição do Império, no qual ensinava que, "posto que o homem seja membro de uma nacionalidade, ele não renuncia por isso suas condições de liberdade, nem os meios racionais de satisfazer a suas necessidades ou gozos. Não se obriga ou reduz à vida vegetativa, não tem raízes, nem se prende à terra como escravo do solo. A faculdade de levar consigo seus bens é um respeito devido ao direito de propriedade".[33]

Esse raciocínio é complementado por Canotilho e Moreira, ao afirmarem que "a liberdade de deslocação interna e de residência e a liberdade de deslocação transfronteiras constituem, em certa medida, simples corolários do direito à liberdade",[34] e por Paolo Barile, que relaciona esse direito com a própria dignidade e personalidade humanas.[35]

Dessa forma, podemos concluir que a liberdade de locomoção engloba quatro situações:

- direito de acesso e ingresso no território nacional;
- direito de saída do território nacional;
- direito de permanência no território nacional;

- direito de deslocamento dentro do território nacional.

A destinação constitucional do direito à livre locomoção abrange tanto os brasileiros quanto os estrangeiros, sejam ou não residentes no território nacional, conforme já estudado no item 4 do Capítulo 3, sobre os destinatários dos direitos e garantias individuais consagrados no art. 5º da CF.

Trata-se, porém, de norma constitucional de eficácia contida, cuja lei ordinária pode delimitar a amplitude, por meio de requisitos de forma e fundo, nunca, obviamente, de previsões arbitrárias. Assim, poderá o legislador ordinário estabelecer restrições referentes a ingresso, saída, circulação interna de pessoas e patrimônio.

Conforme proclamou o Superior Tribunal de Justiça, "a liberdade é indisponível no Estado de Direito Democrático";[36] não cabendo a nenhuma autoridade, inclusive do Executivo e Judiciário, "assenhorar-se das prerrogativas do Legislativo, criando novas formas inibidoras ao direito de ir e vir, sem a devida fundamentação e forma prescrita em lei".[37]

Além disso, o próprio texto constitucional, em hipótese excepcional, limita o direito de locomoção, ao prever no art. 139 a possibilidade de, na vigência do estado de sítio decretado, ser fixada obrigação de as pessoas permanecerem em localidade determinada.

1.5 Legitimidade ativa

A legitimidade para ajuizamento do *habeas corpus* é um atributo de personalidade, não se exigindo a capacidade de estar em juízo, nem a capacidade postulatória, sendo uma verdadeira *ação penal popular*.[38]

Assim, qualquer do povo, nacional ou estrangeiro, independentemente de capacidade civil, política, profissional, de idade, sexo, profissão, estado mental, pode fazer uso do *habeas corpus*, em benefício próprio ou alheio

(*habeas corpus* de terceiro). Não há impedimento para que dele se utilize pessoa menor de idade, insana mental, mesmo sem estarem representados ou assistidos por outrem. O analfabeto, também, desde que alguém assine a petição a rogo, poderá ajuizar a ação de *habeas corpus*.[39]

A impetração de *habeas corpus*, pela própria parte, a seu favor ou de terceiro,[40] conforme possibilita o ordenamento processual penal, não fere o disposto no art. 133 da Carta Magna, posto que esse dispositivo não obriga o patrocínio judicial por advogado, pois sua interposição há que ser feita à luz do princípio do direito de defesa assegurada constitucionalmente (art. 5º, LV), que inclui, sem sombra de dúvida, o direito à autodefesa.[41]

A impetração de *habeas corpus* por pessoa jurídica divide a doutrina e jurisprudência, ora incluindo-as[42] como legitimadas, ora excluindo-as[43] por ausência de previsão constitucional. Conforme já salientamos ao analisar o *caput* do art. 5º da Constituição Federal, a pessoa jurídica deverá usufruir de todos os direitos e garantias individuais compatíveis com sua condição. Dessa forma, nada impede que ela ajuíze *habeas corpus* em favor de terceira pessoa ameaçada ou coagida em sua liberdade de locomoção.

Assim, concluímos com a possibilidade de o *habeas corpus* ser impetrado por pessoa jurídica, em favor de pessoa física. Obviamente, não será cabível à pessoa jurídica figurar como paciente na impetração de *habeas corpus*, por inexistência fática de ameaça ou lesão à uma inexistência liberdade de locomoção.[44]

Nesse sentido, nossa Suprema Corte decidiu pelo não cabimento de *habeas corpus* em favor de pessoa jurídica acusada da prática de crime ambiental, uma vez que, "segundo o ordenamento jurídico pátrio e a partir da Constituição, não há possibilidade de pessoa jurídica que se encontre no polo passivo de ação penal valer-se do *habeas corpus* porque o bem jurídico por ele tutelado é a liberdade corporal, própria das pessoas naturais".[45]

O promotor de justiça pode, igualmente, na qualidade de órgão do Ministério Público, impetrar *habeas corpus,* tanto perante o juízo de

primeiro grau, quanto perante os tribunais locais,[46] conforme expressamente prevê o art. 32 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625, de 12-2-1993);[47] e, inclusive, perante o Supremo Tribunal Federal.[48] Diferente é o caso do magistrado, que, na qualidade de Juiz, poderá concedê-lo de ofício, não poderá jamais impetrar *habeas corpus*.[49]

Em relação aos membros do Ministério Público, importante ressaltar que, apesar de disporem genericamente de legitimidade ativa *ad causam* para o ajuizamento da ação constitucional de *habeas corpus* em favor de terceiros,[50] no caso *concreto* deverá ser analisada a finalidade buscada pelo *Parquet.* Assim, o citado *writ* nunca poderá ser utilizado para tutela dos direitos estatais na persecução penal, em prejuízo do paciente, com claro desvio de sua finalidade de tutelar a liberdade de locomoção do paciente, sob pena de não conhecimento do pedido.[51] Desta forma, para certificar-se da fiel observância finalística do *habeas corpus* impetrado pelo Ministério Público, deverá o paciente manifestar-se previamente, para que esclareça se está ou não de acordo com a impetração. Conforme decidiu o Pretório Excelso, "a impetração do *habeas corpus*, com desvio de sua finalidade jurídico-constitucional, objetivando satisfazer, ainda que por via reflexa, porém de modo ilegítimo, os interesses da acusação, descaracteriza a essência desse instrumento exclusivamente vocacionado a proteção da liberdade individual".[52]

A impetração de *habeas corpus* por estrangeiros em causa própria é inquestionável, uma vez que essa ação constitucional pode ser utilizada por qualquer pessoa, independentemente da condição jurídica resultante de sua origem nacional, porém, exige-se que a petição esteja redigida em português, sob pena de não conhecimento do *writ* constitucional.[53]

Entende-se, também, que não há possibilidade de impetração apócrifa, não assinada pelo impetrante e que não contenha qualquer autenticação.

Por fim, saliente-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece a possibilidade jurídico processual do impetrante desistir da ação

de *habeas corpus*.[54]

1.6 Legitimidade passiva

O *habeas corpus* deverá ser impetrado contra o ato do coator, que poderá ser tanto autoridade (delegado de polícia, promotor de justiça, juiz de direito, tribunal etc.) como particular.[55] No primeiro caso, nas hipóteses de ilegalidade e abuso de poder, enquanto no segundo caso, somente nas hipóteses de ilegalidade.

Por óbvio, na maior parte das vezes, a ameaça ou coação à liberdade de locomoção por parte do particular constituirá crime previsto na legislação penal, bastando a intervenção policial para fazê-la cessar. Isso, porém, não impede a impetração do *habeas corpus*, mesmo porque existirão casos em que será difícil ou impossível a intervenção da polícia para fazer cessar a coação ilegal (internações em hospitais,[56] clínicas psiquiátricas).[57]

1.7 Hipóteses e espécies

1.7.1 Habeas corpus *preventivo (salvo-conduto)*

Quando alguém se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder. Assim, bastará, pois, a ameaça de coação à liberdade de locomoção,[58] para a obtenção de um salvo-conduto ao paciente, concedendo-lhe livre trânsito, de forma a impedir sua prisão ou detenção pelo mesmo motivo que ensejou o *habeas corpus.* Pretende *evitar* o desrespeito à liberdade de locomoção.[59]

1.7.2 Habeas corpus *liberatório ou repressivo*

Quando alguém estiver sofrendo violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder. Pretende fazer *cessar* o desrespeito à liberdade de locomoção.

O STF não admite genericamente o *habeas corpus* coletivo, no qual as autoridades coatoras e os respectivos pacientes não são apontados, pois o *habeas corpus* exige a demonstração de constrangimento ilegal que implique coação ou iminência direta de coação à liberdade de ir e vir, não podendo ser utilizado como substituto de ação direta de inconstitucionalidade ou arguição descumprimento de preceito fundamental, em que se pretende conceder verdadeira *interpretação conforme a Constituição* para definir determinada situação genérica como proibitiva de cerceamento de liberdade.[60]

1.7.3 Liminar em habeas corpus

Em ambas as espécies haverá possibilidade de concessão de medida liminar, para se evitar possível constrangimento à liberdade de locomoção irreparável. Julio Fabbrini Mirabete lembra que,

> "embora desconhecida na legislação referente ao *habeas corpus*, foi introduzida nesse remédio jurídico, pela jurisprudência, a figura da 'liminar', que visa atender casos em que a cassação da coação ilegal exige pronta intervenção do Judiciário. Passou, assim, a ser mencionada nos regimentos internos dos tribunais a possibilidade de concessão de liminar pelo relator, ou seja, a expedição do salvo conduto ou a ordem liberatória provisória antes do processamento do pedido, em caso de urgência",

concluindo que

> "como medida cautelar excepcional, a liminar em *habeas corpus* exige requisitos: o *periculum in mora* (probabilidade de dano irreparável) e o *fumus boni iuris* (elementos da impetração que indiquem a existência de ilegalidade no constrangimento)".[61]

1.8 Possibilidade de supressão

Por tratar-se de *cláusula pétrea* (art. 60, § 4º, IV), o *habeas corpus* não poderá ser suprimido do ordenamento jurídico, em nenhuma hipótese. Porém, em virtude das medidas de exceção previstas pelos arts. 136 (Estado de Defesa) e 139 (Estado de Sítio), o âmbito de atuação do *habeas corpus* poderá ser diminuído, inclusive com a permissão de prisões decretadas pela autoridade administrativa. Nunca, porém, suprimido.[62]

Assim, o Estado de Defesa e o Estado de Sítio não suspendem a garantia fundamental do *habeas corpus*, mas diminuem sua abrangência, pois as medidas excepcionais permitem uma maior restrição legal à liberdade de locomoção, inclusive, repita-se, por ordem da autoridade administrativa.

1.9 *Habeas corpus* e assistente

A doutrina não permite a intervenção do assistente da acusação no processo de *habeas corpus*,[63] tendo, porém, o Supremo Tribunal Federal, por votação majoritária, resolvendo questão preliminar, entendido legítima a intervenção na ação penal de *habeas corpus*, inclusive para fazer sustentação oral, do credor fiduciário, autor da ação civil de depósito, quando à época era possível a decretação dessa modalidade de prisão civil.[64]

1.10 Excesso de prazo

O *habeas corpus* poderá ser utilizado como meio processual adequado para cessar constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do acusado-preso, decorrente de abusivo excesso de prazo para o encerramento da instrução processual penal.[65]

Não constitui constrangimento ilegal, sanável por meio de *habeas corpus*, o razoável excesso de prazo ocorrido na instrução processual penal pela complexidade e gravidade do feito,[66] por exigência da própria defesa em arrolar testemunhas residentes em comarcas diversas,[67] ou em virtude do grande número de acusados,[68] incidentes justificáveis,[69] ou ainda mais quando a instrução teve curso regular.[70]

Igualmente, não haverá excesso de prazo, sanável pelo referido *writ*, quando a dúvida sobre a competência para o processo e julgamento já houver sido dirimida.[71]

Também a greve de serventuários da justiça configura força maior, não ensejando alegação de excesso de prazo[72] em sede de *habeas corpus*, devendo os prazos recomeçarem a fluir na data em que é publicado o ato pelo qual o tribunal comunica às partes e aos procuradores a cessação da situação de anormalidade e a retomada do andamento dos processos.[73]

1.11 *Habeas corpus* impetrado contra coação ilegal atribuída à Turma do Supremo Tribunal Federal

As decisões de qualquer das Turmas do Pretório Excelso são inatacáveis por *habeas corpus,* uma vez que a Turma, quando profere julgamento, em matéria de sua competência, representa o próprio Supremo Tribunal Federal.[74] Dessa forma, a circunstância de o objeto impugnado ser decisão emanada da própria Corte – *órgão fracionário ou não* – inviabiliza o ajuizamento do *writ*.[75]

O STF, alterando seu posicionamento,[76] passou a entender incabível *habeas corpus* contra decisão monocrática de Ministro do STF, no curso de investigação criminal.[77]

1.12 *Habeas corpus* contra ato único ou colegiado de tribunais regionais federais ou estaduais

A disciplina constitucional sobre a competência para o ajuizamento de *habeas corpus* contra ato único ou colegiado de tribunais regionais federais ou tribunais estaduais foi alterada pela Emenda Constitucional nº 22, de 18 de março de 1999,[78] que deixou de fazer diferenciação entre essas duas hipóteses.

Na vigência do texto original da Constituição, competia ao Superior Tribunal de Justiça conhecer, originariamente, de *habeas corpus* quando coator ou paciente fosse Desembargador do Tribunal de Justiça ou Juiz de Tribunal Regional Federal.[79] Igualmente, apesar da ausência de previsão constitucional em relação aos juízes dos tribunais de alçada, uma vez que não estão arrolados entre as autoridades a que alude o art. 105, I, *a*, da Constituição Federal, analogicamente, seria competente para processar e julgar os *habeas corpus* contra atos monocráticos daquelas autoridades o Superior Tribunal de Justiça.[80]

Tratando-se, entretanto, de ato de órgão colegiado ou do próprio Plenário de Tribunal Regional Federal ou Tribunais Estaduais, a competência para o *habeas corpus*, entendia a jurisprudência,[81] era do Supremo Tribunal Federal.[82]

Esse mesmo entendimento fixava a competência do STF para o julgamento de *habeas corpus* contra decisão que o presidente da câmara do Tribunal de Justiça houvesse tomado em nome do órgão colegiado por ele presidido.[83]

Dessa forma, o entendimento anterior à Emenda Constitucional nº 22/99 determinava ser competência do Superior Tribunal de Justiça o julgamento de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator ou ato único de Desembargador ou Juiz de Alçada, em tribunal local, ou de juiz do Tribunal Regional Federal, somente competindo ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os *habeas corpus* dirigidos contra ato de Colegiado.[84]

As novas redações dos arts. 102, I, *i* ("*Compete ao Supremo Tribunal Federal (...) processar e julgar, originariamente: o* habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância*"), e 105, I, *c* ("*Compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, os habeas corpus, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea* a*,* quando coator for tribunal, sujeito à sua jurisdição*, ou Ministro de Estado, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral*"), dadas pelas Emendas Constitucionais nº 22 e 23 de 1999, alteraram esse posicionamento, pois unificaram a competência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar originariamente o *habeas corpus* direcionado contra ato ou decisão provenientes dos Tribunais Regionais Federais ou dos Tribunais estaduais, independentemente de tratar-se de atos únicos ou de atos colegiados.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal não mais possui competência para processar e julgar originariamente os *habeas corpus* dirigidos contra atos colegiados dos Tribunais Regionais Federais ou dos Tribunais estaduais. Essa competência passou a ser do Superior Tribunal de Justiça, com a possibilidade de recurso ordinário constitucional dirigido ao STF, desde que a decisão seja denegatória (CF, art. 102, II, *a*).[85]

Ao STF permanece a competência originária para os *habeas corpus* ajuizados em face dos Tribunais Superiores.

Nesse sentido, ambas as turmas do Supremo Tribunal Federal já pacificaram o assunto.

Em questão de ordem, decidiu a 2ª Turma do STF que: "O Supremo Tribunal Federal é competente para processar e julgar, originariamente, o *habeas corpus* quando o ato de coação emana de decisão colegiada de *Tribunal Superior* (art. 102, I, *i*, da Constituição, com a redação dada pelo art. 2º da Emenda Constitucional nº 22, de 1999). O Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar, originariamente, o *habeas corpus* quando o ato de coação emana de decisão colegiada dos demais tribunais do País, ressalvada a competência do Tribunal Superior Eleitoral (art. 105, I, *c*, da Constituição, com a redação dada pelo art. 3º da Emenda Constitucional nº 22, de 1999) e a do Superior Tribunal Militar (art. 124, parágrafo único, da Constituição). Questão de ordem resolvida no sentido de proclamar a eficácia imediata das normas que dispõem sobre a competência (Emenda Constitucional nº 22, de 1999) e declarar, em consequência, a incompetência superveniente do Supremo Tribunal Federal, visto que passou a ser competente o Superior Tribunal de Justiça, determinando-se a remessa dos autos."[86]

Igualmente decidiu a 1ª Turma do Pretório Excelso que: "A EC 22, de 18-3-99, deu nova redação aos arts. 102, I, *i*, e 105, I, *c*, da Constituição, de modo a transferir do Supremo Tribunal para o Superior Tribunal de Justiça, a competência originária para conhecer de *habeas corpus* contra coação imputada aos tribunais de segundo grau sujeitos à sua jurisdição. Essa a espécie e sendo a emenda constitucional de aplicabilidade imediata aos processos em curso, declino da competência do STF para o Superior Tribunal de Justiça, ao qual se remeterão os autos."[87]

1.13 *Habeas corpus* contra ato ilegal imputado a promotor de justiça

Segundo entendimento pacífico no Supremo Tribunal Federal compete ao Tribunal de Justiça, em face dos arts. 96, III, e 125, § 1º, da Constituição Federal, processar e julgar *habeas corpus* contra ato ilegal imputado a promotor de justiça.[88] Da mesma forma, se a coação for de membro do Ministério Público Federal que atue perante a 1ª instância da Justiça Federal, a competência para o processo e julgamento do *habeas corpus* será do Tribunal Regional Federal.[89]

1.14 *Habeas corpus* contra ato da Turma Recursal nos Juizados Especiais Criminais

As novas redações dos arts. 102, I, *i*, e 105, I, *c*, da Constituição Federal, dadas pelas Emendas Constitucionais nº 22 e 23 de 1999, deveriam ter alterado o posicionamento pacífico da jurisprudência de competir ao Supremo Tribunal Federal[90] o processo e julgamento do *habeas corpus* contra ato da Turma Recursal dos Juizados Especiais Criminais estaduais ou federais, previstos no art. 98, I, e § 1º,[91] da CF, e na Lei nº 9.099/95.

Tal entendimento baseia-se na unificação de competência originária para processar e julgar os *habeas corpus* dirigidos contra atos ou decisões dos Tribunais Regionais Federais ou Tribunais estaduais, sejam únicos ou colegiados, no Superior Tribunal de Justiça (cf. neste capítulo, item 1.11).

Dessa forma, de igual maneira, caberia ao STJ o processo e julgamento do *habeas corpus* ajuizado contra atos ou decisões colegiados proferidos pela 2ª instância dos Juizados Especiais Criminais.

Não foi, porém, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que entendeu continuar "competente para julgar o *habeas corpus* contra decisão

emanada de Turma do Conselho Recursal dos Juizados Especiais Criminais, em face da promulgação da EC 22/99", uma vez que "considerou que, mesmo com a nova redação da EC nº 22/99, permaneceu o silêncio da CF a respeito do *habeas corpus* contra ato das turmas recursais, subsistindo, portanto, o entendimento proferido pelo STF no julgamento do HC 71.713-PB (julgado em 26-10-94, *DJ* de 26.10.2001), em que se decidiu que a brevidade dos juizados especiais não dispensa o controle de constitucionalidade de normas, estando as decisões de turmas recursais exclusivamente sujeitas à jurisdição do STF".[92]

Nesse sentido, o STF editou a Súmula 690: "Compete originariamente ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de *habeas corpus* contra decisão de turma recursal de juizados especiais criminais."

Ocorre, porém, que a nova composição da Corte Suprema alterou o posicionamento consagrado na referida súmula, passando a consagrar os Tribunais de Justiça estaduais como órgãos competentes para processar e julgar *habeas corpus* contra ato de turma recursal de Juizado Especial Criminal.[93]

1.15 *Habeas corpus* contra ato do juiz especial nos Juizados Especiais Criminais

O Tribunal local será competente para processar e julgar os *habeas corpus* contra ato do juiz, nos Juizados Especiais Criminais, uma vez que o art. 98, I, da Constituição Federal prevê somente a possibilidade de julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.[94]

Igualmente, os Tribunais Regionais Federais serão competentes para o processo e julgamento de *habeas corpus* contra ato do juiz federal que atue nos Juizados Especiais Federais, nos termos do art. 108, I, *d*, da Constituição Federal.[95] Nessa hipótese, não houve qualquer previsão

específica da EC nº 22/99, que somente determinou que a lei federal poderá dispor sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.[96]

1.16 *Habeas corpus* e recursos ordinários – concomitância

A impetração de *habeas corpus* e a interposição do respectivo recurso ordinário, referentes ao mesmo ato, são conciliáveis, ainda que articulem os mesmos fatos e busquem a mesma situação jurídica, pois essa ação constitucional não encontra obstáculo na legislação ordinária, *em homenagem à liberdade de locomoção,* proclamada constitucionalmente. Dessa forma, tanto *habeas corpus* quanto o recurso devem ser apreciados, embora, eventualmente, um julgamento possa repercutir no outro.[97]

Não cabe, porém, valer-se o impetrante do *habeas corpus*, para fazer subir recurso interposto de decisão de tribunal *a quo*, quando ainda não publicado o acórdão recorrido, oportunidade em que se permite o processamento do recurso e a viabilidade de seu recebimento.[98]

Portanto, por ser o *habeas corpus* uma ação constitucional que visa impedir lesão ou restaurar o exercício do direito de liberdade, nada impedirá a concomitância com qualquer recurso, pois prevenir ou fazer cessar a violência ou coação não encontra obstáculo por determinação de rito ou encerramento do processo,[99] sendo, porém, lícito ao Tribunal remeter o exame da pretensão para o julgamento do recurso, de maior abrangência, quando o deslinde da matéria depender do exame de fatos ou do conjunto probatório.[100]

1.17 *Habeas corpus* – substituição de recurso ordinário constitucional prevista para denegação da ordem – viabilidade

A Constituição Federal admite que o interessado possa substituir o recurso ordinário constitucional contra a decisão denegatória do *habeas corpus,* dada em única ou última instância pelos tribunais regionais federais ou pelos tribunais estaduais, pelo *habeas corpus* originário perante o Superior Tribunal de Justiça, ficando, porém, a análise de eventual recurso apresentado prejudicada.[101]

Desta forma, deverá ser conhecido o pedido originário de *habeas corpus*, ainda que formulado em substituição ao recurso ordinário cabível da decisão denegatória de *habeas corpus*, posto que a vedação existente na antiga ordem constitucional (art. 119, *c*, da Constituição revogada) não foi reproduzida pelo legislador constituinte de 1988.[102]

Ressalte-se que, a partir da EC nº 22/99, não mais se discute a questão de competência, pois o Superior Tribunal de Justiça possui competência tanto para o julgamento originário do *habeas corpus* (CF, art. 105, I, *c*) quanto para o julgamento do recurso ordinário constitucional (CF, art. 105, II, *a*)[103] em relação às decisões dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais Estaduais.

Por fim, será cabível, em tese, pedido de *habeas corpus* contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, denegatório de outro *habeas corpus*, competindo, originariamente, ao Supremo Tribunal Federal processá-lo e julgá-lo,[104] não sendo obstáculo para tanto a possibilidade constitucional de interposição de recurso ordinário para o próprio Supremo Tribunal Federal, contra a denegação do *writ*,[105] pois sua simples interposição não propicia, de imediato, a tutela ao direito de locomoção.[106]

1.18 *Habeas corpus* e punições disciplinares militares

O art. 142, § 2º, da Constituição Federal estabelece que não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares. Essa previsão

constitucional deve ser interpretada no sentido de que *não haverá* habeas corpus *em relação ao* mérito *das punições disciplinares militares.*

Dessa forma, a Constituição Federal não impede o exame pelo Poder Judiciário dos pressupostos de legalidade a saber: hierarquia, poder disciplinar, ato ligado à função e pena susceptível de ser aplicada disciplinarmente.[107]

Pontes de Miranda, na vigência da Constituição Federal de 1946, já admitia a possibilidade de *habeas corpus* para a presente hipótese e explicava que

> "quem diz transgressão disciplinar refere-se, necessariamente a (a) *hierarquia*, através da qual flui o dever de obediência e de conformidade com instruções, regulamentos internos e recebimentos de ordens, (b) *poder disciplinar*, que supõe: a atribuição de direito de punir, disciplinarmente, cujo caráter subjetivo o localiza em todos, ou em alguns, ou somente em algum dos superiores hierárquicos; (c) *ato* ligado à função; (d) *pena*, suscetível de ser aplicada disciplinarmente, portanto, sem ser pela Justiça como Justiça",

para concluir

> "ora desde que há hierarquia, há poder disciplinar, há ato e há pena disciplinar, qualquer ingerência da Justiça na economia moral do encadeamento administrativo seria perturbadora da finalidade mesma das regras que estabelecem o dever de obediência e o direito de mandar".[108]

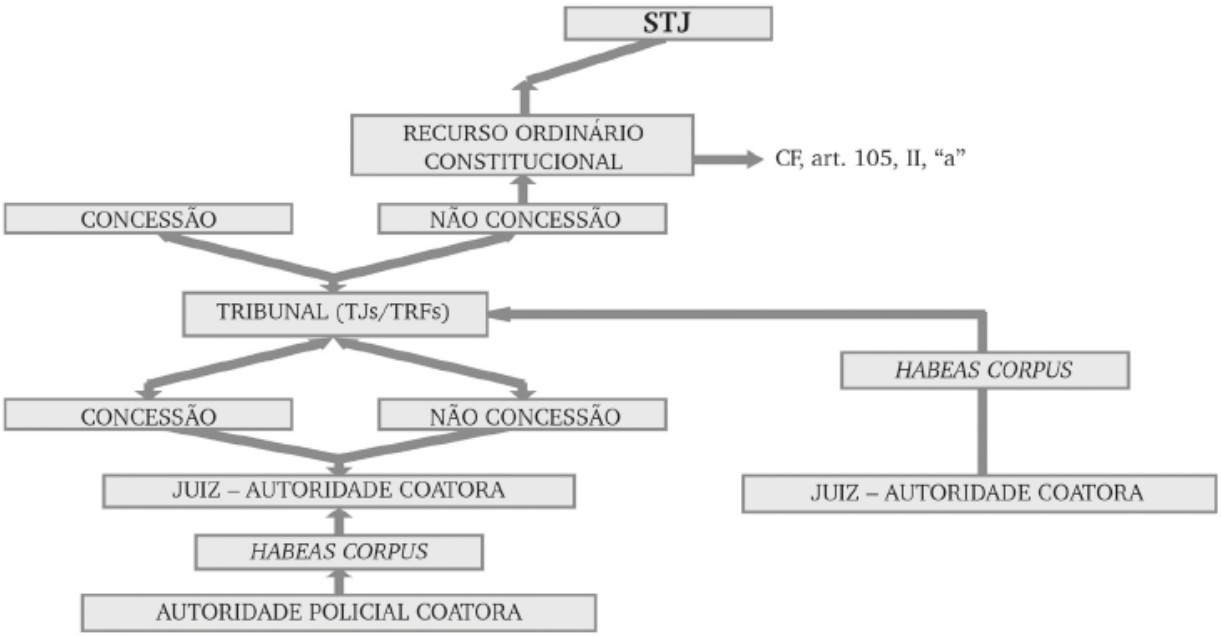
Ressalte-se que a Emenda Constitucional nº 18, de 5 de fevereiro de 1998, passou a prever expressamente matéria pacificada na doutrina e jurisprudência, sobre o não cabimento de *habeas corpus* também em

relação ao mérito das punições disciplinares aplicadas aos militares dos Estados, do Distrito Federal e Territórios.

1.19 Empate no *habeas corpus*

Ocorrido o empate na decisão em sede de *habeas corpus*, independentemente de tratar-se de ação originária, recurso ordinário constitucional, recurso especial ou recurso extraordinário, cumpre proclamar a decisão mais favorável ao paciente.[109]

1.20 Tutela da liberdade de locomoção – *habeas corpus* – recurso ordinário constitucional STJ



2 *HABEAS DATA*

2.1 Conceito

A Constituição Federal prevê em seu art. 5º, LXXII, que será concedido *habeas data*: (a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;[110] (b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo. Aponta-se sua origem remota na legislação ordinária nos Estados Unidos, por meio do *Freedom of Information Act* de 1974, alterado pelo *Freedom of Information Reform Act* de 1978, visando possibilitar o acesso do particular às informações constantes de registros públicos ou particulares permitidos ao público.

Assim, pode-se definir o *habeas data* como o direito que assiste a todas as pessoas de solicitar judicialmente a exibição dos registros públicos ou privados, nos quais estejam incluídos seus dados pessoais, para que deles se tome conhecimento e, se necessário for, sejam retificados os dados inexatos ou obsoletos ou que impliquem discriminação.[111]

2.2 Natureza jurídica

O *habeas data* é uma ação constitucional, de caráter civil, conteúdo e rito sumário, que tem por objeto a proteção do direito líquido e certo do impetrante em conhecer todas as informações e registros relativos à sua pessoa e constantes de repartições públicas ou particulares acessíveis ao público, para eventual retificação de seus dados pessoais.[112]

2.3 Finalidade

Por meio do *habeas data* objetiva-se fazer com que todos tenham acesso às informações que o Poder Público ou entidades de caráter público (exemplo: serviço de proteção ao crédito) possuam a seu respeito.[113] Como relembra Michel Temer, acentuando o caráter democrático desse instrumento

> "é fruto de uma experiência constitucional anterior em que o governo arquivava, a seu critério e sigilosamente, dados referentes a convicção filosófica, política, religiosa e de conduta pessoal dos indivíduos".

Para delimitarmos o âmbito de atuação do *habeas data,* importante analisarmos a experiência portuguesa,[114] onde os arts. 26[115] e 35[116] da Constituição da República preveem proteção semelhante à nossa.[117]

Canotilho e Vital Moreira ensinam que

> "no âmbito normativo do direito à identidade pessoal inclui-se o direito de acesso à *informação sobre a identificação civil* a fim de o titular do direito tomar conhecimento dos dados de identificação e poder exigir a sua rectificação ou actualização – através de informação escrita, certidão, fotocópia, microfilme, registro informático, consulta do processo individual, acesso directo ao ficheiro central".[118]

Ressalte-se, como o faz José da Silva Pacheco, que várias decisões judiciais pré-Constituição de 1988 já admitiam a utilização do mandado de segurança, com a finalidade hoje estabelecida para o *habeas data*.[119]

2.4 Cabimento

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[120] e do Superior Tribunal de Justiça[121] firmou-se no sentido da necessidade de negativa da via administrativa para justificar o ajuizamento do *habeas data,* de maneira que inexistirá interesse de agir a essa ação constitucional se não houver relutância do detentor das informações em fornecê-las ao interessado. Tendo o *habeas data* natureza jurídica de ação constitucional, submetem-se às condições da ação, entre as quais o interesse de agir, que nessa hipótese

configura-se, processualmente, pela resistência oferecida pela entidade governamental ou de caráter público, detentora das informações pleiteadas.[122] Faltará, portanto, essa condição da ação se não houver solicitação administrativa, e consequentemente negativa no referido fornecimento.[123]

Nesse mesmo sentido decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal, entendendo que

> "o acesso ao *habeas data* pressupõe, dentre outras condições de admissibilidade, a existência do interesse de agir. *Ausente* o interesse legitimador da ação, torna-se inviável o exercício desse remédio constitucional. A prova do anterior indeferimento do pedido de informação de dados pessoais, ou da omissão em atendê-lo, constitui requisito indispensável para que se concretize o interesse de agir no *habeas data.* Sem que se configure situação prévia de pretensão resistida, há carência da ação constitucional do *habeas data*".[124]

Desta forma, para exercer judicialmente o direito postulativo, entende a jurisprudência ser indispensável a prova de ter o impetrante requerido, na via administrativa, as informações pretendidas.[125]

Esse entendimento foi adotado pela Lei nº 9.507/97, que em seu art. 8º, parágrafo único, prevê que a petição inicial deverá ser instruída da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão; da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de quinze dias, sem decisão; da recusa em fazer-se a anotação sobre a explicação ou contestação sobre determinado dado, mesmo que não seja inexato, justificando possível pendência sobre o mesmo ou do decurso de mais de quinze dias sem decisão. Certo, porém, que a citada lei diminuiu a discricionariedade do detentor das informações, pois permitiu o acesso ao Judiciário após determinado lapso de tempo sem resposta ao impetrante.

Apesar da jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, entendemos contrária à Constituição Federal a exigência do prévio esgotamento da via administrativa para ter-se acesso ao Poder Judiciário, via *habeas data*. Em momento algum, o legislador constituinte restringiu a utilização dessa ação constitucional, não podendo o intérprete restringi-la.[126]

Entendemos por esses motivos que o parágrafo único do art. 8º da Lei nº 9.507/97 deve ser interpretado conforme a Constituição Federal, no sentido de não se exigir em todas as hipóteses a prova de recusa do órgão competente ao acesso às informações ou da recusa em fazer-se a retificação, ou ainda, da recusa em fazer-se a anotação, mas tão só nas hipóteses em que o impetrante, primeiramente, *optou pelo acesso às instâncias administrativas.* Nessas hipóteses, bastaria ao impetrante essa prova, sem que houvesse necessidade de esgotamento de toda a via administrativa. Se, porém, o impetrante optasse diretamente pelo Poder Judiciário, a prova exigida pelo citado parágrafo único não se lhe aplicaria, por impossibilidade de restringir-se a utilização de uma ação constitucional, sem expressa previsão no texto maior.

2.5 Legitimação ativa

O *habeas data* poderá ser ajuizado tanto por pessoa física, brasileira ou estrangeira, quanto por pessoa jurídica,[127] pois em relação a essas, como explica Pedro Henrique Távora Niess, "por terem existência diversa das pessoas físicas que as integram, têm direito à correta identificação própria no mundo social".[128]

Miguel Ángel Ekmekdjian e Calogero Pizzolo observam que o art. 25.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos habilita tanto as pessoas físicas como as jurídicas a reclamar a proteção de direitos humanos, citando exemplo em que o Tribunal das Comunidades Europeias reconheceu às

pessoas jurídicas o respeito a vida privada e à intimidade como direitos inerentes a elas, afirmando que necessariamente deveriam estar protegidas pelo mesmo corpo normativo das pessoas físicas.

Por meio de *habeas data* só se podem pleitear informações relativas ao próprio impetrante, nunca de terceiros. O *caráter personalíssimo* dessa ação constitucional deriva da própria amplitude do direito defendido, pois o direito de saber os próprios dados e registros constantes nas entidades governamentais ou de caráter público compreende o direito de que esses dados não sejam devassados ou difundidos a terceiros.

Excepcionalmente, o extinto Tribunal Federal de Recursos, em sessão plenária, admitiu a legitimação para o *habeas data* para os herdeiros do morto ou seu cônjuge supérstite, salientando, porém, tratar-se de decisão.

> "que supera o entendimento meramente literal do texto, com justiça, pois não seria razoável que se continuasse a fazer uso ilegítimo e indevido dos dados do morto, afrontando sua memória, sem que houvesse meio de corrigenda adequada".[129]

2.6 Legitimação passiva

Poderão ser sujeitos passivos do *habeas data* as entidades governamentais, da administração pública direta e indireta, bem como as instituições, entidades e pessoas jurídicas privadas que prestem serviços para o público ou de interesse público, e desde que detenham dados referentes às pessoas físicas ou jurídicas.[130]

A Constituição Federal traz um rol exemplificativo de algumas autoridades que podem ser sujeitos passivos do *habeas data* (CF, art. 102, I, *d*; art. 105, I, *b*), as quais terão que justificar a razão de possuírem registros e dados íntimos sobre determinados indivíduos, sob pena de responsabilização política, administrativa, civil e penal. Como bem observa Celso Bastos,

> "se não houver uma séria justificativa a legitimar a posse pela administração destes dados, eles serão lesivos ao direito à intimidade assegurado no inc. X, do art. 5º, da Constituição. Em princípio, portanto, não há possibilidade de registro público de dados relativos à intimidade da pessoa. Seria um manifesto contrassenso que houvesse o asseguramento constitucional do direito à intimidade, mas que concomitantemente o próprio texto constitucional estivesse a permitir o arquivamento de dados relativos à vida íntima do indivíduo".[131]

2.7 Procedimento (Lei nº 9.507/97)

O procedimento do *habeas data,* assim como o do mandado de injunção, não foram regulamentados imediatamente com a promulgação da Constituição Federal. Assim, a doutrina e a jurisprudência passaram a aplicar-lhe o mesmo procedimento do mandado de segurança.[132] Com a edição da Lei nº 8.038/90, que institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, ficou expressamente estipulado que no mandado de injunção e no *habeas data* seriam observadas, no que coubesse, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica (art. 24, parágrafo único).

Em relação aos *habeas data*, porém, foi editada a Lei nº 9.507, de 12-11-1997, cuja ementa prevê: *regula o direito de acesso à informação e disciplina o rito processual do habeas data*.[133] Anote-se, desde logo, que a citada lei, ao disciplinar o procedimento do *habeas data*, guardava profunda semelhança com a antiga Lei nº 1.533, de 31-12-1951, que regulamentava o procedimento do mandado de segurança, revogada pela **Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009**.

Os processos de *habeas data* terão prioridade sobre todos os atos judiciais, exceto em relação ao *habeas corpus* e mandado de segurança.

O art. 8º da citada lei estipula que a petição inicial, que deverá preencher os requisitos dos arts. 319 a 321 do Código de Processo Civil, será apresentada em duas vias, e os documentos que instruírem a primeira serão reproduzidos por cópia na segunda. Além disso, seu parágrafo único prevê que a petição inicial deverá ser instruída com prova de uma das três situações seguintes:

- da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão;
- da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de quinze dias, sem decisão;
- da recusa em fazer-se a anotação sobre a explicação ou contestação sobre determinado dado, mesmo que não seja inexato, justificando possível pendência sobre o mesmo; ou o decurso de mais de quinze dias, sem decisão.

Entendendo a autoridade judicial ser caso de indeferimento da petição inicial, seja por não ser caso de *habeas data,* seja por lhe faltar algum dos requisitos previstos na lei, poderá o fazer desde logo, cabendo dessa decisão o recurso de apelação (art. 15 da Lei nº 9.507/97).

Não se tratando de caso de indeferimento, o juiz, ao despachar a petição inicial, determinará a notificação do coator, para que no prazo de dez dias preste as informações que julgar necessárias. Juntamente com a notificação, seguirá a segunda via do *habeas data* instruída com a documentação inicial. Após o término desse prazo, será ouvido o Ministério Público, dentro de cinco dias, e os autos serão conclusos ao juiz para decisão a ser proferida também em cinco dias.

Da sentença que conceder ou negar o *habeas data* caberá o recurso de apelação. Ressalte-se que no procedimento previsto para o *habeas data* só há lugar para recursos voluntários, não se repetindo a previsão do antigo art. 12 da Lei nº 1.533/51 – revogado pela Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009 –, que previa o duplo grau de jurisdição obrigatório (reexame necessário) das decisões concessivas do mandado de segurança.

Os prazos dos recursos no procedimento do *habeas data,* por ausência de expressa previsão na referida lei, são os mesmos previstos no Código de Processo Civil, contando-se em dobro para a Fazenda Pública e para o Ministério Público (CPC/2015, arts. 180 e 183).

São legitimados para interposição do recurso de apelação: o impetrante; o Ministério Público; o coator e as entidades governamentais, da administração pública direta e indireta, bem como as instituições, entidades e pessoas jurídicas privadas que prestem serviços para o público ou de interesse público, desde que detenham dados referentes às pessoas físicas ou jurídicas, a que pertencer o coator.

A lei expressamente determina no parágrafo único do art. 15 que: *Quando a sentença conceder o* habeas data*, o recurso terá efeito meramente devolutivo.* Dessa forma, a execução da sentença concessiva de *habeas data* é imediata, mediante o específico cumprimento da determinação da autoridade judiciária.

Ressalte-se que apesar de a lei excluir o efeito suspensivo da sentença que conceder o *habeas data,* existirá a possibilidade de o Presidente do Tribunal ao qual competir o conhecimento do recurso ordenar ao juiz a suspensão da execução da sentença.

Dessa forma, como *regra geral*, o juiz de 1º grau está impossibilitado de conceder efeito suspensivo ao recurso de apelação da sentença que concedeu o *habeas data*, nada impedindo, porém, a *suspensão dos efeitos do habeas data* por ato do Presidente do Tribunal que deverá motivar seu despacho, cabendo agravo para o Tribunal que o presida. Sendo assim, a

suspensão da execução provisória da sentença concessiva de *habeas data* não poderá ser obtida por meio do recurso de apelação, de qualquer outro recurso ou ação genérica, nem mesmo por mandado de segurança, vez que a própria lei estipula, de forma taxativa e expressa, a medida possível – *despacho do Presidente do Tribunal*.[134]

A lei prevê, especificamente, que nos casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos demais Tribunais caberá ao relator a instrução do processo.

A Constituição Federal isentou de custas e despesas judiciais o processo de *habeas data* (CF, art. 5º, LXXVII), por tratar-se de mecanismo de exercício de soberania popular, através do direito de conhecimento que é universal em um Estado democrático de direito. Essa previsão foi repetida no art. 21 da citada lei.

2.8 Direito ao conhecimento e à retificação

Há dupla finalidade no *habeas data*.[135] A primeira refere-se à obtenção de informações existentes na entidade governamental ou daquelas de caráter público. A segunda, consistente em eventual retificação dos dados nelas constantes. O direito de retificar eventuais informações errôneas, obsoletas ou discriminatórias constitui um complemento inseparável ao direito de acesso às informações.

Dessa forma, o *habeas data* tem natureza mista, pois se desenvolve em duas etapas. Primeiramente, será concedido ao impetrante o direito de acesso às informações (*natureza mandamental*); para, posteriormente, se necessário e devidamente comprovada a necessidade, serem as mesmas retificadas (*natureza constitutiva*), salvo se o impetrante já tiver conhecimento dos dados e registros, quando então será possível a utilização desse remédio constitucional somente para corrigi-las ou atualizá-las.

Como ressaltam Canotilho e Vital Moreira,

> "o direito ao conhecimento dos dados pessoais existentes em registros informáticos é uma espécie de direito básico nesta matéria (*habeas data* já lhe chamaram) e desdobra-se, por sua vez, em vários direitos, designadamente: (a) o *direito de acesso,* ou seja, o direito de conhecer os dados constantes de registros informáticos, quaisquer que eles sejam (públicos ou privados); (b) o *direito ao conhecimento da identidade dos responsáveis bem como o direito ao esclarecimento* sobre a finalidade dos dados; (c) o *direito de contestação*, ou seja, direito à rectificação dos dados e sobre identidade e endereço do responsável; (d) *o direito de actualização* (cujo escopo fundamental é a correção do conteúdo dos dados em caso de desactualização); (e) finalmente, o *direito de eliminação* dos dados cujo registro é interdito".[136]

Ressalte-se que no *habeas data* bastará ao impetrante o simples desejo de conhecer as informações relativas à sua pessoa, independentemente de revelação das causas do requerimento ou da demonstração de que elas se prestarão à defesa de direitos, pois o direito de acesso é *universal*, não podendo ficar dependente de condições que restrinja seu exercício, nem mesmo em relação a determinação de um prazo de carência.

A Lei nº 9.507, de 12-11-1997, que regulamentou o rito processual do *habeas data,* trouxe uma terceira finalidade para esse remédio constitucional. Assim, além das duas finalidades constitucionais já analisadas, prevê o inciso III do art. 7º da citada lei que conceder-se-á *habeas data* para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre *dado verdadeiro*, mas justificável, e que esteja sob pendência judicial ou amigável. Vislumbra-se nessa ampliação legislativa da incidência do *habeas data* a ideia de evitar-se ou remediar-se possíveis humilhações que possa sofrer o indivíduo em virtude de dados constantes que, apesar de verdadeiros, seriam insuficientes para uma correta

e ampla análise, possibilitando uma interpretação dúbia ou errônea, se não houvesse a oportunidade de maiores esclarecimentos.[137]

A lei, ainda, determinou que na decisão que julgar procedente o pedido, o juiz marcará data e horário para que o coator apresente ao impetrante as informações a seu respeito, constantes de registros ou bancos de dados ou apresente em juízo a prova da retificação ou da anotação feita nos assentamentos do impetrante. A decisão será comunicada ao coator, por correio, com aviso de recebimento, ou por telegrama, radiograma ou telefonema, conforme o requerer o impetrante, sendo que os originais, no caso de transmissão telegráfica, radiofônica ou telefônica, deverão ser apresentados à agência expedidora, com a firma do juiz devidamente reconhecida.

Anote-se que no caso de decisão denegatória, o pedido de *habeas data* poderá ser renovado se não houver sido apreciado o mérito.

2.9 Competência

Compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Tribunal.

Além disso, o art. 102, II, *a*, da Constituição Federal estabelece competir ao Supremo Tribunal Federal julgar em recurso ordinário os *habeas data* decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.

O art. 105, I, *b*, da Constituição determina competir ao Superior Tribunal de Justiça julgar os *habeas data* contra atos de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ou do próprio Tribunal.[138]

A Constituição estabelece, ainda, outras regras de competência sobre *habeas data*, competindo ao Tribunal Superior Eleitoral julgar em recurso ordinário o *habeas data* denegado pelos Tribunais Regionais Eleitorais (CF, art. 121, § 4º, V); aos Tribunais Regionais Federais processar e julgar originariamente o *habeas data* contra ato do próprio Tribunal ou de Juiz Federal (CF, art. 108, I, *c*) e aos juízes federais processar e julgar o *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os casos anteriormente descritos (CF, art. 109, VIII).

A EC nº 45/04 trouxe como competência da Justiça do Trabalho os *habeas data* quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição (CF, art. 114, IV). Além disso, nos termos da citada emenda constitucional, o STF será competente para processar e julgar *habeas data* ajuizado em face dos Conselhos Nacionais da Justiça e do Ministério Público (CF, art. 102, I, *r*).

Por fim, com base no art. 125, § 1º, da Carta Magna, cada Estado-membro estabelecerá no âmbito da justiça estadual a competência para processo e julgamento do *habeas data*.[139]

A Lei nº 9.507/97, em seu art. 20, pretendendo regulamentar as competências originárias e recursais do julgamento do *habeas data*, simplesmente repetiu as previsões constitucionais já analisadas.

2.10 *Habeas data* e dados sigilosos

Outra questão difícil e importante em relação ao *habeas data* diz respeito ao seu cabimento em relação a dados e registros acobertados pelo sigilo da defesa nacional. A doutrina diverge sobre o assunto, ora entendendo a amplitude geral do *habeas data*, fundamentando-se na ausência de informações sigilosas em relação ao próprio informado;[140] ora a possibilidade de sua restrição a fatos relacionados com a defesa nacional,[141] aplicando-se a ressalva do art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal.[142]

A Constituição da República Portuguesa, diferentemente da nossa, expressamente ressalva a possibilidade de sigilo de dados sobre "o segredo de Estado e segredo de justiça" (art. 35, nº 1), na forma estabelecida em lei. Apesar da ressalva expressa, Canotilho e Vital Moreira afirmam que essa restrição ao conhecimento de dados está submetida aos limites constitucionais, impedindo-se que

> "a pretexto do segredo do Estado, ou do segredo de justiça, os dados pessoais sejam aqui remetidos para um simples domínio interno da *administração secreta*, livre da lei com inobservância dos princípios fundamentais de transparência, finalidade, proporcionalidade, actualidade e reserva da vida privada e familiar".[143]

Não obstante as diferenças entre ambas as constituições, parece ter sido essa a interpretação do antigo Tribunal Federal de Recursos, cujos ministros atualmente compõem o Superior Tribunal de Justiça permitindo, desde que plenamente justificado, o sigilo da defesa do Estado e da sociedade, ao proclamar:

> "Vai daí que as disposições contidas no parágrafo único, art. 4º, do Decreto nº 96.876/88 – Regulamento do SNI – quando aplicadas sem justificação objetiva, apenas com o sopro do subjetivismo da prevenção ideológico-política, condensará ato desafiador à ordem constitucional atraindo a conveniente reparação pelo Judiciário. Nesse caso, o juiz examinará o limite da atuação administrativa, defrontada com o princípio da exigibilidade do acesso às informações, quando for o caso, fazendo recuar os abusos e desvios da autoridade (*compelling power justice*)."[144]

Entendemos contrariamente a decisão do antigo TFR, ou seja, pela impossibilidade da aplicação analógica da restrição existente no art. 5º, XXXIII, em relação ao *habeas data*, pois estaríamos restringindo um direito constitucional arbitrariamente, sem qualquer previsão do legislador constituinte. Nesse sentido, importante transcrevermos, parcialmente, voto vencido do então Ministro do extinto Tribunal Federal de Recursos no citado HD nº 01, Ilmar Galvão, posteriormente no Supremo Tribunal Federal:

> "Por isso mesmo, a atual CF, ao instituir o *habeas data*, no art. 5º, LXXII, para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, ou a retificação dos respectivos dados, fê-lo sem qualquer restrição, residindo o mal-entendido no fato de haver a Consultoria-geral da República conjugado o mencionado dispositivo com o inc. XXXIII, que não trata de informes pessoais, mas de dados objetivos, acerca de outros assuntos porventura de interesse particular ou de interesse coletivo, coisa inteiramente diversa" (destaque nosso).

Assim, inaplicável a possibilidade de negar-se ao próprio impetrante todas ou algumas de suas *informações pessoais*, alegando-se sigilo em virtude da imprescindibilidade à segurança da Sociedade ou do Estado. Essa conclusão alcança-se pela constatação de que o direito de manter determinados dados sigilosos direciona-se a terceiros que estariam, em virtude da segurança social ou do Estado, impedidos de conhecê-los, e não ao próprio impetrante, que é o verdadeiro objeto dessas informações, pois se as informações forem verdadeiras, certamente já eram de conhecimento do próprio impetrante, e se forem falsas, sua retificação não causará nenhum dano à segurança social ou nacional.

Nesse sentido, inclusive, o STF reconheceu, que "o *habeas data* é a garantia constitucional adequada para a obtenção, pelo próprio contribuinte,

dos dados concernentes ao pagamento de tributos constantes de sistemas informatizados de apoio à arrecadação dos órgãos da administração fazendária dos entes estatais".[145]

3 MANDADO DE SEGURANÇA

3.1 Conceito e finalidade

O art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal consagrou novamente o mandado de segurança, introduzido no direito brasileiro na Constituição de 1934 e que não encontra instrumento absolutamente similar no direito estrangeiro. Assim, a Carta Magna prevê a concessão de mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data* quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.[146]

Conforme definido pela Lei nº 12.016/09, conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Mandado de segurança, na definição de Hely Lopes Meirelles, é

> "o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade,

> seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça".[147]

O mandado de segurança é conferido aos indivíduos para que eles se defendam de atos ilegais ou praticados com abuso de poder, constituindo-se verdadeiro instrumento de liberdade civil e liberdade política.[148] Desta forma, importante ressaltar que o mandado de segurança caberá contra os atos discricionários[149] e os atos vinculados,[150] pois nos primeiros, apesar de não se poder examinar o mérito do ato, deve-se verificar se ocorreram os pressupostos autorizadores de sua edição e, nos últimos, as hipóteses vinculadoras da expedição do ato.

3.2 Espécies

O mandado de segurança poderá ser *repressivo* de uma ilegalidade já cometida, ou *preventivo* quando o impetrante demonstrar justo receio de sofrer uma violação de direito líquido e certo por parte da autoridade impetrada.[151] Nesse caso, porém, sempre haverá a necessidade de comprovação de um ato ou uma omissão concreta que esteja pondo em risco o direito do impetrante, ou no dizer de Caio Tácito, "atos preparatórios ou indícios razoáveis, a tendência de praticar atos, ou omitir-se a fazê-lo, de tal forma que, a conservar-se esse propósito, a lesão de direito se torne efetiva".[152]

3.3 Natureza jurídica

O mandado de segurança é uma ação constitucional, de natureza civil, cujo objeto é a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Como afirmado por Castro Nunes,

> "garantia constitucional que se define por meio de pedir em juízo é garantia judiciária e, portanto, ação no mais amplo sentido, ainda que de rito especial e sumaríssimo".[153]

A natureza civil não se altera, tampouco impede o ajuizamento de mandado de segurança em matéria criminal, inclusive contra ato de juiz criminal, praticado no processo penal.[154]

3.4 Cabimento do mandado de segurança

O cabimento do mandado de segurança, em regra, será contra todo ato comissivo[155] ou omissivo[156] de qualquer autoridade no âmbito dos Poderes de Estado e do Ministério Público. Como salienta Ary Florêncio Guimarães,

> "decorre o instituto, em última análise, daquilo que os publicistas chamam de *obrigações negativas do Estado.* O Estado como organização sociojurídica do poder *não deve* lesar os direitos dos que se acham sob a sua tutela, respeitando, consequentemente, a lídima expressão desses mesmos direitos, por via da atividade equilibrada e sensata dos seus agentes, quer na administração direta, quer no desenvolvimento do serviço público indireto".[157]

O âmbito de incidência do mandado de segurança é definido residualmente, pois somente caberá seu ajuizamento quando o direito líquido e certo a ser protegido não for amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*.

Podemos assim apontar os quatro requisitos identificadores do mandado de segurança:

- ato comissivo ou omissivo de autoridade praticado pelo Poder Público ou por particular decorrente de delegação do Poder Público; e, ainda, os representantes ou órgãos de partidos

políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições;

- ilegalidade ou abuso de poder;
- lesão ou ameaça de lesão;
- caráter subsidiário: proteção ao direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data.* Anote-se, nesse sentido, que o direito de obter certidões sobre situações relativas a terceiros, mas de interesse do solicitante (CF, art. 5º, XXXIV) ou o direito de receber certidões objetivas sobre si mesmo, não se confunde com o direito de obter informações pessoais constantes em entidades governamentais ou de caráter público, sendo o mandado de segurança, portanto, a ação constitucional cabível. Portanto, a negativa estatal ao fornecimento das informações englobadas pelo direito de certidão configura o desrespeito a um direito líquido e certo, por ilegalidade ou abuso de poder passível de correção por meio de mandado de segurança.[158]

A Lei nº 1.533/51, em seu art. 5º, excluía o cabimento do mandado de segurança em três hipóteses: quando houvesse recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução; contra decisão judicial ou despacho judicial para o qual haja recurso processual eficaz, ou possa ser corrigido prontamente por via de correição;[159] contra ato disciplinar, a menos que praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial.

Ocorre que a referida lei devia, por óbvio, ser interpretada de acordo com a garantia constitucionalmente deferida à proteção do direito líquido e certo. Portanto, sempre seria cabível o mandado de segurança se as três

exceções previstas não forem suficientes para proteger o direito líquido e certo do impetrante. Assim, o particular não estava obrigado a exaurir a via administrativa para utilizar-se do mandado de segurança, pois esse não estava condicionado ao uso prévio de todos os recursos administrativos, uma vez que ao Judiciário não se pode furtar o exame de qualquer lesão de direito.[160] Da mesma maneira, se o recurso administrativo com efeito suspensivo não bastasse para a tutela integral do direito líquido e certo, plenamente cabível o mandado de segurança.[161] Igualmente, cabia mandado de segurança se o recurso judicial existente não possuísse efeito suspensivo que possibilitasse a correção imediata da ilegalidade, colocando em risco o direito líquido e certo.[162]

Em relação ao ato disciplinar, sempre será possível ao Judiciário, inclusive através do mandado de segurança, analisar os elementos do ato administrativo: sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade.[163]

O substrato de validade do mandado de segurança é retirado do próprio texto constitucional com a clara e precípua finalidade de proteção aos inúmeros direitos constitucionais não amparados pelo *habeas corpus* ou pelo *habeas data*; não havendo, portanto, possibilidade de restrições legais que impeçam sua efetiva utilização.

Dessa forma, o novo texto da Lei nº 12.016/09, ao repetir hipóteses de não concessão do mandado de segurança deve ser interpretada da mesma maneira que a anterior, ou seja, como *regra relativa* possível de afastamento sempre que as previsões legais *não forem suficientes para a proteção do direito líquido e certo* do impetrante, garantidos constitucionalmente.

Prevê a referida lei a impossibilidade de concessão do mandado de segurança de (1) *ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução*; (2) *de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo*;[164] (3) *de decisão judicial transitada em julgado*.[165]

O texto legal confirmou o pacífico entendimento pelo não cabimento do mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado;[166] mantendo, ainda, o posicionamento jurisprudencial, da impossibilidade de mandado de segurança contra lei ou ato normativo em tese,[167] salvo se veicularem autênticos atos administrativos, produzindo efeitos concretos individualizados.[168]

Igualmente, nos termos da Lei nº 12.016/09, não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.[169]

3.5 Conceito de direito líquido e certo[170]

Direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, ou seja, é aquele capaz de ser comprovado, de plano, por documentação inequívoca.[171] Note-se que o direito é sempre líquido e certo. A caracterização de imprecisão e incerteza recai sobre os fatos, que necessitam de comprovação. Importante notar que está englobado na conceituação de direito líquido e certo o fato que para tornar-se incontroverso necessite somente de adequada interpretação do direito,[172] não havendo possibilidades de o juiz denegá-lo, sob o pretexto de tratar-se de questão de grande complexidade jurídica.[173]

Assim, a impetração do mandado de segurança não pode fundamentar-se em simples conjecturas ou em alegações que dependam de dilação probatória incompatível com o procedimento do mandado de segurança.[174]

3.6 Legitimação ativa – impetrante

Sujeito ativo é o titular do direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*. Tanto pode ser pessoa física como jurídica, nacional ou estrangeira, domiciliada ou não em nosso País, além das universalidades reconhecidas por lei (espólio, massa falida, por exemplo) e

também os órgãos públicos despersonalizados, mas dotados de capacidade processual (chefia do Poder Executivo, Mesas do Congresso, Senado, Câmara, Assembleias, Ministério Público, por exemplo). O que se exige é que o impetrante tenha o direito invocado, e que este direito esteja sob a jurisdição da Justiça brasileira.

Dessa forma, possuem legitimação *ad causam* para requerer segurança contra ato tendente a obstar ou usurpar o exercício da integralidade de seus poderes ou competências as autoridades públicas, titulares dos chamados direitos-função, que têm por objeto a posse e o exercício da função pública pelo titular que a detenha, em toda a extensão das competências, atribuições e prerrogativas a elas inerentes.[175] Assim, os órgãos públicos despersonalizados, como, por exemplo, Mesas das Casas Legislativas, Presidências dos Tribunais, chefias do Ministério Público e do Tribunal de Contas, são legitimados para o ajuizamento de mandado de segurança em relação a sua área de atuação funcional e em defesa de suas atribuições institucionais.[176]

A Lei nº 12.016/09 expressamente admitiu a possibilidade de ajuizamento do mandado de segurança pelo titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro, desde que o seu titular não ajuíze o devido *writ* no prazo de 30 dias, quando notificado judicialmente.

Em relação ao Ministério Público, conforme o art. 32 da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público),[177] os Promotores de Justiça que atuam na primeira instância judicial podem ajuizar mandado de segurança inclusive perante os tribunais locais, desde que o ato ou a omissão ilegais advenham de juízo de primeira instância em processo que funcione, o que significa dentro de sua esfera de atribuições, determinadas pela lei. Conforme já tivemos a oportunidade de destacar, em nossa obra conjunta com Pazzaglini, Smanio e Vaggione,

> "a atividade de impetração de mandado de segurança pelo Promotor de Justiça que atua em primeiro grau de jurisdição tem a mesma natureza da interposição de recurso aos Tribunais, que está distanciada da atribuição do Ministério Público *junto* aos Tribunais".[178]

É esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, exposto já na vigência da atual Lei Orgânica Nacional, afirmando que como o Ministério Público é parte na relação jurídica processual, pode utilizar-se do mandado de segurança quando entende violado direito líquido e certo, competindo a impetração, perante os Tribunais locais, ao Promotor de Justiça quando o ato atacado emana de Juiz de primeiro grau de jurisdição.[179]

3.7 Legitimação passiva – impetrado

Sujeito passivo é a autoridade coatora que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado, responde pelas suas consequências administrativas e detenha competência para corrigir a ilegalidade, podendo a pessoa jurídica de direito público, da qual faça parte, ingressar como litisconsorte.[180] É firme e dominante a jurisprudência no sentido de que a indicação errônea da autoridade coatora afetará uma das condições da ação (*legitimatio ad causam*), acarretando, portanto, a extinção do processo, sem julgamento de mérito,[181] salvo "se aquela pertence à mesma pessoa jurídica de direito público; porquanto, nesse caso não se altera a polarização processual, o que preserva a condição da ação".[182]

A Lei nº 12.016/09 considera autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática.

Reafirme-se que a pessoa jurídica de direito público sempre será parte legítima para integrar a lide em qualquer fase, pois suportará o ônus da

decisão proferida em sede de mandado de segurança.[183]

A doutrina, porém, não é unânime em relação ao posicionamento jurisprudencial, ora também entendendo que sujeito passivo seria a pessoa jurídica de direito público que suportará os efeitos da possível concessão do *writ*,[184] ora que os sujeitos passivos, em litisconsórcio necessário, seriam a autoridade coatora e a pessoa jurídica de direito público.[185]

Poderão ser sujeitos passivos do mandado de segurança os praticantes de atos ou omissões revestidos de força jurídica especial e componentes de qualquer dos Poderes da União, Estados e Municípios, de autarquias, de empresas públicas e sociedades de economia mista exercentes de serviços públicos e, ainda, de pessoas naturais ou jurídicas de direito privado com funções delegadas do Poder Público,[186] como ocorre em relação às concessionárias de serviços de utilidade pública.[187]

Nesse sentido, expressamente a Lei nº 12.016/09 equiparou às autoridades, para fins de mandado de segurança, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições.

Anote-se que em relação ao mandado de segurança ajuizado contra ato de Promotor de Justiça, a jurisprudência entende de forma pacífica pela competência do juízo monocrático,[188] diferentemente, portanto, do que ocorre com o já estudado *habeas corpus*.

Saliente-se, por fim, que na hipótese de ajuizamento de mandado de segurança criminal, por parte do Ministério Público e em face de decisão judicial favorável ao réu, esse deverá ser chamado ao processo para intervir como litisconsorte passivo necessário, uma vez que a concessão da segurança certamente afetará sua situação jurídica. Conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, concluindo pela obrigatoriedade da citação do réu, na condição de litisconsorte passivo necessário,

> "o mandado de segurança não pode ser uma via transversa para afastar as garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal".[189]

3.8 Prazo para impetração do mandado de segurança

O prazo para impetração do mandado de segurança é de cento e vinte dias, a contar da data em que o interessado tiver conhecimento oficial do ato a ser impugnado.[190] Este prazo é decadencial do direito à impetração, e, como tal, não se suspende nem se interrompe desde que iniciado. Dentro do prazo decadencial, o pedido de mandado de segurança poderá ser renovado, se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que não ofende a Constituição a norma que estipula prazo para impetração do mandado de segurança,[191] tendo reiteradas vezes proclamado a plena compatibilidade vertical do antigo art. 18 da Lei nº 1.533/51 com o vigente texto da Constituição da República.[192] Igualmente ressalta o Superior Tribunal de Justiça que,

> "muito embora a Constituição Federal não estabeleça prazo para impetração do *writ*, nada impede que a legislação ordinária o faça. Por isso o art. 18, da Lei nº 1.533 foi recepcionado pela nova Carta. Portanto, ocorre a decadência quando a propositura da ação mandamental ultrapassar o prazo limite de 120 dias estabelecido na norma infraconstitucional".[193]

Alfredo Buzaid salientava que

> "o prazo para impetrar mandado de segurança, que é de cento e vinte dias, começa a fluir da ciência, pelo interessado, do ato a ser impugnado (Lei nº 1.533/51, art. 18). Geralmente conta-se o

> prazo a partir da publicação no *Diário Oficial* ou pela notificação individual do ato a ser impugnado, que lesa ou ameaça violar direito líquido e certo. Estas são as duas formas conhecidas de publicidade do ato administrativo. A comunicação pessoal, feita ao titular do direito, depois de decorrido o prazo de cento e vinte dias, não tem a virtude de reabrir o prazo já esgotado. Tal prazo extintivo, uma vez iniciado, flui continuamente; não se suspende nem se interrompe".[194]

Essa é a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça[195] e do Supremo Tribunal Federal, cujos julgados assinalaram que o termo inicial do prazo decadencial para impetração do mandado de segurança tem início com a publicação do ato impugnado no *Diário Oficial*.[196] O prazo foi mantido pela Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009.

Ressalte-se, por fim, que, em se tratando de mandado de segurança preventivo, inexiste a aplicação do prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias previsto na legislação infraconstitucional.[197]

3.9 Competência

A competência para processar e julgar o mandado de segurança é definida em função da hierarquia da autoridade legitimada a praticar a conduta, comissiva ou omissiva, que possa resultar em lesão ao direito subjetivo da parte[198] e não será alterada pela posterior elevação funcional dela.[199]

A Lei nº 12.016/09 considera federal a autoridade coatora se as consequências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado houverem de ser suportadas pela União ou entidade por ela controlada.

3.10 Competência do mandado de segurança contra atos e omissões de tribunais

O Supremo Tribunal Federal carece de competência constitucional originária para processar e julgar mandado de segurança impetrado contra qualquer ato ou omissão de Tribunal judiciário, tendo sido o art. 21, VI, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Loman) inteiramente recepcionado.[200] Por essa razão, a jurisprudência do Supremo é pacífica em reafirmar a competência dos próprios Tribunais para processarem e julgarem os mandados de segurança impetrados contra seus atos e omissões.[201]

Assim sendo, não se encontra no âmbito das atribuições jurisdicionais da Suprema Corte a apreciação do *writ* mandamental, quando ajuizado, por exemplo, em face de deliberações emanadas do Tribunal Superior Eleitoral, Tribunal Superior do Trabalho, do Superior Tribunal de Justiça, do Superior Tribunal Militar, dos Tribunais de Justiça dos Estados, dos Tribunais Regionais Federais e, ainda, dos Tribunais de Alçada.[202]

O mesmo ocorre em relação ao STJ, cuja Súmula nº 41 proclama: "O Superior Tribunal de Justiça não tem competência para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de outros Tribunais ou dos respectivos órgãos."

Anote-se, ainda, que não se encontra no rol de competências do Pretório Excelso o julgamento de mandados de segurança ajuizados contra decisão de suas turmas, visto que essas, quando julgam feitos de sua competência, representam o próprio Supremo Tribunal Federal (*RTJ* 160/480).

A mesma impossibilidade de impetração de mandado de segurança ocorre contra atos de conteúdo jurisdicional emanados pelo Plenário do STF, uma vez que a revisão de suas decisões somente será possível pela via da ação rescisória (*RTJ* 53/345; *RTJ* 61/308; *RTJ* 90/27).

Em relação aos Juizados Especiais, compete à própria Turma Recursal o julgamento de mandado de segurança impetrado contra seus atos;[203] também, sendo competência da Turma Recursal quando utilizado como medida substitutiva de recurso cabível contra decisão de Juiz dos Juizados Especiais.[204]

3.11 Mandado de segurança individual e coletivo e liminares

A concessão da liminar em mandado de segurança encontra assento no próprio texto constitucional. Assim, presentes os requisitos necessários à liminar, os seus efeitos imediatos e imperativos não podem ser obstados, [205] sendo inconstitucional qualquer previsão legal que vede ou condicione a concessão de medida liminar na via mandamental.[206]

Ocorre que a doutrina e a jurisprudência discutem importante questão sobre a disciplina das medidas liminares no mandado de segurança retirar sua força do próprio texto constitucional ou da legislação processual. As consequências da opção são amplas, principalmente porque no primeiro caso não será possível a edição de lei ou ato normativo impedindo a concessão de medida liminar em mandado de segurança, enquanto, pela segunda hipótese, nada obstará tal norma.

O Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de discutir amplamente essa questão no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 223-6/DF, ajuizada contra a Medida Provisória nº 173, que proibia a concessão de liminares em ações contra o Plano Econômico Collor I.

A decisão majoritária da Suprema Corte, com base no voto do Ministro Sepúlveda Pertence, entendeu que a restrição à concessão de liminares não acarretaria automaticamente lesão ao direito do indivíduo, pois “as medidas cautelares servem, na verdade, ao processo, e não ao direito da parte”, pois “visam dar eficácia e utilidade ao instrumento que o Estado engendrou para

solucionar os conflitos de interesse dos cidadãos". Desta forma, não se declarou a inconstitucionalidade da previsão normativa, ressaltando-se, porém, no voto do citado Ministro que

> "a solução estará no maneio 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 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, porque abusiva".

Assim, apesar de não declarar a inconstitucionalidade da referida medida provisória, por reconhecer que a liminar não é um direito constitucional, mas uma garantia legal do juízo, o Supremo Tribunal Federal expressamente autorizou que cada juiz, perante o caso concreto, realizasse o controle difuso de constitucionalidade, e concedesse ou não a liminar, independentemente da proibição da medida provisória.[207]

Os Ministros Paulo Brossard e Celso de Mello entenderam que a medida provisória estaria eivada de inconstitucionalidade, inclusive em relação à supressão das liminares do mandado de segurança, pois que retiram sua força do próprio texto constitucional.

Posteriormente, em novo julgamento o Supremo Tribunal Federal suspendeu liminarmente diversos artigos da Medida Provisória nº 375, em face de inconstitucionalidade, afirmando que a limitação à concessão de medidas liminares pelo Poder Judiciário é incompatível com a Constituição.[208]

Nesse julgamento, o Pleno do Pretório Excelso concluiu que a vedação à concessão de liminares "obstrui o serviço da Justiça, criando obstáculos à

obtenção da prestação jurisdicional e atentando contra a separação dos poderes, porque sujeita o Judiciário ao Poder Executivo".[209]

Entendemos que, presentes os requisitos ensejadores da medida liminar em sede de mandado de segurança, a concessão da medida liminar será ínsita à finalidade constitucional de proteção ao direito líquido e certo, sendo qualquer proibição por ato normativo eivada de absoluta inconstitucionalidade, uma vez que se restringiria a eficácia do remédio constitucional, deixando desprotegido o direito líquido e certo do impetrante.

Dessa forma, na eventualidade de edição de leis ou atos normativos que proíbam ou reduzam a possibilidade de concessão de liminares em sede de mandado de segurança, poderá o juiz afastar, difusamente, a incidência daquelas espécies normativas por inconstitucionalidade, e conceder a necessária medida.[210]

Foi esse o entendimento do STF ao julgar inconstitucional a vedação contida no § 2º do art. 7º da Lei nº 12.016/09, declarando que "a cautelaridade do mandado de segurança é ínsita à proteção constitucional ao direito líquido e certo e encontra assento na própria Constituição Federal. Em vista disso, não será possível a edição de lei ou ato normativo que vede a concessão de medida liminar na via mandamental, sob pena de violação à garantia de pleno acesso à jurisdição e à própria defesa do direito líquido e certo protegida pela Constituição. Proibições legais que representam óbices absolutos ao poder geral de cautela".[211] Ressalte-se, ainda, que o STF manteve a possibilidade de o juiz "exigir caução, fiança ou depósito para o deferimento de medida liminar em mandado de segurança, quando verificada a real necessidade da garantia em juízo, de acordo com as circunstâncias do caso concreto (Lei 12.016/19, art. 7º, III)".

Nesses mesmos termos o Poder Judiciário deverá nos *mandados de segurança coletivos*, nas hipóteses em que a redução na concessão de medida liminar *inaudita altera partes* pelo § 2º do art. 22 da Lei nº

12.016/09 (art. 22, § 2º – "no mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas") criar obstáculo à prestação jurisdicional e à defesa do direito líquido e certo do impetrante, afastar a incidência da norma para o caso concreto, declarando sua inconstitucionalidade.[212]

3.12 Tutela dos direitos líquidos e certos – mandado de segurança – recurso ordinário constitucional STJ



4 MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

4.1 Conceito

O art. 5º, inciso LXX, da Constituição Federal criou o mandado de segurança coletivo, tratando-se de grande novidade no âmbito de proteção aos direitos e garantias fundamentais, e que poderá ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional e organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em

funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

4.2 Finalidade

O legislador constituinte quis facilitar o acesso a juízo, permitindo que pessoas jurídicas defendam o interesse de seus membros ou associados, ou ainda da sociedade como um todo, no caso dos partidos políticos, sem necessidade de um mandato especial, evitando-se a multiplicidade de demandas idênticas e consequente demora na prestação jurisdicional e fortalecendo as organizações classistas.[213]

4.3 Objeto

O mandado de segurança coletivo terá por objeto a defesa dos mesmos direitos que podem ser objeto do mandado de segurança individual,[214] porém direcionado à defesa dos interesses coletivos em sentido amplo, englobando os direitos coletivos em sentido estrito, os interesses individuais homogêneos e os interesses difusos,[215] contra ato ou omissão ilegais ou com abuso de poder de autoridade, desde que presentes os atributos da liquidez e certeza.

Por *interesse coletivo*, conforme define Mancuso, devemos entender

> "aquele concernente a uma realidade coletiva (*v.g.*, a profissão, a categoria, a família), ou seja, o exercício coletivo de interesses coletivos; e não, simplesmente, aqueles interesses que apenas são coletivos na forma, permanecendo individuais quanto à finalidade perseguida, o que configuraria um exercício coletivo de interesses individuais".[216]

Para efeito de proteção através do mandado de segurança coletivo estão englobados os interesses individuais homogêneos, que são espécie dos interesses coletivos, eis que os titulares são plenamente determináveis.[217]

Em relação aos *interesses difusos,* Mauro Cappelletti e Bryant Garth ensinam que são os

> "interesses fragmentados ou coletivos, tais como o direito ao ambiente saudável, ou à proteção do consumidor. O problema básico que eles apresentam – a razão de sua natureza difusa – é que ninguém tem o direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação".[218]

Nesta mesma linha de raciocínio, Mancuso define-os como

> "interesses metaindividuais que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessário à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (*v.g.*, o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (*v. g.*, os consumidores). Caracterizam-se: pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço".[219]

A Lei nº 12.016/09 estabeleceu que os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

- *Coletivos*: os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com

a parte contrária por uma relação jurídica básica.

- *Individuais homogêneos*: os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

Em relação à ampla possibilidade de concessão, de medida liminar, *inaudita altera partes* em mandado de segurança coletivo, conferir item 3.11, neste capítulo.

4.4 Legitimação ativa e passiva

São legitimados para a propositura do mandado de segurança coletivo, em substituição processual:

- partido político com representação no Congresso Nacional, exigindo-se somente a existência de, no mínimo, um parlamentar, em qualquer das Casas Legislativas, filiado a determinado partido político.
- organização sindical, entidade de classe ou associação, desde que preencham três requisitos: estejam legalmente constituídos, em funcionamento *há pelo menos um ano* e pleiteiem a defesa dos interesses de seus membros ou associados.[220] Anote-se, porém, que o Supremo Tribunal Federal entende que, "tratando-se de mandado de segurança coletivo impetrado por sindicato, é indevida a exigência de um ano de constituição e funcionamento, porquanto esta restrição destina-se apenas às associações, nos termos do art. 5º, LXX, *b*, *in fine*, da CF".[221]

Nessa hipótese, o objeto do mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante.[222] Ressalte-se, porém, que se exige estar o

direito defendido compreendido na titularidade dos associados e que exista ele em razão das atividades exercidas pelos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio, da classe.[223]

Os *partidos políticos*, desde que representados no Congresso Nacional, têm legitimação ampla, podendo proteger quaisquer interesses coletivos ou difusos ligados à sociedade.[224] Como salientado pela Ministra Ellen Gracie, "se o legislador constitucional dividiu os legitimados para a impetração do mandado de segurança coletivo em duas alíneas, e empregou somente com relação à organização sindical, à entidade de classe e à associação legalmente constituída a expressão *em defesa dos interesses de seus membros ou associados* é porque não quis criar esta restrição aos partidos políticos. Isso significa dizer que está reconhecendo na Constituição o dever do partido político de zelar pelos interesses coletivos, independente de estarem relacionados a seus filiados", além disso, afirma "não haver limitações materiais ao uso deste instituto por agremiações partidárias, à semelhança do que ocorre na legitimação para propor ações declaratórias de inconstitucionalidade" e conclui que "tudo o que foi dito a respeito da legitimação dos partidos políticos na ação direta de inconstitucionalidade pode ser aplicado ao mandado de segurança coletivo".[225]

Anote-se, porém, que não foi esse o entendimento do legislador, ao estabelecer no art. 21 da Lei nº 12.016/09, que o mandado de segurança coletivo poderá ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a (1) seus integrantes ou (2) à finalidade partidária.

Não nos parece a melhor solução. Refutamo-la, inclusive, inconstitucional. Ora, se todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição (CF, art. 1º, parágrafo único), sendo indispensável para o exercício da capacidade eleitoral passiva (*elegibilidade*) o alistamento eleitoral (CF, art. 14, § 3º, III), a razão de existência dos partidos políticos é a própria

subsistência do Estado Democrático de Direito e da preservação dos direitos e garantias fundamentais (CF, art. 1º, V – consagra o pluralismo político como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil). Nesta esteira de raciocínio, o legislador constituinte pretende fortalecê-los concedendo-lhes legitimação para o mandado de segurança coletivo, para a defesa da própria sociedade contra atos ilegais ou abusivos por parte da autoridade pública. Cercear essa legitimação somente para seus próprios interesses ou de seus filiados é retirar dos partidos políticos a característica de essencialidade em um Estado Democrático de Direito e transformá-lo em mera associação privada, o que, certamente, não foi a intenção do legislador constituinte.[226]

Em relação aos *sindicatos ou associações legitimadas,* o ajuizamento do mandado de segurança coletivo exige a existência de um direito subjetivo comum aos integrantes da categoria, não necessariamente com exclusividade, mas que demonstre manifesta *pertinência temática* com os seus objetivos institucionais.[227] Presentes esses requisitos, o Supremo Tribunal Federal já afirmou reiteradas vezes que a Constituição Federal não exige das associações prévia e específica autorização dos associados para o ajuizamento do mandado de segurança, bastando uma autorização genérica constante em seus estatutos sociais.[228] A Lei nº 12.016/09, em seu art. 21, seguiu esse entendimento, estabelecendo a possibilidade de ajuizamento do mandado de segurança por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Desta forma, em relação à legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo importante concluir que:[229]

- a legitimação é extraordinária, ocorrendo, em tal caso, substituição processual;
- não se exige, tratando-se de segurança coletiva, da autorização expressa aludida no inc. XXI do art. 5º da CF, que contempla hipótese de representação e não de substituição processual. Ressalte-se que, diversamente do ocorrido em relação ao mandado de segurança coletivo, a legitimidade ativa das entidades associativas para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente, prevista no art. 5º, XXI, da CF, exige autorização expressa para o caso concreto. Nesse sentido, diferenciando as hipóteses, decidiu o STF que

"Interpretação do art. 5º, XXI, da Constituição Federal. Reza o art. 5º, XXI, da Constituição que *as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente.* É esse dispositivo que está em causa, porquanto, na espécie, se trata de entidade associativa e de ação ordinária, o que afasta a aplicação do disposto no art. 5º, LXX, *b*, e no art. 8º, III, ambos da Carta Magna. A questão que aqui se coloca é a de saber se os termos *quando expressamente autorizadas* dizem respeito à previsão genérica, constante dos estatutos dessas entidades, da representação de seus associados em ações coletivas, ou se, ao contrário, exigem que haja autorização específica deles dada em assembleia geral ou individualmente. Ora, tratando-se, como se trata de representação que não se limita sequer ao âmbito judicial pois alcança também a esfera extrajudicial, essa autorização tem de ser dada expressamente pelos associados para o caso concreto, e a norma se justifica porque, por ela basta uma autorização expressa individual ou coletiva, inclusive, quanto a esta, por meio de assembleia geral, sem necessidade, portanto, de instrumento

de procuração outorgada individual ou coletivamente, nem que se trate de interesse ou direitos ligados a seus fins associativos."[230]

Em relação à *legitimidade passiva*, aplicam-se todas as regras já estudadas no tocante ao mandado de segurança individual, observando-se, porém, que se os eventuais beneficiários da ordem estiverem em áreas de atuação diversas, deve ser considerada autoridade coatora aquela que tiver atribuição sobre todas as demais, ainda que não tenha praticado específica e concretamente o ato impugnado.[231]

4.5 Beneficiários

No mandado de segurança coletivo não haverá necessidade de constar na petição inicial os nomes de todos os associados ou filiados, uma vez que não se trata de litisconsórcio ativo em mandado de segurança individual. A situação individual de cada um deverá ser analisada no momento de execução da sentença, devendo a autoridade impetrada, ao cumprir a decisão judicial, exigir que cada beneficiário comprove pertencer à entidade beneficiária, bem como que se encontra na situação fática descrita no mandado de segurança coletivo.

No tocante à abrangência da decisão judicial, concordamos inteiramente com Celso Agrícola Barbi, no sentido de que serão beneficiários todos os associados que se encontrarem na situação descrita na inicial, pouco importando que tenham ingressado na Associação antes ou depois do ajuizamento do mandado de segurança coletivo, ou mesmo durante a execução de sua decisão, afinal o Poder Judiciário já decidiu pela ilegalidade do ato e consequente proteção ao direito líquido e certo.[232]

4.6 Mandado de segurança coletivo e individual

A Constituição Federal de 1988 ampliou os instrumentos de defesa contra as condutas, omissivas ou comissivas, do Poder Público que ameacem ou lesionem direitos, e caracterizadas pela ilegalidade ou abuso de poder. Assim, além dos já tradicionais mandado de segurança, ação popular, direito de petição e *habeas corpus,* previu novos institutos: mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e *habeas data.* A *ratio* do legislador constituinte foi aperfeiçoar a defesa da legalidade e não a restringir.

Desta maneira, o ajuizamento do mandado de segurança coletivo, por um dos legitimados constitucionalmente, não impedirá a utilização do mandado de segurança individual, desde que presentes os requisitos constitucionais.

Nesse sentido, posiciona-se Arnoldo Wald afirmando que,

> "dentro do prazo decadencial de 120 dias, o indivíduo inserido no âmbito de uma possível impetração coletiva pode optar por impetrar o seu próprio mandado de segurança individual; ajuizado também o mandado de segurança coletivo, ele poderá prosseguir com a sua ação individual (e aí a decisão de mérito no seu processo, em relação a ele, prevalece sobre aquela do coletivo), ou pedir a suspensão do processo até o julgamento do outro".[233]

5 MANDADO DE INJUNÇÃO (LEI Nº 13.300/2016)

5.1 Histórico

Alguns autores apontam a origem dessa ação constitucional no *writ of injunction* do direito norte-americano, que consiste em remédio de uso

frequente, com base na chamada jurisdição de equidade, aplicando-se sempre quando a norma legal se mostra insuficiente ou incompleta para solucionar, com Justiça, determinado caso concreto.[234] Outros autores apontam suas raízes nos instrumentos existentes no velho Direito português, com a única finalidade de advertência do Poder competente omisso. Apesar das raízes históricas do direito anglo-saxão, o conceito, estrutura e finalidades da *injunção* norte-americana ou dos antigos instrumentos lusitanos não correspondem à criação do mandado de injunção pelo legislador constituinte de 1988, cabendo portanto à doutrina e à jurisprudência pátrias a definição dos contornos e objetivos desse importante instrumento constitucional de combate à inefetividade das normas constitucionais que não possuam aplicabilidade imediata.[235]

5.2 Conceito

O art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal prevê, de maneira inédita, que se concederá mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. O Supremo Tribunal Federal decidiu de forma unânime pela autoaplicabilidade do mandado de injunção, independentemente de edição de lei regulamentando-o, em face do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, que determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.[236]

O mandado de injunção consiste em uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, que visa suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal. Juntamente com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, visa ao combate à *síndrome de inefetividade*[237] das normas constitucionais.

Canotilho, ao discorrer sobre as perspectivas do mandado de injunção e da inconstitucionalidade por omissão no Direito brasileiro, fez a seguinte observação:

> "Resta perguntar como o mandado de injunção ou a ação constitucional de defesa perante omissões normativas é um passo significativo no contexto da jurisdição constitucional das liberdades. Se um mandado de injunção puder, mesmo modestamente, limitar a arrogante discricionariedade dos órgãos normativos, que ficam calados quando a sua obrigação jurídico-constitucional era vazar em moldes normativos regras atuativas de direitos e liberdades constitucionais; se, por outro lado, através de uma vigilância judicial que não extravase da função judicial, se conseguir chegar a uma proteção jurídica sem lacunas; se, através de pressões jurídicas e políticas, se começar a destruir o '*rochedo de bronze*' da incensurabilidade do silêncio, então o mandado de injunção logrará os seus objetivos."[238]

5.3 Objeto do mandado de injunção

As normas constitucionais que permitem o ajuizamento do mandado de injunção assemelham-se às da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e não decorrem de todas as espécies de omissões do Poder Público,[239] mas tão só em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo[240] de caráter impositivo[241] e das normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade,[242] por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade. Assim, sempre haverá a necessidade de lacunas na estrutura normativa,[243] que necessitarem ser colmatadas por leis ou atos normativos (por exemplo: ausência de resolução do Senado Federal no caso de estabelecimento de alíquota às operações interestaduais. CF, art. 155, § 2º). Nesse sentido, o STF entendeu

cabível o mandado de injunção em face da ausência de fixação do valor da renda básica de cidadania, instituída pela Lei 10.835/2004, cuja omissão foi atribuída ao Presidente da República.[244]

Não caberá, portanto, mandado de injunção para, sob a alegação de reclamar a edição de norma regulamentadora de dispositivo constitucional, pretender-se a alteração de lei ou ato normativo já existente, supostamente incompatível com a Constituição[245] ou para exigir-se uma certa interpretação à aplicação da legislação infraconstitucional,[246] ou ainda para pleitear uma aplicação "mais justa" da lei existente.[247]

Da mesma forma, não cabe mandado de injunção contra norma constitucional auto- aplicável, ou norma constitucional que configure "autorização para o legislador, em opção político-legislativa, criar exceções" a determinadas regras previstas e autoaplicáveis.[248]

Haverá possibilidade, como previsto no parágrafo único do art. 2º da Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, de ajuizamento do mandado de injunção quando a regulamentação for insuficiente.

O mandado de injunção somente se refere à omissão de regulamentação de *norma constitucional*. Como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, não há possibilidade de "ação injuncional, com a finalidade de compelir o Congresso Nacional a colmatar omissões normativas alegadamente existentes na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em ordem a viabilizar a instituição de um sistema articulado de recursos judiciais, destinado a dar concreção ao que prescreve o Artigo 25 do Pacto de S. José da Costa Rica".[249]

Nesse sentido, posiciona-se Carlos Augusto Alcântara Machado, afirmando que "preferimos acolher a tese defendida por aqueles que sustentam que os direitos tutelados pela injunção são todos os enunciados na Constituição que reclamam a *interposição legislatoris* como condição de fruição do direito ou da liberdade agasalhada".[250]

5.4 Requisitos

Os requisitos para o mandado de injunção são:

- *falta de norma reguladora de uma previsão constitucional (omissão total ou parcial do Poder Público*);
- *inviabilização do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania* – o mandado de injunção pressupõe a existência de nexo de causalidade entre a omissão normativa do Poder Público e a inviabilidade do exercício do direito, liberdade ou prerrogativa.[251]

5.5 Legitimidade ativa

O mandado de injunção poderá ser ajuizado por qualquer pessoa cujo exercício de um direito, liberdade ou prerrogativa constitucional esteja sendo inviabilizado em virtude da falta de norma reguladora da Constituição Federal.[252] A Lei nº 13.300/16, expressamente, estabeleceu a legitimidade ativa para as pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas.

Anote-se que, apesar da ausência de previsão expressa da Constituição Federal, sempre entendemos plenamente possível o *mandado de injunção coletivo*,[253] tendo sido reconhecida a legitimidade para as associações de classe devidamente constituídas e, posteriormente, regulamentado pela Lei nº 13.300/16, que estabelece, em seu art. 12, a legitimidade ativa para:

a) o 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;

partido político com representação no Congresso Nacional, para

b) assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária;

c) 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;

d) 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.

5.6 Legitimidade passiva

O sujeito passivo será somente a pessoa estatal, uma vez que no polo passivo da relação processual instaurada com o ajuizamento do mandado de injunção só aquelas podem estar presentes, pois somente aos entes estatais pode ser imputável o dever jurídico de emanação de provimentos normativos.[254] Nos termos do art. 3º da Lei nº 13.300/16, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora.

Os particulares não se revestem de legitimidade passiva *ad causam* para o processo injuncional, pois não lhes compete o dever de emanar as normas reputadas essenciais ao exercício do direito vindicado pelos impetrantes.[255] Somente ao Poder Público é imputável o encargo constitucional de emanação de provimento normativo para dar aplicabilidade à norma constitucional.

Em conclusão, somente pessoas estatais podem figurar no polo passivo da relação processual instaurada com a impetração do mandado de injunção.[256]

Dessa forma, a natureza jurídico-processual do instituto não permite a formação de litisconsórcio passivo, necessário ou facultativo, entre particulares e entre estatais.[257]

Ressalte-se que se a omissão for legislativa federal, o mandado de injunção deverá ser ajuizado em face do Congresso Nacional, salvo se a iniciativa da lei for privativa do Presidente da República (CF, art. 61, § 1º), quando então o mandado de injunção deverá ser ajuizado em face do Presidente da República, nunca do Congresso Nacional.[258]

5.7 Procedimento

O procedimento do mandado de injunção vem disciplinado pela Lei nº 13.300/16.[259]

A lei estabelece que a petição inicial e os documentos necessários preencham os requisitos estabelecidos pela lei processual, indiquem o órgão impetrado, bem como a pessoa jurídica que ele integra ou aquela a que está vinculado.

Após o recebimento da petição inicial, o impetrado será notificado para prestar informações em dez dias, e será dada ciência do ajuizamento da ação ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, para que, se entender necessário, ingresse no mandado de injunção.

Depois da apresentação das informações, o Ministério Público será ouvido e os autos serão conclusos para decisão.

Importante ressaltar, que, mesmo antes da lei, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já havia pacificado a impossibilidade da concessão de medida liminar por ser imprópria ao instituto do mandado de injunção.[260]

Regimentalmente, no Superior Tribunal de Justiça, o mandado de injunção terá prioridade sobre os demais atos judiciais, salvo o *habeas corpus*, mandado de segurança e o *habeas data*.

5.8 Competência

O art. 102, I, *q*, da Constituição Federal determina que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, 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, da Mesa de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal.

A Constituição Federal prevê, ainda, no art. 105, I, *h*, que compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, 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.[261]

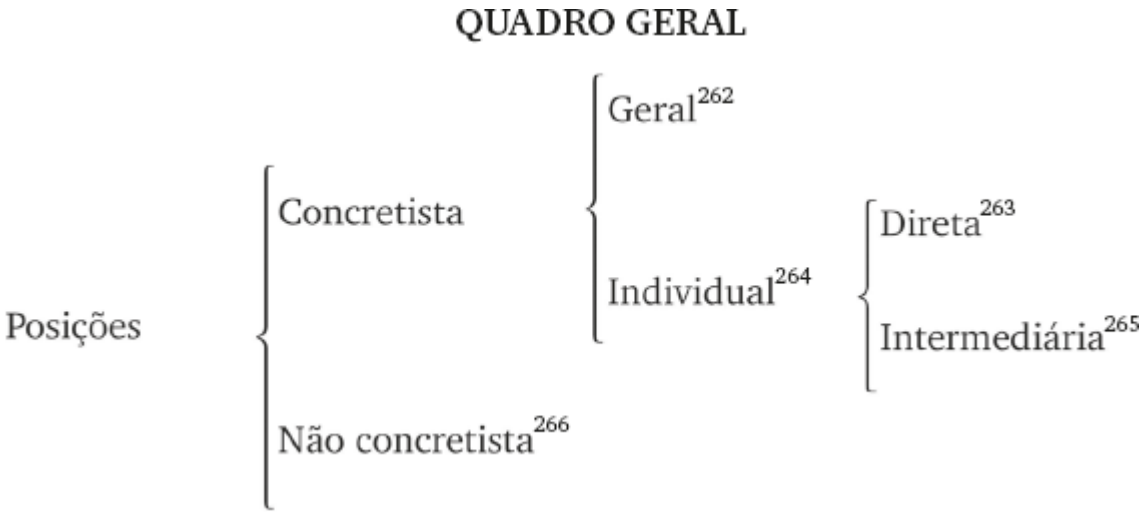
Por fim, o art. 121, § 4º, V, da Carta Magna prevê a competência do Tribunal Superior Eleitoral para julgar, em grau de recurso, o mandado de injunção que tiver sido denegado pelo Tribunal Regional Eleitoral.

A lei poderá, respeitadas as hipóteses previamente definidas na constituição, regulamentar a competência remanescente para outros casos de mandado de injunção.

No âmbito estadual, será permitido aos Estados-membros, no exercício do poder constituinte derivado decorrente, estabelecerem em suas constituições estaduais o órgão competente para processo e julgamento de

mandados de injunção contra a omissão do Poder Público estadual em relação às normas constitucionais estaduais.[262]

5.9 Decisão e efeitos do mandado de injunção



262263265266

Em relação ao histórico sobre a natureza jurídica da decisão judicial no mandado de injunção e seus efeitos, necessário transcrevermos parcialmente o pronunciamento do Ministro Néri da Silveira, que com absoluta clareza resumiu as posições iniciais existentes no Supremo Tribunal Federal em relação ao mandado de injunção:[267] [268]

> "Há, como sabemos, na Corte, no julgamento dos mandados de injunção, três correntes: a majoritária, que se formou a partir do Mandado de Injunção nº 107, que entende deva o Supremo Tribunal Federal, em reconhecendo a existência da mora do Congresso Nacional, *comunicar* a existência dessa omissão, para que o Poder Legislativo elabore a lei. Outra corrente, minoritária, reconhecendo também a mora do Congresso Nacional, *decide*,

desde logo, o pedido do requerente do mandado de injunção e provê sobre o exercício do direito constitucionalmente previsto. Por último, registro minha posição, que é isolada: partilho do entendimento de que o Congresso Nacional é que deve elaborar a lei, mas também tenho presente que a Constituição, por via do mandado de injunção, quer assegurar aos cidadãos o exercício de direitos e liberdades, contemplados na Carta Política, mas dependentes de regulamentação. Adoto posição que considero *intermediária*. Entendo que se deva, também, em primeiro lugar, comunicar ao Congresso Nacional a omissão inconstitucional, para que ele, exercitando sua competência, faça a lei indispensável ao exercício do direito constitucionalmente assegurado aos cidadãos. Compreendo, entretanto, que, se o Congresso Nacional não fizer a lei, em certo prazo que se estabeleceria na decisão, o Supremo Tribunal Federal pode tomar conhecimento de reclamação da parte, quanto ao prosseguimento da omissão, e, a seguir, dispor a respeito do direito *in concreto*. É, por isso mesmo, uma posição que me parece concilia a prerrogativa do Poder Legislativo de fazer a lei, como o órgão competente para a criação da norma, e a possibilidade de o Poder Judiciário garantir aos cidadãos, assim como quer a Constituição, o efetivo exercício de direito na Constituição assegurado, mesmo se não houver a elaboração da lei. Esse tem sido o sentido de meus votos, em tal matéria. De qualquer maneira, porque voto isolado e vencido, não poderia representar uma ordem ao Congresso Nacional, eis que ineficaz. De outra parte, em se cuidando de voto, no julgamento de processo judicial, é o exercício, precisamente, da competência e independência que cada membro do Supremo Tribunal Federal tem, e necessariamente há de ter, decorrente da Constituição, de

> interpretar o sistema da Lei Maior e decidir os pleitos que lhe sejam submetidos, nos limites da autoridade conferida à Corte Suprema pela Constituição" (destaque nosso).

Dessa forma, a doutrina e a jurisprudência do STF permitiram classificar as diversas posições em relação aos efeitos do mandado de injunção a partir de dois grandes grupos: *concretista* e *não concretista*.[269]

Pela *posição concretista*, presentes os requisitos constitucionais exigidos para o mandado de injunção, o Poder Judiciário através de uma decisão constitutiva, declara a existência da omissão administrativa ou legislativa, e implementa o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional até que sobrevenha regulamentação do poder competente. Essa posição divide-se em duas espécies: *concretista geral* e *concretista individual*, conforme a abrangência de seus efeitos.

Pela *concretista geral*, a decisão do Poder Judiciário terá efeitos *erga omnes*, implementando o exercício da norma constitucional através de uma normatividade geral, até que a omissão seja suprida pelo poder competente. Essa posição sempre foi pouco aceita na doutrina, pois como ressalvado pelo Ministro Moreira Alves, ao proclamar em sede de mandado de injunção, uma decisão com efeitos *erga omnes* estaria "o Supremo, juiz ou tribunal que decidisse a injunção, ocupando a função do Poder Legislativo, o que seria claramente incompatível com o sistema de separação de poderes".[270]

Ocorre, porém, que em virtude da inércia do legislador em colmatar as lacunas constitucionais, após 20 anos do texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal alterou seu posicionamento e adotando claro *ativismo judicial* passou a adotar a *posição concretista*, tanto *geral,* quanto *individual.*

Em histórica decisão do Supremo Tribunal Federal, salientando a "evolução do tema na jurisprudência", o Ministro Gilmar Mendes apontou o

novo posicionamento da Corte:

> "No julgamento do MI nº 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 21.9.1990, o Plenário do STF consolidou entendimento que conferiu ao mandado de injunção os seguintes elementos operacionais: i) os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo, os quais, via de regra, não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF; ii) a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, insta-o a editar a norma requerida; iii) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial; iv) a decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia *erga omnes*, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de mandado de injunção; v) o STF possui competência constitucional para, na ação de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado; vi) por fim, esse plexo de poderes institucionais legitima que o STF determine a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador. Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o

> Tribunal passou a admitir soluções "normativas" para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva (CF, art. 5º, XXXV)",

Para, a seguir, concluir que:

> "Tendo em vista as imperiosas balizas jurídico-políticas que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, o STF não pode se abster de reconhecer que, assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo. A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial (...) Diante da singularidade do debate constitucional do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de injustificada e inadmissível negativa de prestação jurisdicional nos âmbitos federal, estadual e municipal, devem-se fixar também os parâmetros institucionais e constitucionais de definição de competência, provisória e ampliativa, para a apreciação de dissídios de greve instaurados entre o Poder Público e os servidores públicos civis (...) Nessa extensão do deferimento do mandado de injunção, aplicação da Lei nº 7.701/1988, no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF."[271]

Excepcionalmente, antes dessa alteração jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal, adotando parcialmente a posição concretista, em face da manutenção da inércia do Poder Legislativo, havia decidido em sede de mandado de injunção em relação à norma prevista no art. 8º, § 3º do ADCT de 1988,[272] autorizar, desde logo, a possibilidade de ajuizarem os beneficiários dessa norma transitória, com fundamento no direito comum, a pertinente ação de reparação econômica do prejuízo, caso o tenham sofrido.[273]

Ressalte-se, porém, que esta decisão se baseou no fato de o Poder Legislativo ter descumprido um prazo *constitucionalmente* estabelecido para a edição de norma, pela própria constituição, nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, não podendo desta maneira restar dúvida quanto à mora do parlamento.[274]

Também, de **maneira excepcional**, o STF adotou a posição concretista, para proteger o direito constitucional previsto no art. 195, § 7º ("são isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei") e desrespeitado pela inércia estatal, proclamando que "o Tribunal, por maioria, conheceu em parte o mandado de injunção e nessa parte o deferiu para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote as providências legislativas, decorrentes do art. 195, § 7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo, sem legislar, passe a requerente a gozar a imunidade requerida".[275]

Atualmente, portanto, o Supremo Tribunal Federal, alterando seu antigo posicionamento, julgou procedente mandado de injunção adotando a posição concretista geral. Dessa forma, a Corte conheceu do mandado de injunção relativo à efetividade da norma prevista no art. 37, VII, da Constituição Federal (*direito de greve do servidor público*) e decidiu no sentido de suprir a lacuna legislativa, determinando, em regra, a aplicação

de legislação existente para o setor privado; porém, possibilitando, quando tratar-se de serviços ou atividades essenciais, de fixação de regime de greve mais severo.[276]

Pela *concretista individual*, a decisão do Poder Judiciário só produzirá efeitos para o autor do mandado de injunção, que poderá exercitar plenamente o direito, liberdade ou prerrogativa prevista na norma constitucional. Como salienta Canotilho

> "o mandado de injunção não tem por objecto uma pretensão a uma emanação, a cargo do juiz, de uma regulação legal complementadora com eficácia 'erga omnes'. O mandado de injunção apenas viabiliza, num caso concreto, o exercício de um direito ou liberdade constitucional perturbado pela falta parcial de lei regulamentadora. Se a sentença judicial pretendesse ser uma normação com valor de lei ela seria nula (inexistente) por usurpação de poderes".[277]

Essa espécie, no Supremo Tribunal Federal, se subdivide em duas: *direta* e *intermediária*.

Pela primeira, *concretista individual direta*, o Poder Judiciário, imediatamente ao julgar procedente o mandado de injunção, implementa a eficácia da norma constitucional ao autor. Assim, desde o início os Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio entenderam que a constituição criou mecanismos distintos voltados a controlar as omissões inconstitucionais, que são a inconstitucionalidade por omissão, inscrita no art. 103 da CF, e o mandado de injunção, estabelecido pelo inc. LXXI, art. 5º, da mesma Carta.[278] Como afirmado pelo Ministro Marco Aurélio:

> "sob a minha ótica, o mandado de injunção tem, no tocante ao provimento judicial, efeitos concretos, beneficiando apenas a parte envolvida, a impetrante".

Em novo posicionamento, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar, juntamente com a posição concretista geral, a posição *concretista individual* em determinados casos, para que a Corte possa *efetivamente* combater a *síndrome de inefetividade das normas constitucionais.* O STF julgou procedente pedido formulado em mandado de injunção para garantir ao impetrante "à contagem diferenciada do tempo de serviço em decorrência de atividade em trabalho insalubre, após a égide do regime estatutário, para fins de aposentadoria especial de que cogita o § 4º do art. 40 da CF", proclamando, portanto, "seu direito à aposentadoria especial, em razão do trabalho, por 25 anos, em atividade considerada insalubre, ante o contato com agentes nocivos, portadores de moléstias humanas e com materiais e objetos contaminados",[279] e, também, para concretizar o direito constitucional do servidor público portador de deficiência à aposentadoria especial, nos termos do art. 40, § 4º, da CF.[280]

Pela segunda, *concretista individual intermediária*, posição idealizada pelo Ministro Néri da Silveira, após julgar a procedência do mandado de injunção, fixa ao Congresso Nacional o prazo de 120 dias para a elaboração da norma regulamentadora. Ao término desse prazo, se a inércia permanecer o Poder Judiciário deve fixar as condições necessárias ao exercício do direito por parte do autor.[281]

Parece-nos que inexiste incompatibilidade entre a adoção da posição *concretista individual* e a teoria da separação de poderes consagrada expressamente pelo art. 2º da Constituição Federal.

A Constituição, ao determinar que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são Poderes da República, independentes e harmônicos, adotou a doutrina constitucional norte-americana do *check and balances*, pois ao mesmo tempo que previu diversas e diferentes funções estatais para cada um dos Poderes, garantindo-lhes prerrogativas para o bom exercício delas, estabeleceu um sistema complexo de freios e contrapesos para harmonizá-los em prol da sociedade. Assim, poderá o Poder Legislativo sustar a

executoriedade de lei delegada editada pelo Chefe do Poder Executivo que exorbite os limites constitucionais (CF, art. 49, V); o Senado Federal processará e julgará o Presidente da República e os Ministros do Supremo Tribunal Federal em crimes de responsabilidade (CF, art. 52, I e II) e igualmente deverá aprovar por maioria absoluta de seus membros a indicação presidencial para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 52, III). Todos esses instrumentos encontram-se previstos no sistema de freios e contrapesos constitucionais, visando impedir o arbítrio estatal.[282]

Dessa forma, plenamente conciliável o art. 5º, LXXI (conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania) e o art. 5º, XXXV (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito), com o art. 2º (são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário), todos da Constituição Federal, pois o Poder Judiciário, no exercício da atividade jurisdicional, deverá evitar a ameaça ou a lesão a direitos, liberdades ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, decorrentes da omissão do Poder competente, declarando a existência da omissão e permitindo que o prejudicado usufrua da norma constitucional, nos moldes previstos na decisão, enquanto não for colmatada a lacuna legislativa ou administrativa.

Assim agindo, não estará o Judiciário regulamentando abstratamente a Constituição Federal, com efeitos *erga omnes*, pois não é sua função; mas ao mesmo tempo, não estará deixando de exercer uma de suas funções precípuas, o resguardo dos direitos e garantias fundamentais. Como destaca Carlos Augusto Alcântara Machado, "não se trata de pretensa usurpação da função legislativa pelo Poder Judiciário e, sim, de exercício de uma atribuição conferida constitucionalmente".[283]

Em conclusão, filiamo-nos à posição *concretista individual intermediária*, criada pelo Ministro Néri da Silveira, parecendo-nos, com a devida *venia*, que a ideia do Poder Judiciário, após julgar procedente o mandado de injunção estabelecer um prazo para que a Constituição Federal seja regulamentada, antes de efetivamente colmatá-la, adequa-se perfeitamente à ideia de Separação de Poderes. Assim, a partir da decisão do Judiciário, o poder competente estaria oficialmente declarado omisso, devendo atuar. Esse prazo, no âmbito legislativo, entendemos, nunca poderia ser inferior ao processo legislativo sumário.[284]

Por fim, temos a posição *não concretista*, adotada por muito tempo – até o julgamento do MI 708 (greve no serviço público) – pela jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal, que se firmou no sentido de atribuir ao mandado de injunção a finalidade específica de ensejar o reconhecimento formal da inércia do Poder Público, "em dar concreção à norma constitucional positivadora do direito postulado, buscando-se, com essa exortação ao legislador, a plena integração normativa do preceito fundamental invocado pelo impetrante do *writ* como fundamento da prerrogativa que lhe foi outorgada pela Carta Política".[285] Sendo esse o conteúdo possível da decisão injuncional, não há falar em medidas jurisdicionais que estabeleçam, desde logo, condições viabilizadoras do exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucionalmente prevista,[286] mas, tão somente, deverá ser dado ciência ao poder competente para que edite a norma faltante.

Critica-se essa posição por tornar os efeitos do mandado de injunção idênticos aos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), apesar de serem *institutos diversos*.

A Lei nº 13.300/16 estabeleceu que reconhecido o estado de mora legislativa será deferida a ordem de injunção para:

(a) determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora, salvo se, comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma;
(b) 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.

A lei adotou postura intermediária, pois previu como regra a eficácia subjetiva da decisão, limitada somente às partes, mas autorizou, excepcionalmente, a eficácia *ultra parte* ou *erga omnes* da decisão, quando for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração (art. 9º, § 1º).

Importante ressaltar, também, que transitada em julgado a decisão, será possível estender seus efeitos a casos análogos.

Permite-se, ainda, que a decisão possa ser revista, por qualquer dos legitimados, quando fatos relevantes e supervenientes apresentarem modificações das circunstâncias de fato ou de direito.

A decisão no mandado de injunção coletivo fará coisa julgada somente para as pessoas integrantes da coletividade, do grupo ou da categoria substituídos pelo legitimado ativo.

A lei estabeleceu, ainda, que o mandado de injunção coletivo não induz litispendência em relação aos individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante que não requerer a desistência da demanda individual no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração coletiva.

6 DIREITO DE CERTIDÃO

Tradicional previsão constitucional, o chamado direito de certidão, novamente, foi consagrado como o direito líquido e certo de qualquer pessoa à obtenção de certidão para defesa de um direito,[287] desde que demonstrado seu legítimo interesse.[288]

A esse direito corresponde a obrigatoriedade do Estado, salvo nas hipóteses constitucionais de sigilo, em fornecer as informações solicitadas, sob pena de responsabilização política, civil e criminal.[289]

Ressalte-se que o direito à expedição de certidão engloba o esclarecimento de situações já ocorridas, jamais sob hipóteses ou conjecturas relacionadas a situações ainda a serem esclarecidas.[290]

A negativa estatal ao fornecimento das informações englobadas pelo direito de certidão configura o desrespeito a um direito líquido e certo, por ilegalidade ou abuso de poder, passível, portanto, de correção por meio de mandado de segurança.

Celso de Mello aponta os pressupostos necessários para a utilização do direito de certidão: legítimo interesse (existência de direito individual ou da coletividade a ser defendido); ausência de sigilo; *res habilis* (atos administrativos e atos judiciais são objetos certificáveis). Como salienta o autor, "é evidente que a administração pública não pode certificar sobre documentos inexistentes em seus registros" e indicação de finalidade.[291]

O art. 5º, XXXIV, da Constituição Federal assegura a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal, independentemente do pagamento de taxas.

Em regra, não poderá o Poder Público negar-se a fornecer as informações solicitadas, sob pena de sua responsabilização civil, bem como de responsabilização pessoal de seus servidores inertes, pois, como decidiu o Superior Tribunal de Justiça,

> "a garantia constitucional que assegura a todos a obtenção de certidões em repartições públicas é de natureza individual, sendo obrigatória a sua expedição quando se destina à defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal do requerente".[292]

A exceção ocorrerá na hipótese de sigilo imposto pela segurança da sociedade e do Estado.[293] Nesse sentido, inicialmente, a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, regulamentando o dispositivo constitucional, determinou que o acesso aos documentos públicos de interesse particular ou de interesse coletivo ou geral deveria ser ressalvado exclusivamente nas hipóteses em que o sigilo seja ou permaneça imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Posteriormente, essa lei foi revogada pela Lei nº 12.527/2011, que estabeleceu a possibilidade de classificação das informações imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado em ultrassecreta, secreta ou reservada, com prazos máximos de sigilo de, respectivamente, 25, 15 e cinco anos. Porém, a lei garantiu o acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais.

7 DIREITO DE PETIÇÃO

7.1 Histórico e conceito

Historicamente, o *direito de petição* nasceu na Inglaterra, durante a Idade Média, através do *right of petition*, consolidando-se no *Bill of Rights* de 1689, que permitiu aos súditos que dirigissem petições ao rei. Igualmente foi previsto nas clássicas Declarações de Direitos, como a da Pensilvânia de 1776 (art. 16), e também na Constituição francesa de 1791 (art. 3º).

Pode ser definido como o direito que pertence a uma pessoa de invocar a atenção dos poderes públicos sobre uma questão ou uma situação.

A Constituição Federal consagra no art. 5º, XXXIV, o direito de petição aos Poderes Públicos, assegurando-o a todos, independentemente do pagamento de taxas, em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder. A Constituição Federal de 1988 não obsta o exercício do *direito de petição coletiva ou conjunta*, através da interposição de petições, representações ou reclamações efetuadas conjuntamente por mais de uma pessoa. Observe-se que essa modalidade não se confunde com as *petições em nome coletivo* que são aquelas apresentadas por uma pessoa jurídica em representação dos respectivos membros.[294]

7.2 Natureza

O direito em análise constitui uma prerrogativa democrática, de caráter essencialmente informal, apesar de sua forma escrita, e independe de pagamento de taxas. Dessa forma, como instrumento de participação político-fiscalizatório dos negócios do Estado que tem por finalidade a defesa da legalidade constitucional e do interesse público geral, seu exercício está desvinculado da comprovação da existência de qualquer lesão a interesses próprios do peticionário.[295]

Acentue-se que, pela Constituição brasileira, apesar de direito de representação possuir objeto distinto do direito de petição, instrumentaliza-se por meio deste.

7.3 Legitimidade ativa e passiva

A Constituição Federal assegura a qualquer pessoa, física ou jurídica, nacional ou estrangeira, o direito de apresentar reclamações aos Poderes Públicos, Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como ao Ministério Público, contra ilegalidade ou abuso de poder.

7.4 Finalidade

A finalidade do *direito de petição* é dar-se notícia do fato ilegal ou abusivo ao Poder Público, para que providencie as medidas adequadas. O exercício do *direito de petição* não exige seu endereçamento ao órgão competente para tomada de providências, devendo, pois, quem a receber, encaminhá-la à autoridade competente.[296]

O direito de petição possui eficácia constitucional, obrigando as autoridades públicas endereçadas ao recebimento, ao exame e, se necessário for, à resposta em prazo razoável, sob pena de configurar-se violação ao direito líquido e certo do peticionário, sanável por intermédio de mandado de segurança. Note-se que, apesar da impossibilidade de obrigar-se o Poder Público competente a adoção de medidas para sanar eventuais ilegalidades ou abusos de poder, haverá possibilidade, posterior, de responsabilizar o servidor público omisso, civil, administrativa e penalmente.

O Direito de Petição não poderá ser utilizado como sucedâneo da ação penal, de forma a oferecer-se, diretamente em juízo criminal, acusação formal em substituição ao Ministério Público. A Constituição Federal prevê uma única e excepcional norma sobre ação penal privada subsidiária da pública (CF, art. 5º, LIX), que somente poderá ser utilizada quando da *inércia do Ministério Público*, ou seja, quando esgotado o prazo legal não tiver o *Parquet* oferecido denúncia, requisitado diligências ou proposto o arquivamento, ou ainda nas infrações de menor potencial ofensivo, oferecido a transação penal.[297]

8 AÇÃO POPULAR

8.1 Conceito

O art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal proclama que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. No conceito de Hely Lopes Meirelles, ação popular

> "é o meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos – ou a estes equiparados – ilegais e lesivos do patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos".[298]

8.2 Finalidade

A ação popular, juntamente com o direito de sufrágio, direito de voto em eleições, plebiscitos e referendos, e ainda a iniciativa popular de lei e o direito de organização e participação de partidos políticos, constituem formas de exercício da soberania popular (CF, arts. 1º e 14), pela qual, na presente hipótese, permite-se ao povo, diretamente, exercer a função fiscalizatória do Poder Público, com base no princípio da legalidade dos atos administrativos e no conceito de que a *res* pública (República) é patrimônio do povo. A ação popular poderá ser utilizada de forma *preventiva* (ajuizamento da ação antes da consumação dos efeitos lesivos) ou *repressiva* (ajuizamento da ação buscando o ressarcimento do dano causado).

Assim sendo, a finalidade da ação popular é a defesa de interesses difusos, reconhecendo-se aos cidadãos *uti cives* e não *uti singuli*, o direito de promover a defesa de tais interesses.

8.3 Requisitos

São dois os requisitos para o ajuizamento da ação popular:

- *requisito subjetivo*: somente tem legitimidade para a propositura da ação popular o *cidadão*;
- *requisito objetivo* refere-se à natureza do ato ou da omissão do Poder Público a ser impugnado, que deve ser, obrigatoriamente, lesivo ao patrimônio público, seja por ilegalidade, seja por imoralidade.[299] Conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, a ação popular é destinada "a preservar, em função de seu amplo espectro de atuação jurídico-processual, a intangibilidade do patrimônio público e a integridade da moralidade administrativa (CF, art. 5º, LXXIII)".[300]

8.4 Objeto

O objeto da ação popular é o combate ao ato ilegal ou imoral e lesivo ao patrimônio público, sem contudo configurar-se a *ultima ratio*, ou seja, não se exige o esgotamento de todos os meios administrativos e jurídicos de prevenção ou repressão aos atos ilegais ou imorais e lesivos ao patrimônio público para seu ajuizamento.

A Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), em seu art. 4º, apesar de definir exemplificativamente os atos com *presunção legal de ilegitimidade e lesividade*, passíveis, portanto, de ação popular, não excluiu dessa possibilidade todos os atos que contenham vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos, desvio de finalidade ou tenham sido praticados por autoridade incompetente (Lei nº 4.717/65, art. 1º).

Ainda em relação ao objeto, Hely Lopes Meirelles aponta que "hoje é ponto pacífico na doutrina e na jurisprudência que não cabe ação popular para invalidar *lei em tese*, ou seja, a norma geral, abstrata, que apenas estabelece regras de conduta para sua aplicação. Em tais casos, é necessário que a lei renda ensejo a algum *ato concreto de execução*, para ser atacado

pela via popular e declarado ilegítimo e lesivo ao patrimônio público, se assim o for".[301]

8.5 Legitimação ativa

Somente o cidadão, seja o brasileiro nato ou naturalizado, inclusive aquele entre 16 e 18 anos, e ainda, o português equiparado, no gozo de seus direitos políticos, possuem legitimação constitucional para a propositura da ação popular. A comprovação da legitimidade será feita com a juntada do título de eleitor (brasileiros) ou do certificado de equiparação e gozo dos direitos civis e políticos e título de eleitor (português equiparado).

Dessa forma, não poderão ingressar em juízo os estrangeiros, as pessoas jurídicas e aqueles que tiverem suspensos ou declarados perdidos seus direitos políticos (CF, art. 15). Porém, se a privação for posterior ao ajuizamento da ação popular, não será obstáculo para seu prosseguimento.[302]

Ressalte-se que, no caso do *cidadão menor de 18 anos,* por tratar-se de um direito político, tal qual o direito de voto, não há necessidade de assistência.[303]

A legitimação do cidadão é ampla, tendo o direito de ajuizar a ação popular, mesmo que o litígio se verifique em Município ou comarca onde ele não possua domicílio eleitoral, sendo irrelevante que o cidadão pertença, ou não, à comunidade a que diga respeito o litígio, pois esse pressuposto não está na lei nem se assenta em razoáveis fundamentos.[304]

A jurisprudência e a doutrina majoritária entendem que o cidadão, autor da ação popular, age como substituto processual, pois defende em juízo, em nome próprio, um interesse difuso, pertencente à coletividade,[305] pois como ensina Hely Lopes Meirelles,

> "tal ação é um instrumento de defesa dos interesses da coletividade, utilizável por qualquer de seus membros. Por ela não se amparam direitos individuais próprios, mas sim *interesses da comunidade*. O beneficiário direto e imediato desta ação não é o autor; é o povo, titular do direito subjetivo ao governo honesto. O cidadão promove em nome da coletividade, no uso de uma prerrogativa cívica que a Constituição Federal lhe outorga".[306]

Discordamos dessa posição, pois a ação popular, enquanto instrumento de exercício da soberania popular (CF, arts. 1º e 14), pertence ao cidadão, que em face de expressa previsão constitucional teve sua legitimação ordinária ampliada, e, em nome próprio e na defesa de seu próprio direito – *participação na vida política do Estado e fiscalização da gerência do patrimônio público* –, poderá ingressar em juízo.[307] Canotilho e Moreira, em análise ao mesmo instituto previsto na Constituição da República Portuguesa,[308] prelecionam que

> "a acção popular traduz-se, por definição, num *alargamento da legitimidade processual activa a todos os cidadãos*, independentemente do seu interesse individual ou da sua relação específica com os bens ou interesses em causa".[309]

Assim entende José Afonso da Silva, para quem

> "a ação popular consiste num instituto de democracia direta, e o cidadão, que a intenta, fá-lo em nome próprio, por direito próprio, na defesa de direito próprio, que é o de sua participação na vida política do Estado, fiscalizando a gestão do patrimônio público, a fim de que esta se conforme com os princípios da legalidade e da moralidade".[310]

O Ministério Público, enquanto instituição, não possui legitimação para o ingresso de ação popular, porém como *parte pública autônoma* é incumbido de zelar pela regularidade do processo e de promover a responsabilização civil e criminal dos responsáveis pelo ato ilegal e lesivo ao patrimônio público, manifestando-se, em relação ao mérito, com total independência funcional (CF, art. 127, § 1º).

8.6 Legitimação passiva

Os sujeitos passivos da ação popular são diversos, prevendo a Lei nº 4.717/65, em seu art. 6º, § 2º, a obrigatoriedade de citação das pessoas jurídicas públicas, tanto da Administração direta quanto da indireta, inclusive das empresas públicas e das sociedades de economia mista, ou privadas, em nome das quais foi praticado o ato a ser anulado, e mais as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado pessoalmente o ato ou firmado o contrato impugnado, ou que, por omissos, tiverem dado oportunidade à lesão, como também, os beneficiários diretos do mesmo ato ou contrato.

8.7 Natureza da decisão

A natureza da decisão na ação popular é desconstitutiva-condenatória, visando tanto à anulação do ato impugnado quanto à condenação dos responsáveis e beneficiários em perdas e danos.[311]

8.8 Competência

A competência para processar e julgar a ação popular será determinada pela origem do ato a ser anulado, aplicando-se as normais regras constitucionais e legais de competência.

Importante ressaltar que seguindo uma tradição de nosso direito constitucional, não há previsão na Constituição de 1988, de competência originária do Supremo Tribunal Federal, para o processo e julgamento de ações populares, mesmo que propostas em face do Congresso Nacional, de Ministros de Estado ou do próprio Presidente da República,[312] ou das demais autoridades que, em mandado de segurança, estão sob sua jurisdição.[313]

8.9 Sentença e coisa julgada

As consequências da procedência da ação popular são:

- invalidade do ato impugnado;
- condenação dos responsáveis e beneficiários em perdas e danos;
- condenação dos réus às custas e despesas com a ação, bem como honorários advocatícios;
- produção de efeitos de coisa julgada *erga omnes*.

Por outro lado, quando a ação popular é julgada improcedente, deve-se perquirir a razão da improcedência, para se analisarem seus efeitos. Se a ação popular for julgada improcedente por ser infundada, a sentença produzirá efeitos de coisa julgada *erga omnes*, permanecendo válido o ato. Porém, se a improcedência decorrer de deficiência probatória, apesar da manutenção da validade do ato impugnado, a decisão de mérito não terá eficácia de coisa julgada *erga omnes*, havendo possibilidade de ajuizamento de nova ação popular com o mesmo objeto e fundamento, por prevalecer o interesse público de defesa da legalidade e da moralidade administrativas, em busca da verdade real.

Em ambas as hipóteses de improcedência, ficará o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.[314]

A *ratio* dessa previsão constitucional é impedir a utilização *eleitoreira* da ação popular, com objetivos político-partidários de desmoralização dos adversários políticos, levianamente.

9 TEXTO INTEGRAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

CAPÍTULO I
DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

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:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III – ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

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

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

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

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

VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

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

XI – A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

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

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

XV – é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não

frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

XVII – é plena a liberdade de associações para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII – a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

XIX – as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

XX – ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

XXI – as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

XXII – é garantido o direito de propriedade;

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

XXV – no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

XXVI – a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;

XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII – são assegurados nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

XXX – é garantido o direito de herança;

XXXI – a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cujus*;

XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça;

XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção;

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

a) a plenitude de defesa;

b) o sigilo das votações;

c) a soberania dos veredictos;

d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis e militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

a) privação ou restrição da liberdade;

b) perda de bens;

c) multa;

d) prestação social alternativa;

e) suspensão ou interdição de direitos;

XLVII – não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

b) de caráter perpétuo;

c) de trabalhos forçados;

d) de banimento;

e) cruéis;

XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

LI – nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

LII – não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;

LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória;

LVIII – o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;

LIX – será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou interesse social o exigirem;

LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII – a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV – o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV – a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

LXVIII – conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado em *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

LXXII – conceder-se-á *habeas data*:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

LXXV – o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

LXXVI – são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei:

a) o registro civil de nascimento;

b) a certidão de óbito;

LXXVII – são gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data*, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania.

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.[315]

LXXIX – é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.[316]

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos 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.

§ 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.[317]

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Pleno Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.[318]

[1] PACHECO, J. E. de Carvalho. *Habeas corpus.* Curitiba: Juruá, 1983. p. 16.

[2] MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1946.* Rio de Janeiro: Henrique Cahem, 1946. p. 303.

[3] FALCÃO, Alcino Pinto. Op. cit. p. 295.

[4] STF, 2ª T., HC 102041/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 20-4-2010.

[5] STF – Pleno – ACO 3113, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 13-10-2020. Conferir, ainda: STF – Pleno – ACO 3121, Rel. Min. Rosa Weber, j. 27-10-2020.

[6] MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. 4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. p. 74.

[7] MIRANDA, Pontes de. *Comentários...* Op. cit. p. 323.

[8] STF, 1ª T., HC 116472/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento: 5-11-2013; STF, 2ª T., AI 856301 ED-AgR/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento: 26-11-2013; STF, 2ª T., HC 118287/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 24-9-2013; STJ, RHC nº 2.238-7 RS, 6ª T., Rel. Org. Min. José Cândido, Rel. Des. Min. Vicente Cernicchiaro, maioria, j. 30-11-92, *Diário da Justiça*, Seção I, de 29-3-93, p. 5.267.

[9] MELLO FILHO, José Celso. *Constituição...* Op. cit. p. 459.

[10] STF, 1ª T., HC 127834/MG, Rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgamento: 5-12-2017; STF, 1ª T., HC 138286, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento: 5-12-2017; STF, 1ª T., HC 119060/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, 22-10-2013; STF, 2ª T., RE 597365 AgR-AgR/ES, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento: 6-11-2013; STF – 1ª T. – HC nº 69.419-5 – MS – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – v.u. – *Diário da Justiça*, Seção I, 28-8-92 – p. 13.455; STF – 2ª T. – HC nº 69.185-4 – PR – Rel. Min. Célio Borja – v.u. – *Diário da Justiça*, Seção I, 8-5-92 – p. 6.267.

[11] STF – 1ª T. – HC 180312 AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 6-3-2020. Cf. ainda: STF – 1ª T. – HC 182.101 AgR/PR, Rel. Min. Roberto Barroso, *DJe* de 14-5-2020.

[12] STF, 2ª T., HC 110946/RS, Rel. Min. Ayres Britto, 29-11-2011; STF – HC nº 74.002-2/SP, 1ª T., Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, Seção I, 30 ago. 1996, p. 30.606.

[13] STF, 1ª T., HC 128057/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgamento: 1º-8-2017.

[14] STF, 1ª T, RHC 107855 AgR/DF, Rel. Min. Luiz Fux, 5-11-2013.

[15] STF – 1ª T. – HC 100.664/DF – Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 2-12-2010.

[16] STF, 1ª T., HC 110537 AgR/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, 22-10-2013.

[17] STF – 1ª T. – RHC 193.120 AgR/SP, Rel. Alexandre de Moraes, *DJe* de 11-12-2020; STF – 2ª T. – HC 187.842 AgR/SP, Rel. Min. Edson Fachin, *DJe* de 21-9-2020.

[18] STF – Pleno – HC nº 92.921/BA – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão: 19-8-2008. Cf. ainda, decisões monocráticas: HC 136.148/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* de 15-8/2016; HC 127.769/SC, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* de 28-4-2015.

[19] STF – 2ª T. – HC nº 69.421-SP – Rel. Min. Marco Aurélio – v.u. – *Diário da Justiça*, Seção I, 28-8-92 – p. 13.455.

[20] Conforme entendeu o Supremo Tribunal Federal, "a jurisprudência desta Corte tem admitido que se conceda *habeas corpus* de ofício, ainda quando o pedido originário não possa ser conhecido" (*RT* 650/331). Conferir, nesse sentido: STF – 1ª T. – HC 114464/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, 8-10-2013; STF – Pleno – HC 100181, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 15-8-2019; STJ – 6ª T. – HC 217226/PE, Rel. Min. Og Fernandes, *DJe* 27-2-2012.

[21] STF – 2ª T. – HC nº 69.172-2/RJ – Rel. Min. Marco Aurélio – *Diário da Justiça*, Seção I, 14-8-92, p. 12.226; STF – 2ª Turma – HC nº 69.342-3/SP – Rel. Min. Marco Aurélio – *Diário da Justiça*, Seção I, 21-8-92, p. 12.784-12.785; STF – 2ª T. – HC nº 69.421/SP – Rel. Min. Marco Aurélio – *Diário da Justiça*, Seção I, 28-8-92, p. 13.455.

[22] STF – 1ª T. – HC 175279 AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 11-10-2019; STF – 2ª T. – HC 137728 EXTN/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento: 30-5-2017; STF – 1ª T. – HC 120961/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento: 2-8-2016; STJ – 5ª T. – HC 147903/BA, Rel. Min. Laurita Vaz, *DJe* 10-10-2011; STJ – 6ª T. – PExtDe no HC 159952/SP, Rel. Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), *DJe* 1-2- 2011; STJ – 6ª T. – HC nº 1.005 – RJ – Rel. Min. Costa Leite – v.u. – *Diário da Justiça*, Seção I, 9-3-92 – p. 2.592.

[23] STF – 1ª T. – HC 192110 AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 11-11-2020; STF – 2ª T. – RHC 118381/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 12-11-2013; STF – 1ª T. – HC 114889 AgR/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 10-9-2013; STF – Plenário – HC nº 68.987-6 – SP – Rel. Min. Marco Aurélio – v.u. – *Diário da Justiça*, Seção I, 13-3-92 – p. 2.924; STF – 2ª T. – HC nº 69.534 – SP – Rel. Min. Néri da Silveira – v.u. –

Diário da Justiça, Seção I, 2-10-92 – p. 16.845; STJ – 6ª T. – HC 169404/SP, Rel. Min. Marilza Maynard (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), *DJe* 12-12-2013; STJ – 5ª T. – HC 241664/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, *DJe* 12-12-2013; STJ – 6ª T. – RHC nº 2.315-0 – DF – Rel. Min. Pedro Acioli – v.u. – *Diário da Justiça*, Seção I, 23-11-92 – p. 21.902; STJ – 5ª T. – RHC nº 1.767-0 – SP – Rel. Min. Edson Vidigal – v.u. – *Diário da Justiça*, Seção I, 5-10-92 – p. 17.111; STJ – 5ª T. – RHC 1.987-0-MG – Rel. Min. Assis Toledo – *Diário da Justiça*, Seção I, 29-6-92, p. 10.331; STJ, HC nº 1619-0 – SP, 5ª T., Rel. Min. Costa Lima, v.u., j. 16-12-92, *Diário da Justiça*, Seção I, de 15-2-93, p. 1.690.

[24] STJ, 6ª T., HC 153670/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, *DJe* 24-9-2012. Na doutrina, conferir: GRECCO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 394.

[25] STF – 1ª T. – HC 68.397-5-DF – Rel. Min. Celso de Mello – *Diário da Justiça*, Seção I, 26-6-92, p. 10.105. No caso em questão, o Supremo Tribunal Federal, excepcionalmente, autorizou a realização de comparação pericial das individuais dactiloscópicas, para comprovação de homonímia.

[26] STJ, 5ª T., HC 122094/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, *DJe* 14-12-2011; STJ – 5ª T. – HC 936-SP – Rel. Min. Costa Lima, *Diário da Justiça*, Seção I, 9-3-92, p. 2.587.

[27] STJ, 5ª T., HC 138190/SP, Rel. Min. Felix Fischer, *DJe* 3-5-2010; STJ – 5ª T. – RHC 1.712-MG – Rel. Min. Costa Lima – *Diário da Justiça*, Seção I, 9-3-92, p. 2.589.

[28] STF – 1ª T. – HC 191448 AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 26-10-2020; STF – 2ª T. – RHC 188366 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 8-9-2020; STJ – 6ª T. – RHC nº 1.422 – MG – Rel. Min. Carlos Thibau – v.u. – *Diário da Justiça*, Seção I, 6-4-92 – p. 4.506.

[29] STJ – 5ª T. – HC nº 1.507-0/PB – Rel. Min. Assis Toledo – *Diário da Justiça*, Seção I, 16-11-92, p. 21.151.

[30] CF, art. 5º, LXXVII – "são gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data*, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania".

[31] CRETELLA JR., José. *Os "Writs" na Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 144; BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 1988. v. 2, p. 316; AMARAL SANTOS, Moacyr. *RDP* 17/11; MIRABETE, Julio Fabbrinni. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 677; LÚCIO NOGUEIRA, Paulo.

Instrumentos de tutela e direitos constitucionais. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 9; GRECCO FILHO, Vicente. *Manual de...* Op. cit. p. 391. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 424. v. 4.

[32] Cf. legislação ordinária: Lei nº 13.445/2017 (Lei de Migração), regulamentada pelo Decreto nº 9.199/2017; (Lei nº 7.685/88 (dispõe sobre o registro provisório para o estrangeiro em situação ilegal em território nacional);

[33] BUENO, Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958. p. 388.

[34] CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 251.

[35] BARILE, Paolo. *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*. Bolonha: Il Molino, 1984. p. 172.

[36] *Ementário STJ* nº 13/212 – HC nº 3.287-0 – RJ. Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. 6ª T. Unânime. *DJ* 19-6-95. Conferir, ainda: STJ – 6ª T. – RHC nº 2.107-3/PI – Rel. Min. Vicente Cernicchiaro – *Ementário STJ*, 06/664; STJ – 6ª T. – HC nº 1.527-6/RS – Rel. Min. Vicente Cernicchiaro – *Ementário STJ*, 07/296.

[37] STJ – 6ª T. – RHC nº 1.944/SP – Rel. Min. Pedro Acioli, *Diário da Justiça*, Seção I, 24 ago. 1992, p. 13.001.

[38] STF – HC 178319/DF – Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 27-11-2019; HC 155283/PR – Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 23-4-2018.

[39] STF – HC 178319/DF – Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 27-11-2019; HC 155283/PR – Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 23-4-2018.

[40] STF – *RT* 631/389.

[41] STJ – 5ª T. – RHC nº 1.701 – CE – Rel. Min. Flaquer Scartezzini – v.u. – *Diário da Justiça*, Seção I, 4-5-92 – p. 5.895.

[42] STJ – 5ª T. – RHC nº 3.716-41PR – Rel. Min. Jesus da Costa Lima, *Ementário*, 10/680; *RT* 598/322; *RJTJSP* 126/519. E ainda, *RT* 655/288, que assim se manifestou: "não há dúvida de que a pessoa jurídica pode impetrar *habeas corpus*, mas aquele que a representa legalmente deve, de plano ou no prazo assinado, comprovar isto. Se o signatário da inicial não comprova a condição invocada, de rigor o não conhecimento do *writ*". No mesmo sentido: JESUS, Damásio E. *Código de processo*... Op. cit. p. 451; FERREIRA, Pinto. *Comentários...* Op. cit. v. 1, p. 201; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal...* Op. cit. p. 678.

[43] *RT* 591/369.

[44] STF – Pleno – HC nº 92.921/BA – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão: 19-8-2008.

[45] STF – 1ª T. – HC nº 88.747Agr/ES – Rel. Min. Carlos Britto, decisão: 15-9-2009. *Informativo STF* nº 559.

[46] JESUS, Damásio E. *Código de processo*... Op. cit. p. 451; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal...* Op. cit. p. 427. Ainda nesse sentido: *RT* 603/432; 608/301; 552/284.

[47] Lei nº 8.625/93 – art. 32 – Além de outras funções cometidas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e demais leis, compete aos Promotores de Justiça, dentro de suas esferas de atribuições: I – impetrar *habeas corpus* e mandado de segurança e requerer correição parcial, inclusive perante os Tribunais locais competentes.

[48] Em relação à legitimidade do Ministério Público de primeira instância para ajuizar HC diretamente no STF no interesse da acusação: STF – 2ª T. – HC nº 91.509/RN – Rel. Min. Eros Grau, decisão: 27-10-2009.

[49] *RT* 262/60; 527/455.

[50] Conforme destacado pelo Superior Tribunal de Justiça, “o MP estadual é parte legítima para impetrar *habeas corpus.* Evidente a inocência do paciente, é de se trancar a ação penal por falta de justa causa” (STJ – 5ª T. – RHC nº 4.620/RS – Rel. Min. Edson Vidigal, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 out. 1997, p. 50.010).

[51] STF – HC 172403 – Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 13-9-2019.

[52] STF – HC nº 75.347-7/MG – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 5 nov. 1997. No mesmo sentido, cf.: *RTJ* 147/233 e 161/475.

[53] STF – HC nº 72.391-8, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, v.u., *DJU*, 17 mar. 1995, p. 5.791; STF – HC nº 94.404 MC/SP – Rel. Min. Celso de Mello, *Informativo STF* nº 516.

[54] STF – *Habeas Corpus* nº 74504-1/RS – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 10 out. 1996, p. 38.293; citando várias decisões: *RTJ* 117/1.084; 150/765; HC 71.217-MG, Rel. Min. Néri da Silveira.

[55] STF – HC 187640 – Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 21-9-2018; *JSTJ* 5/183.

[56] *RT* 509/336.

[57] *RT* 584/339.

[58] STJ, 6ª T., AgRg no HC 179375/MG, Rel. Min. Og Fernandes, *DJe* 21-6-2013; STJ – 6ª T. – HC nº 1.288-3 – PB – Rel. Min. José Cândido – v.u. – *Diário da Justiça*, Seção I, 16-11-92 – p. 21.163.

[59] STF – HC 150180 – Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 21-9-2018.

[60] HC 148.459, Rel. Min. Alexandre de Moraes; HC 133.267-AgR, Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli; HC 143.704-MC, Rel. Min. Celso de Mello; HC 135.169, Rel. Min. Gilmar Mendes; HC 81.348, Rel. Min. Ellen Gracie; HC 154.222, Rel. Min. Alexandre de Moraes. Excepcionalmente, a 2ª Turma do STF, ao conceder a ordem no HC 143.641, determinou a obrigatoriedade de análise pelos magistrados competentes da possibilidade de substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas, em todo o território nacional, que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal. A Turma, porém, não concedeu uma ordem genérica de substituição, mas determinou a obrigatoriedade de análise caso a caso.

[61] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1996. p. 765. No mesmo sentido: *RTJ* 33/590; *RT* 548/417; *RSTJ* 64/69.

[62] Ver capítulo sobre Estado de Defesa e Estado de Sítio.

[63] JESUS, Damásio E. *Código de processo*... Op. cit. p. 452. Nesse sentido: STJ – 5ª T. – RE nº 17.039-0 – GO – Rel. Min. José Adalto Duarte – v.u. – *Diário da Justiça*, Seção I, 16-11-92 – p. 21.153/4.

[64] STF – *Habeas Corpus* nº 72.131-1/RJ – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 28 nov. 1995, p. 41.010.

[65] STJ – *Habeas Corpus* nº 3.833-PE – 5ª T. – Rel. Min. Edson Vidigal; j. 13-12-95; ementa – AASP nº 1966 – *Ementário*, p. 69-e.

[66] STF – 1ª T. – HC 171306, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 15-10-2019; STF – 2ª T. – RHC 176.373 AgR/SP, Rel. Min. Edson Fachin, *DJe* de 15-12-2020; STF – 1ª T. – 173340 AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 30-8-2019; STF – 1ª T. – HC 184.000 AgR/GO, Rel. Min. Luiz Fux, *DJe* de 18-6-2020; STJ – 5ª T. – RHC 42307/MG, Rel. Min. Moura Ribeiro, *DJe* de 25-11-2013; STJ – 6ª T. – HC 272234/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, *DJe* de 10-12-2013; STJ – 5ª T. – RHC 40000/PI, Rel. Min. Laurita Vaz, *DJe* de 4-12-2013.

[67] STF – 1ª T. – HC 192411 AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 23-11-2020; STJ – 5ª T. – RHC nº 2.434-7/PB, Rel. Min. Flaquer Scartezzini, v.u., j. 16-12-92, *Diário da Justiça*, Seção I, de 15-2-93, p. 1693/4.

[68] STF – 1ª T. – HC 187469 AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 24-8-2020; STF – 1ª T. – HC 189.531 AgR/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, *DJe* de 5-10-2020; STJ – 5ª T. – RHC nº 1.818 – PA – Rel. Min. Assis Toledo – v.u. – *Diário da Justiça*, Seção I, 30-3-92 – p. 3.997.

[69] STF – 1ª T. – HC 99.033/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão Min. Cármen Lúcia, *DJ* de 20-11-2009; STF – HC 169.274/GO, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJe* de 5-6-2019; STJ, 5ª T., HC 264693/PA, Rel. Moura Ribeiro, *DJe* 29-11-2013.

[70] STF – *Habeas Corpus* nº 71.371-8/PE – Rel. Min. Néri da Silveira, *Diário da Justiça*, Seção I, 8 mar. 1996, p. 6.239; STJ – RHC nº 2.364-1/PR, 6ª T. – Rel. Min. José Cândido, 1-12-92, *Diário da Justiça*, Seção I, de 1º-2-93 – p. 476.

[71] STJ – RHC nº 2.424-4/RJ, 5ª T. – Rel. Min. Costa Lima, v.u., j. 9-12-92, *Diário da Justiça*, Seção I, de 1-2-93 – p. 470.

[72] STJ – 5ª T. – *Habeas Corpus* nº 736 – RJ – Rel. Min. Edson Vidigal – *Diário da Justiça*, Seção I, 1-7-91, p. 9.203; STJ – 6ª T. – HC 617 – RJ – Rel. Min. William Patterson – *Diário da Justiça*, Seção I, 29-4-91, p. 5.278.

[73] STJ – 4ª T. – REsp. 17.649-SP – Rel. Min. Athos Carneiro – *Diário da Justiça*, Seção I, 13-4-92, p. 5.002.

[74] STF – Pleno – HC 186.251 AgR/DF, Rel. Min. Rosa Weber, *DJe* de 17-9-2020; STF – 2ª T. – HC 186.383 AgR/AC, Rel. Min. Edson Fachin, *DJe* de 2-12-2020; *RTJ* 99/1.064; 126/175; 141/226.

[75] STF – *Habeas Corpus* nº 74.507-5/MG – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 14 out. 1996, p. 38.881.

[76] Observe-se, porém, que o julgamento terminou empatado e, consequentemente, a ordem foi concedida, em virtude de o empate favorecer o paciente (STF – Pleno – HC nº 127483/PR – Rel. Min. Dias Toffoli – decisão 26 e 27-8-2015).

[77] STF, Pleno, HC nº 115787/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Dias Toffoli, 18-5-2017.

[78] Publicada no *Diário Oficial da União*, 19 mar. 1999.

[79] STF – 2ª T. – HC nº 69.473/RS – Rel. Min. Néri da Silveira – *Diário da Justiça*, Seção I, 28-8-92, p. 13455; *RSTJ* 03/787.

[80] STF – *Habeas Corpus* nº 71.017-4 – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 10 jun. 1994, p. 14.766; STF – *Habeas Corpus* nº 71.050-6 – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 10 jun. 1994, p. 14.766.

[81] Esse entendimento derivava da interpretação do STF da redação original do art. 102, I, *i*, da CF: "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe o *habeas corpus*, quando o coator ou o paciente for tribunal, autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância."

[82] STJ – *Habeas Corpus* nº 4.580 – SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, *Diário da Justiça*, Seção I, 15 ago. 96, p. 28.044; STJ – *Habeas Corpus* nº 4.588 – RS (96.0021784-0) – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, *Diário da Justiça*, Seção I, 15 ago. 1996, p. 28.044.

[83] HC 73.968-RS, Rel. Min. Sydney Sanches, 14-5-96. Publicado no *Informativo STF* nº 31, 22 maio 1996.

[84] *RTJ* 152/889; STF – 2ª T. – *Habeas corpus* nº 71.605-9 – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 fev. 1996, Seção I, p. 2.074; *RT* 648/355; 651/370; 652/373. Anote-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nesse sentido foi firmada por seis votos a favor e cinco contra.

[85] Observe-se, porém, conforme decidiu a 1ª Turma do STF, que, "tratando-se de pedido de extensão de *habeas corpus* concedido pelo STF antes da promulgação da EC 22/99, esta Corte continua competente para examinar tal pedido" (STF – 1ª T.– HC nº 77.760-SP – questão de ordem – Rel. Min. Octavio Gallotti, decisão: 23-3-99 – *Informativo STF* nº 143, 7 de abril de 1999).

[86] STF – 2ª T. – HC nº 78.418/RJ – questão de ordem – Rel. Min. Maurício Corrêa, decisão: 22 mar. 1999. Conferir, ainda, diversos julgados da 2ª Turma nesse mesmo sentido: HCs nº 72.3829/PB; nº 77.5735/SP; nº 78.3210/SP; nº 78.3351/RS; nº 78.4214/RO; nº 78.7454/DF; nº 78.774-6/RS; nº 78.7959/MG; nº 78.8173/SP; nº 78.9935/SP; nº 79.0313/RJ; nº 79.0607/SP; nº 79.113-1/SP – Rel. Min. Maurício Corrêa; HCs nº 77.8231/GO; nº 78.1115/ES; nº 78.3953/PB – Rel. Min. Néri da Silveira; HCs nº 78.1049/SC; nº 78.2913/SP; nº 78.5923/SP; nº 78.9749/RS – Rel. Min. Nelson Jobim. Todos publicados no *Diário da Justiça*, Seção I, 30 mar. 1999, p. 3 e segs. E, ainda, HC nº 79.0798/MG – Rel. Min. Carlos Velloso, publicado no *Diário da Justiça*, Seção I, 29 mar. 1999, p. 21.

[87] STF – 1ª T. – HC nº 78.7566/SP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 29 mar. 1999, p. 21. Conferir, ainda, diversos julgados da 1ª

Turma nesse mesmo sentido: HCs nº 78.7797/MG e nº 79.0283/SP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence; HCs nº 78.8238/SP; nº 78.918-8/SP; nº 78.9951/SP; nº 79.0216/SP; 79.0747/RJ – Rel. Min. Sydney Sanches. Todos publicados no *Diário da Justiça*, Seção I, 29 mar. 1999, p. 21. E, ainda, HCs nº 78.8181/RJ; nº 78.9064/RJ – Rel. Min. Ilmar Galvão; HC nº 78.7827/SP – Rel. Min. Sydney Sanches, publicados no *Diário da Justiça*, Seção I, 30 mar. 1999, p. 5.

[88] STF – 1ª T. Rex nº 141.209-7 – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 20 mar. 1992, ementário STF nº 1.654-3; STF – 2ª T. Rex nº 141.311-5 – SP – Rel. Min. Marco Aurélio – v.u. – *Diário da Justiça*, Seção I, 11-12-92 – p. 23.665; STF – 2ª Turma – RE nº 141.211-9/SP – Rel. Min. Néri da Silveira – *Diário da Justiça*, Seção I, 28-8-92, p. 13.456. A Egrégia Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo editou a Tese nº 282, de seguinte teor: "*HABEAS-CORPUS* – *Habeas corpus* impetrado contra ato do Promotor de Justiça deverá ser apreciado pelo Tribunal de Justiça do Estado competente *ratione personae*, para processo e julgamento daquela autoridade nos crimes comuns e de responsabilidade" (Constituição Estadual, art. 74, IV). E, ainda, STF – 2ª T. – Rextr. Nº 187.725-1/RJ – Rel. Min. Néri da Silveira, *diário da Justiça*, Seção I, 17 out. 1997, p. 52.506. **No mesmo sentido:** O Superior Tribunal de Justiça afirmou que "o teor do art. 74, IV, da Constituição do Estado de São Paulo combinado com o art. 96, III, da Constituição Federal, a competência originária para julgar *habeas corpus*, em sendo a autoridade coatora Promotor Público, é do Tribunal de Justiça Estadual" (STJ – 5ª T. – Resp. nº 78.864/SP – Rel. Min. Flaquer Scartezzini, *Diário da Justiça*, Seção I, 22 set. 1997, p. 46.514). E, ainda, STJ – 5ª T. – Resp. nº 67.757/PR – Rel. Min. Flaquer Scartezzini, *Diário da Justica*, Seção I, 22 set. 1997, p. 46.514. **Em contrário:** posicionamento no Superior Tribunal de Justiça que entende aplicável à espécie a distribuição do *habeas corpus* ao Tribunal competente em razão da matéria (Tribunal de Justiça ou Tribunal de Alçada) – STJ – 5ª T. – RHC nº 2.444-0-SP- Rel. Min. Costa Lima – v.u. – *DJU*, 15-2-93, p. 1.694.

[89] STF – 2ª T. – RE nº 377.356/SP – Rel. Min. Cezar Peluso, decisão: 7-10-2008; STJ – 5ª T. – HC nº 5.750/RJ – Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, *Diário da Justiça*, Seção I, 29 set. 1997, p. 48.231.

[90] STF – *Habeas Corpus* nº 71.713-6 – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, v.m., *Diário da Justiça*, 4 nov. 1994, p. 29.827; STF – HC 72.582-1, 1ª T., relatado pelo Ministro Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, 20 out. 1995, p. 35.258.

[91] A EC nº 22/99 criou o parágrafo único do art. 98, dando-lhe a seguinte redação: “Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.” Esse parágrafo foi posteriormente renumerado como parágrafo 1º pela EC nº 45/2004.

[92] STF – 1ª T. – HC nº 78.317/RJ – Rel. Min. Octavio Gallotti, decisão: 21-5-99 – *Informativo STF* nº 149.

[93] STF – Pleno – HC nº 86.834/SP – Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 23-8-2006 – *Informativo STF* nº 437; STF – 1ª T. – HC nº 86.009/QO/DF – Rel. Min. Carlos Britto, decisão: 29-8-2006 – *Informativo STF* nº 438; STF – 1ª T. – HC nº 86.974-2/SP – Rel. Min. Carlos Britto, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 set. 2006, p. 29; STF – 1ª T. – HC nº 87.530-1/SP – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 set. 2006, p. 29; STF – 1ª T. – HC nº 87.674-9/SP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 set. 2006, p. 30; STF – 2ª T. – HC nº 88.953-1/SP – Rel. Min. Cezar Peluso, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 set. 2006, p. 30.

[94] Ver a esse respeito deste autor *Juizado especial criminal: aspectos práticos da Lei nº 9.099/95*, em conjunto com Pazzaglini, Smanio e Vaggione. São Paulo: Atlas, 1996, p. 78.

[95] CF, art. 108, I, *d*: “Compete aos Tribunais Regionais Federais processar e julgar originariamente os *habeas corpus* quando a autoridade coatora for juiz federal.”

[96] CF, art. 98, parágrafo único.

[97] STF – 1ª T. – HC 140305 – Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 13-3-2018; STJ – 6ª T. – *Habeas Corpus* nº 1.527-6 – RS – Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, v.u., j. 27-10-92, *Diário da Justiça*, Seção I, de 5-4-93, p. 5.859.

[98] STJ – 5ª T. – *Habeas Corpus* nº 1.388-7 – DF – Rel. Min. Flaquer Scartezzini – v.u. – *Diário da Justiça*, Seção I, 31-8-92 – p. 13.651.

[99] STJ – 6ª T. – *Habeas Corpus* nº 1.053 – PE – Rel. Min. Vicente Cernicchiaro – v.u. – *Diário da Justiça*, Seção I, 9-3-92 – p. 2.592; STJ – 5ª Turma – RHC 1.951-0-SP – Rel. Min. Costa Lima – *Diário da Justiça*, Seção I, 29-6-92, p. 10.331.

[100] STJ – 5ª T. – *Habeas Corpus* nº 1.938-8 – RJ – Rel. Min. Assis Toledo – *Diário da Justiça*, Seção I, 29-6-92, p. 10.331; STJ – 5ª T. – HC 1.811-SP – Rel. Min. Assis Toledo – *Diário da Justiça*, Seção I, 6-4-92, p. 4.505.

[101] STJ – 5ª T. – RHC nº 1.729 – SP – Rel. Min. Costa Lima – v.u. – *Diário da Justiça*, Seção I, 9-3-92 – p. 2.589/90.

[102] *RSTJ* 03/810.

[103] Antes da EC nº 22/99, apesar da competência do Supremo Tribunal Federal para o processo e julgamento de *habeas corpus* contra decisão de Tribunais Regionais Federais e Tribunais estaduais (cf. neste capítulo, item 1.11), nessa hipótese, por tratar-se de substituição do recurso ordinário constitucional previsto no art. 105, II, *a*, mantinha-se, excepcionalmente, a competência do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido: STF – *Habeas Corpus* nº 073.701-3/130/PR – Rel. Min. Néri da Silveira, *Diário da Justiça*, Seção I, p. 5.295; *RTJ* 152/519.

[104] CF, art. 102, I, *i*.

[105] CF, art. 102, II, *a*.

[106] STF – 1ª T. – *Habeas Corpus* nº 73.605-0 – v.u. – Rel. Min. Néri da Silveira, *Diário da Justiça*, Seção I, 21 jun. 1996, p. 22.293.

[107] STF – *Habeas Corpus* nº 70.648-7/RJ – *Diário da Justiça*, 4 mar. 1994, p. 3.289; *JSTJ*, 4/452; 34/94.

[108] MIRANDA, Pontes de. *História e prática...* Op. cit. p. 479.

[109] STF – 1ª T. – RHC 172532, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 26-10-2020; STF – 2ª T. – HC 113518/GO, Rel. Min. Teori Zavascki, 26-2-2013; STF – 1ª T. – *Habeas Corpus* nº 72.445-1/DF – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 22 set. 1995, p. 30.592. STF – 2ª T. – HC nº 74.750-7/PB – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 26 nov. 1999. p. 84. Ver comentário sobre o *voto de Minerva* no *Habeas corpus,* PINTO FALCÃO, Alcino. Op. cit. p. 301.

[110] A Lei nº 9.507, de 12-11-1997, determinou que se considera de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações. *Habeas data*: a Lei nº 8.159, de 8-1-1991, dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados e dá outras providências.

[111] EKMEKDJIAN, Miguel Ángel; PIZZOLO, Calogero. Op. cit. p. 2.

[112] MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. Op. cit. p. 147; PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 274; CRETELLA JR., José. *Os "Writs" na...* Op. cit. p. 122; GRECCO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional*

das liberdades. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 175; FALCÃO, Alcino Pinto. Op. cit. p. 312. Conferir, ainda: STF – Pleno – HD nº 70/DF – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 1º ago. 2005, p. 115.

[113] STF – Tutela antecipada em *Habeas Data* nº 75-9/DF – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 11-10-2006.

[114] RIBEIRO, Vinício. *Constituição da república portuguesa.* Coimbra: Almedina, 1993. p. 62-65, faz extensa indicação sobre legislação, pareceres, jurisprudência e doutrina sobre o assunto.

[115] Constituição Portuguesa – art. 26: 1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra e à reserva da intimidade da vida privada e familiar; 2. A lei estabelecerá garantias efetivas contra a utilização abusiva, ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias; 3. A privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efectuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos.

[116] Constituição Portuguesa – art. 35: 1. Todos os cidadãos têm o direito de tomar conhecimento dos dados constantes de ficheiros ou registros informáticos a seu respeito e do fim a que se destinam, podendo exigir a sua rectificação e actualização, sem prejuízo do disposto na lei sobre o segredo de Estado e segredo de justiça; 2. É proibido o acesso a ficheiros e registros informáticos para conhecimento de dados pessoais relativos a terceiros e respectiva interconexão, salvo em casos excepcionais previstos na lei; 3. A informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa ou vida privada, salvo quando se trate do processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis; 4. A lei define o conceito de dados pessoais para efeitos de registro informático, bem como de bases e bancos de dados e respectivas condições de acesso, constituição e utilização por entidades públicas e privadas; 5. É proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos; 6. A lei define o regime aplicável aos fluxos de dados transfronteiras, estabelecendo formas adequadas de protecção de dados pessoais e de outros cuja salvaguarda se justifique por razões de interesse nacional.

[117] A Constituição da Espanha de 1978 igualmente estabelece em seu art. 18, item 4, que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”, e no art. 105, *b*, garante “el acceso de los ciudadanos a los archivos y

registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de la persona".

[118] CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição*... Op. cit. p. 179/80.

[119] PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e...* Op. cit. p. 276.

[120] STF – Tutela antecipada em *Habeas Data* nº 75-9/DF – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 11-10-2006.

[121] Súmula 2 – "Não cabe o *habeas data* (CF, art. 5º, LXXII, *a*) se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa". No mesmo sentido: CRETELLA JR., José. *Os "Writs" na...* Op. cit. p. 119. Contra: GRECCO F., Vicente. *Tutela...* Op. cit. p. 177.

[122] STJ – 3ª Seção; HD nº 0025-5-DF – Rel. Min. Anselmo Santiago; j. 1º-12-1994; v.u; STJ – HD nº 02-DF, Rel. Min. Pedro Acioli, RSTJ 3/901.

[123] STJ – *Habeas Data* nº 4/DF – Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, *RSTJ* 2/463.

[124] STF – Pleno – Recurso em *Habeas Data* nº 22/DF – Rel. Min. Celso de Mello – *RTJ* 162/807.

[125] Ac. da 1ª S do STJ – mv – HD 05-DF – Rel. Min. Américo Luz, *Diário da Justiça*, Seção I, 28 ago. 1989, p. 13.672.

[126] Cf. Tribunal Federal de Recursos, *Habeas Data* nº 1, Rel. Min. Milton Pereira, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 maio 1989 – Voto vencido do Min. Ilmar Galvão.

[127] MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança...* Op. cit. p. 150; EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, PIZZOLO, Calogero. Op. cit. p. 98 e 106, inclusive citando jurisprudência argentina. GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *El derecho de amparo.* Buenos Aires: Depalma, 1995. p. 169. **Contra**, entendendo possível a legitimação somente para pessoa física: BASTOS, Celso, MARTINS, Ives Gandra da Silva. Op. cit. v. 2, p. 363; LÚCIO NOGUEIRA, Paulo. *Instrumentos de...* Op. cit. p. 36.

[128] Pedro Henrique Távora Niess, *FMU DIREITO* nº 04/36, apontando, também, a legitimidade das chamadas pessoas formais: massa falida, herança jacente ou vacante, espólio, as sociedades de fato, o condomínio que tenha administrador ou síndico (Cód. Processo Civil, art. 12) e, em certos casos, as Mesas do Senado Federal, da Câmara e da Assembleia Legislativa, bem como as comunidades indígenas (CF, arts. 103 e 232).

[129] Tribunal Federal de Recursos, *habeas data* nº 1, Rel. Min. Milton Pereira, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 maio 1989. **Contra, inadmitindo exceções:** Vicente Greco Filho afirma que "a ação, portanto, é personalíssima, não admite pedido de

terceiros e, sequer, sucessão no direito de pedir. A vida privada deve ser muito respeitada, a ponto de se preservar a intimidade de cada um, inclusive no âmbito familiar. Admitir-se que outra pessoa, ainda que seja cônjuge ou filho, obtenha dados de alguém seria admitir a devassa na vida íntima do indivíduo, incompatível exatamente com o princípio que o novo instituto visou resguardar" (*Tutela...* Op. cit. p. 176).

130 O Supremo Tribunal Federal entendeu que Banco do Brasil não tem legitimidade passiva *ad causam* para responder ao *habeas data*, pois "não figura como entidade governamental – mas sim como explorador de atividade econômica –, nem se enquadra no conceito de registros de caráter público a que se refere o art. 5º, LXXII, *a*, da CF" (STF – Pleno – RE nº 165.304/MG – Rel. Min. Octavio Gallotti. Decisão: 19-10-2000. *Informativo STF* nº 208).

131 BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Op. cit. v. 2, p. 363.

132 SANCHES, Sydney Sanches. Inovações processuais na Constituição de 1988, *RT* 635/48-55, nº 44.

133 Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O *habeas data* brasileiro e sua lei regulamentadora. *Revista de Informação Legislativa* nº 138, p. 89, abr./jun. 1998; WALD, Arnold; FONSECA, Rodrigo Garcia. O *habeas data* na Lei nº 9.507/97. *Revista de Informação Legislativa*, nº 137, p. 303, fev./mar. 1998.

134 Note-se que essa previsão, art. 16 da Lei nº 9.507, de 12-11-1997, tem redação semelhante ao art. 13 da Lei nº 1.533, de 31-12-1951 (mandado de segurança), que foi analisado por Hely Lopes Meirelles da seguinte forma: "*A provisoriedade da sentença não transitada em julgado só se manifesta nos aspectos que não tolhem a ordem contida na notificação do julgado. Sem esta presteza na execução ficaria invalidada a garantia constitucional da segurança. Além disso, é de se recordar que para a suspensão dos efeitos da sentença concessiva da segurança há recurso específico ao Presidente do Tribunal (Lei nº 1.533/51, art. 13), o que está a indicar que essa suspensão não pode ser obtida por via de apelação ou de qualquer outro recurso genérico*" (*Mandado de segurança...* Op. cit. p. 88).

135 Diomar Ackel Filho, com base nessas finalidades, classifica-os de *habeas data* preventivo (obter as informações) e *habeas data* repressivo (corrigi-las). *"Writs" constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 152.

136 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Comentários...* Op. cit. p. 216.

[137] Sobre o alcance do *habeas data,* consultar: GOZAÍNI, Osvaldo A. *El derecho de amparo.* Buenos Aires: Depalma, 1995. p. 167.

[138] Redação dada pela EC nº 23/99, promulgada em 2-9-1999.

[139] A título de exemplo, a Constituição do Estado de São Paulo determina no art. 74 que compete ao Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente os *habeas data* contra atos do Governador, da Mesa e da Presidência da Assembleia, do próprio Tribunal ou de algum de seus membros, dos Presidentes dos Tribunais de Contas do Estado e do Município de São Paulo, do Procurador-Geral de Justiça, do Prefeito e do Presidente da Câmara Municipal da Capital. De maneira semelhante, a Constituição do Estado de Tocantins, em seu art. 48, VII, com redação dada pela Emenda nº 4, de 27 de fevereiro de 1992, estabelece competir ao Tribunal de Justiça o *habeas data* contra atos do Governador do Estado, da Mesa da Assembleia Legislativa, do Tribunal de Contas do Estado, do Procurador-Geral do Estado, do Comandante-Geral da Polícia Militar, do titular da Defensoria Pública e do próprio Tribunal de Justiça e do Procurador-Geral de Justiça. Em termos semelhantes o art. 108, VII, *b*, da Constituição do Estado do Ceará; o art. 46, VIII, *g*, da Constituição do Estado de Goiás; o art. 83, XI, c, da Constituição do Estado de Santa Catarina e o art. 123, I, *f*, da Constituição do Estado da Bahia.

[140] TEMER, Michel. *Elementos...* Op. cit. p. 204; PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e...* Op. cit. p. 282; GRECCO FILHO, Vicente. *Tutela...* Op. cit. p. 176; LÚCIO NOGUEIRA, Paulo. *Instrumentos de...* Op. cit. p. 33; MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. Op. cit. p. 304.

[141] MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança...* Op. cit. p. 152; ACKEL FILHO, Diomar. *"Writs" constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 145; CRETELLA JR., José. *Os "writs" na...* Op. cit. p. 119.

[142] Art. 5º, XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

[143] CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição*... Op. cit. p. 217.

[144] Tribunal Federal de Recursos, *Habeas Data* nº 1, Rel. Min. Milton Pereira, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 maio 1989.

[145] STF – Pleno – Repercussão Geral – RE nº 673707/MG – Rel. Min. Luiz Fux – 17-6-2015 (RE-673707).

[146] STF – 1ª T. – MS 36190 AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 14-6-2019; STF – 2ª T. – MS 31354 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 3-10-2020; STF – 1ª T. – RMS 37258 AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 28-9-2020. Conferir Lei nº 12.016, de 7-8-2009. Anteriormente, Lei nº 1.533, de 31-12-1951 e Lei nº 4.348, de 26-6-1964.

[147] MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança...* Op. cit. p. 3.

[148] GUIMARÃES, Ary Florêncio. O mandado de segurança como instrumento de liberdade civil e de liberdade política*. Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques*. São Paulo: Saraiva, 1982. Vários autores, p. 139.

[149] STF – MS 36.620, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 14-8-2019.

[150] STF – 1ª T. – MS 30892, Rel. Min. Luiz Fux, j. 8-6-2020.

[151] *RT* 661/112.

[152] TÁCITO, Caio. *RDA* 61/220.

[153] NUNES, Castro. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público*. 7. ed. (atualizada por José de Aguiar Dias). Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 54.

[154] *RTJ* 83/255; *RT* 505/287. A respeito ver preciosa lição de Ada Pellegrini Grinover. Mandado de segurança contra ato jurisdicional penal. *Mandado de segurança* (Coord. Aroldo Plínio Gonçalves). Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 9-37, vários autores, p. 9-37.

[155] STF – 1ª T. – RMS 32589 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, j. 15-9-2020.

[156] STF – 2ª T. – MS 37004, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 7-12-2020.

[157] GUIMARÃES, Ary Florêncio. Op. cit. p. 141.

[158] STJ – 6ª T. – RMS nº 5.1951/SP; STJ – 6ª T. – RMS nº 3.7355/MG – Rel. Min. Vicente Leal – Nesse sentido: *Ementário STJ*, 01/30; 05/35; 05/272; 09/13; 15/203; *RT* 614/185; 607/280, 630/186 629/126. *JTJ* 122/410; 134/538; 148/106. Cf. ainda estudo sobre o direito de certidão: MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 192; *RT* 294/454.

[159] Súmula 267 – Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.

[160] STF – Rextr. nº 22.212, Rel. Min. Lafayete de Andrada, julgado 12-5-53.

[161] Súmula 429: A Existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade.

[162] STF – 2ª T. – Petição nº 764/RJ – medida liminar – Rel. Min. Paulo Brossard, *RTJ* 149/413.

[163] SILVA VELLOSO, Carlos Mário. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 154.

[164] STF – 1ª T. – MS 35894 ED-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 12-3-2019.

[165] STF – Pleno – MS 36937 AgR, Rel. Min Alexandre de Moraes, j. 15-4-2020; STF – 1ª T – RMS 36564 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, j. 13-9-2019.

[166] Súmula/STF nº 268: Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado.

[167] STF – 1ª T. – RMS 36284 AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 12-4-2019; STF – 2ª T. – MS 34085 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, j. 11-10-2019; STF – Mandado de Segurança nº 22.500-9/PR – Rel. Min. Sydney Sanches, j. 25-4-96, citando inúmeros precedentes: RMS 5.094, Relator Ministro Henrique D'Avila, j. 16-5-58, *Ementário* – v. 00406, p. 00371; MS 8.712, Relator Ministro Luis Gallotti, *RTJ* 19/65; Reclamação 691, Relator Ministro Carlos Medeiros, *Diário da Justiça*, 24-8-66; MS 21.551, Relator Ministro Octavio Gallotti, *Diário da Justiça* 20-11-92, p. 21.612, *Ementário* 01685.01-PP-00199; MS 21.274, Relator Ministro Carlos Velloso, *Diário da Justiça* 8-4-94, p. 07241, *Ementário* 01739.04 PP-00658; MS 21.126, Relator Ministro Carlos Velloso, *Diário da Justiça* 14-12-90, p. 15.109, *Ementário* v. 01606.01, p. 00048; MS 21.125, Relator Ministro Carlos Velloso, *Diário da Justiça* 14-12-90, p. 15.109, *Ementário* v. 01606.01, p-00040; MS 20.533, Relator Ministro Djaci Falcão, *Diário da Justiça* 22-11-85, p. 21.335, *Ementário* v. 01401.01, p. 00058; MS 20.444, Relator Ministro Moreira Alves, *RTJ* 110 (2) p. 542; MS 20.398, Relator Ministro Aldir Passarinho, *Diário da Justiça* 2-12-83, p. 19.032, *Ementário* 01319.01 p. 00100; MS 20.210, Relator Ministro Moreira Alves, *RTJ* 96/1004; AGRMS, Relator Ministro Djaci Falcão, *Diário da Justiça* 1-7-88, p. 16.899, *Ementário* 01508.02, p. 00269.

[168] STF – 2ª T. – MS 31336, Rel. Min. Edson Fachin, j. 28-3-2017; STJ – REsp. 17.295-0-CE – 1ª T. – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *Diário da Justiça*, 10 maio 1993.

[169] STF – Pleno – ADI 4296/DF, rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 9-6-2021.

[170] Sérgio Ferraz elabora extenso e proveitoso estudo sobre as diversas correntes de pensamento sobre a expressão *direito líquido e certo* (*Mandado de*

segurança. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 12-22).

171 *RTJ* 83/130. Conferir, ainda: STF – "A noção de direito líquido e certo, para efeito de impetração de mandado de segurança, ajusta-se, em seu específico sentido jurídico, ao conceito de situação que deriva de fato incontestável, vale dizer, de fato passível de comprovação documental imediata e inequívoca" (STF – Pleno – MS nº 21.865-7/RJ –Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 1º dez. 2006, p. 66).

172 STF – Pleno – MS 34777 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, j. 20-2-2018; STF – 1ª T. – RMS 37258 AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 28-9-2020; *RTJ* 150/104.

173 NUNES, Castro. *Do mandado de segurança e...* Op. cit. p. 73.

174 *RTJ* 70/437.

175 *RTJ* 69/475; *RDA* 45/319; *RT* 301/590; 321/529, 339/370; 357/373; 371/120; 478/181.

176 STF – MS nº 21.239/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; *RTJ* 147/104.

177 No Estado de São Paulo, a Lei Complementar Estadual nº 734, de 26-11-1993 (Lei Orgânica Estadual do Ministério Público) dispõe em seu art. 121, expressamente, a faculdade dos Promotores de Justiça de impetrar mandado de segurança perante os Tribunais.

178 PAZZAGLINI FILHO, Marino; MORAES, Alexandre de, SMANIO, Gianpaolo Poggio, VAGGIONE, Luiz Fernando. Op. cit. p. 80.

179 STF – 2ª T. – *Habeas Corpus* nº 69.802-6 – Rel. Min. Paulo Brossard, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 abr. 1993; STF – *RTJ* 128/1199; STJ – Recurso em Mandado de Segurança nº 5.370-9 – Rel. Min. Barros Monteiro, *Diário da Justiça*, Seção I, 29 maio 1995; STJ – Recurso em mandado de segurança nº 1.447-0-SP – Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, *Diário da Justiça*, Seção I, 14 mar. 1994, p. 4.533. Para conferir a **íntegra das ementas**, ver nosso *Juizado especial criminal:* aspectos práticos da Lei nº 9.099/95*,* em conjunto com Pazzaglini, Smanio e Vaggione, São Paulo: Atlas, 1996, p. 80-82.

180 Conforme destacou o Superior Tribunal de Justiça, "em sede de mandado de segurança, deve figurar no polo passivo a autoridade que, por ação ou omissão, deu causa à lesão jurídica denunciada e é detentora de atribuições funcionais próprias para fazer cessar a ilegalidade" (STJ – 3ª Seção – MS nº 3.864-6/DF – Rel. Min. Vicente Leal, *Diário da Justiça*, Seção I, 22 set. 1997, p. 46.321).

181 STJ, 2ª T., AgRg no REsp 1400114/PB, Rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 25-10-2013; STJ, 1ª T., RMS 30561/GO, Rel. Min. Teori Zavascki, *DJe* 20-9-2012;

STJ – 1ª T. – Rec. Esp. nº 55.947-2-DF – Rel. Min. Milton Luiz Pereira; j. 30-8-95; v.u., ementa – *Ementário* AASP nº 1971, 2 a 8 out. 1996, p. 79-e.

[182] STJ, 2ª T., AgRg no RMS 39688/PB, Rel. Min. Mauro Campbell, *DJe* 27-9-2013; STJ, 2ª T., AgRg no RMS nº 35.638/ MA, Rel. Min. Herman Benjamim, *DJ* 12-4-2012.

[183] STJ – Resp. nº 135.988/CE – Rel. Min. José Delgado, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 out. 1997, p. 49.904.

[184] FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança...* Op. cit. p. 42; BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Op. cit. p. 340. v. 2.

[185] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *A autoridade coatora e o sujeito passivo do mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 33.

[186] Súmula/STF nº 510: Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial.

[187] Conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça, "A lei pode atribuir a pessoa jurídica de Direito Privado certas funções próprias do Poder Público. Foi o que se deu quando a CLT atribuiu à Caixa Econômica Federal a atividade de arrecadação e distribuição da Contribuição Sindical. Agindo como Poder Público, a CEF é parte passiva legítima no mandado de segurança" (STJ – 1ª T. Resp. nº 63.580/DF – Rel. Min. César Asfor Rocha, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 out. 1997, p. 49.879). Nesse mesmo sentido: STJ – 1ª Seção; Confl. de Comp. nº 14.974-PE; Rel. Min. Milton Luiz Pereira; j. 10-10-1995; v.u.; ementa – *Ementário AASP* nº 1971, p. 78-e. Na doutrina: MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*... Op. cit. p. 11; TEMER, Michel. *Elementos*... Op. cit. p. 177.

[188] *Ementário da Jurisprudência STJ* 15/172 – Ementa nº 363 – CC nº 14.396-0/DF – Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Segunda Seção; STJ – CC nº 0012282-0/DF – Rel. Min. Antonio Torreão Braz, Segunda Seção. v.u. *Diário da Justiça*, Seção I, 8 maio 1995, p. 12.281. E, ainda, TJ/SP – RMS nº 12520-0, Rel. Des. Odyr Porto, j. 9 maio 1991; TJ/PR – HC nº 57696 – Rel. Eli de Souza. Contra esse entendimento, defendendo ser de competência do Tribunal de Justiça o mandado de segurança contra ato do Promotor de Justiça: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código...* Op. cit. p. 2.199.

[189] *Informativo STF* – Brasília, 8 a 12 set. 1997: HC 75.853-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 9-9-97. Ementa: Mandado de segurança do MP contra decisão judicial penal: litisconsórcio passivo necessário do réu beneficiado (HC

75.853-SP – *DJ*, 17 out. 1997, p. 52.492) e ainda, STF – 1ª T. – HC nº 75.025-7/SP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 5 dez. 1997, p. 63.904.

190 STF – 2ª T. – MS 37328 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 16-11-2020; STF – 1ª T. – MS 35039 AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 18-5-2018; STF – Pleno – ROMS nº 24.602-6/DF – Rel. Min. Joaquim Barbosa, *Diário da Justiça*, Seção I, 27 fev. 2004, p. 27; STF – 2ª T. – MC em MS nº 26.089-1/DF – Rel. Min. Joaquim Barbosa, *Diário da Justiça*, Seção I, 14 set. 2006, p. 28.

191 STF – 1ª T., RMS nº 21.476-7/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16-6-92, v.u., *Diário da Justiça*, Seção I, 4 set. 1992, p. 14.090; STF – Mandado de Segurança nº 22.460-6/DF (medida liminar) – Rel. Min. Celso de Mello, j. 4-3-96; STF – Pleno – AgRg (MS) nº 23.795-3/DF – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção 1, 2 mar. 2001, p. 3. Conferir Súmula STF 632: "É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança."

192 *RTJ* 145/186. Nesse sentido: MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança...* Op. cit. p. 28-30; ACKEL FILHO, Diomar. Op. cit. p. 105. **Contra**, sustentando a inconstitucionalidade do referido prazo: FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança...* Op. cit. p. 100.

193 STJ – RMS nº 710-0/RS – 2ª T. – j. 18-8-93 – Rel. Min. Américo Luz, *Diário da justiça*, Seção I, 20 set. 1993. No mesmo sentido os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: MS n°s 806, 1.221, 1.222, o RMS nº 764-0/GO e o RMS 255-0/SP. Conferir, ainda, STJ – 6ª T. – MS nº 5.969/ES – Rel. Min. Vicente Leal, *Diário da Justiça*, Seção I, 22 set. 1997, p. 46.559.

194 BUZAID, Alfredo. *O mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1. p. 160.

195 STJ – 2ª T. – Resp 1230048/PR – Rel. Min. Castro Meira, decisão: 17-5-2011.

196 *RTJ* 110/71; *RTJ* 103/965; *RTJ* 126/945; *RTJ* 142/161. Nesse sentido, decidiu o STF: "A publicação do ato impugnado no 'Diário Oficial' constitui o termo inicial do prazo de cento e vinte dias para impetrar mandado de segurança (Lei 1.533/51, art. 18), contando-se a partir do primeiro dia útil seguinte à publicação" (STF – Pleno – MS nº 22.303-1/RJ – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 3 set. 1999. p. 26). Cf., ainda: STF – Pleno – MS nº 21.356 (AgRg)/DF – Rel. Min. Paulo Brossard, decisão: 12-9-91; *RTJ* 140/73.

197 STJ – 2ª T. – v.u. – Agr. Reg. no Agr. Instr. nº 104.566-SC (96.0016446-0), Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, *Diário da Justiça*, Seção I, 25 nov. 1996, p.

46.195.

[198] STF – Mandado de Segurança nº 22.606-4/RJ – Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, Seção I, 1 out. 1996, p. 36.757.

[199] STJ – 3ª Seção – Mandado de Segurança nº 3.244/DF, relator originário Min. Vicente Leal, relator para o acórdão Min. José Dantas, *Diário da Justiça*, Seção I, 23 set. 1996, p. 35.046.

[200] Súmula 330: "O Supremo Tribunal Federal não é competente para conhecer de mandado de segurança contra atos dos Tribunais de Justiça dos Estados." Conferir, ainda, a Súmula 624: "Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer originariamente de mandado de segurança contra atos de outros tribunais."

[201] STF – Mandado de Segurança nº 22.485-1/RS (medida liminar) – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 27 mar. 1996, p. 8.920; STF – Mandado de Segurança nº 21.447/PE, Rel. Min. Celso de Mello; STF – Mandado de Segurança nº 22.041 (AgRg), Rel. Min. Celso de Mello; *RTJ* 70/645; *RTJ* 78/87; *RTJ* 117/65; *RTJ* 120/73; *RTJ* 128/101; *RTJ* 129/1070; *RTJ* 132/706; *RTJ* 132/738; *RTJ* 141/1025; *RTJ* 151/482.

[202] STF – AgReg em MS nº 22.427-5/PA (medida liminar) – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 fev. 1996, p. 1.893; STJ – 3ª Seção; MS nº 3.595-9/DF; Rel. Min. Jesus Costa Lima; j. 6-4-95; v.u.; *DJU*, Seção I, 15-5-95, p. 13.355.

[203] STF – Pleno – MS nº 24.691 – Questão de ordem – Rel. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 4-12-2003. *Informativo STF* nº 332.

[204] STF – Pleno – RE 586789/PR – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão: 16-11-2011.

[205] STJ – 1ª T. – Rec. Esp. nº 52.881-RJ – Rel. Min. Milton Luiz Pereira; j. 9-8-95; v.u.; *Diário da Justiça*, Seção I, 25 set. 1995, p. 31.077; TRF – 1ª Região, 4ª T.; Ag. de Instr. nº 93.01.11982-0-DF; Rel. Juiz Eustáquio Silveira, *Diário da Justiça*, Seção II, 30 mar. 1995, p. 17.143.

[206] STF – Pleno – ADI 4296/DF, relator Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 9.6.2021.

[207] VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal*: jurisprudência política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 144.

[208] RAMOS, Elival Silva. *A inconstitucionalidade das leis.* São Paulo: Saraiva, 1994.

[209] STF – Pleno – Adin nº 975-3 – medida liminar – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 20 jun. 1997, p. 28.467.

[210] Desde a publicação da lei, conforme consta de nossas anteriores edições, entendíamos que isso seria possível em relação ao § 2º do art. 7º da Lei nº 12.016/09, que estabelece: "Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza". Esse dispositivo foi declarado inconstitucional.

[211] STF – Pleno – ADI 4296/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 9-6-2021.

[212] STF – Pleno – ADI 4296/DF, rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 9-6-2021.

[213] STF – MS 37465, Rel. Min. Dias Rosa Weber, j. 10-11-2020.

[214] PASSOS, Calmon. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e* habeas data. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 8.

[215] Nesse sentido: Celso Agrícola Barbi, Ministro Carlos Mário Velloso, José da Silva Pacheco, Lourival Gonçalves de Oliveira, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Calmon de Passos, Diomar Ackel Filho, Paulo Lúcio Nogueira, Francisco Antonio de Oliveira. Contra a possibilidade de ajuizamento de mandado de segurança coletivo para defesa de interesses difusos: Ministro Athos Gusmão Carneiro, Ernani Fidélis e Celso Neves.

[216] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*: conceito e legitimação para agir. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 65.

[217] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo.* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 10.

[218] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Access to justice*: the worldwide movement to make rights effective: a general report. Milão: Giuffrè, 1978. p. 26. (Traduzido para o português por Ellen Gracie Northfleet.)

[219] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses...* Op. cit. p. 114.

[220] Quanto a necessidade da análise da legitimidade das associações dentro de um contexto sistemático e do cenário em que foram supostas pelo legislador, conferir: STJ – 1ª T. – RMS 34270/MS – Rel. Min. Teori Albino Zavascki, decisão: 25-10-2011.

[221] STF – 1ª T. – Rextr. nº 198.919-DF – Rel. Min. Ilmar Galvão, decisão: 15-6-1999 – *Informativo STF* nº 154. Não me parece haver motivos para alteração desse posicionamento, apesar do art. 21 da Lei nº 12.016/09 que, repete, genericamente, a exigência temporal para organizações sindicais, entidades de classe e associações.

[222] Conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal: "O objeto do mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante do *writ*, exigindo-se, entretanto, que o direito esteja compreendido na titularidade dos associados e que exista ele em razão das atividades exercidas pelos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio, da classe" (STF – Pleno – Rext. nº 181.438-1/SP – Rel. Min. Carlos Velloso, decisão: 28-6-1996).

[223] *RTJ* 162/1108.

[224] Nesse sentido: OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Mandado de segurança e controle jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 212. BARBI, Celso Agrícola. *Mandado.* Op. cit. p. 67.

[225] STF – 2ª T. – Rextr. nº 196.184/AM – Rel. Min. Ellen Gracie, *Informativo STF* nº 372, 8 de dezembro de 2004. Conferir, ainda: STF – Pleno – MS nº 24.394-5/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 set. 2004, p. 47.

[226] STF – MS 37.097, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 29-4-2020.

[227] STF – Pleno – MS 36897, Rel. Min. Luiz Fux, j. 22-6-2020; *Informativo STF* nº 45 – Rextr. nº 175.401-0, Rel. Min. Ilmar Galvão; STF – Pleno – Rextr. nº 181.438-1/SP – Rel. Min. Carlos Velloso, decisão: 28-6-1996; *RTJ* 142/446; *RTJ* 142/456. Conferir Súmula STF 630: "A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria."

[228] STF – Rec. ordinário em Mandado de Segurança nº 21.514-3/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 18 jun. 1993, p. 12.111; *Informativo STF* nº 45 – Rextr. nº 175.401-0, Rel. Min. Ilmar Galvão; STF – 1ª T. – Rextr. nº 223.151-9/DF – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 ago. 1999, p. 49; STF – 2ª T. – Rextr. nº 182.543/SP – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 7 abr. 1995; *RTJ* 150/104. Ainda nesse sentido: "A legitimação das organizações sindicais, entidades de classe ou associações, para a segurança coletiva, é extraordinária, ocorrendo, em tal caso, substituição processual. C.F., artigo 5º, LXX. Não se exige, tratando-se de segurança coletiva,

a autorização expressa aludida no inciso XXI do artigo 5º da Constituição, que contempla hipóteses de representação" (STF – Pleno – Rextr. nº 181.438-1/SP – Rel. Min. Carlos Velloso, decisão: 28-6-1996). Conferir, ainda, Súmula STF 629: "A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes."

229 STF – Pleno – MS nº 22.132-1/RJ- Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 18 out. 1996, p. 39.848; STF – Rextr. nº 193.382-8 – Rel. Min. Carlos Velloso – *Informativo* nº 45; STJ – Resp. nº 70.417/SE – Min. Vicente Leal, *Diário da Justiça*, Seção I, 13 out. 1997, p. 51.651; STJ – Rec. em MS nº 3.298/PR – Rel. Min. José Arnaldo, *Diário da Justiça*, Seção I, 24 fev. 1997, p. 3.347; STF – 1ª T. – Rextr. nº 348.973 AgR/DF – Distrito Federal – Rel. Min. Cezar Peluso, *Diário da Justiça*, Seção I, 28 maio 2004, p. 38; STJ – 1ª T. – Resp. nº 624.340/PE – Rel. Min. José Delgado, *Diário da Justiça*, Seção I, 27 set. 2004, p. 260; STJ – 1ª T. – RMS nº 16.137/RJ – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *Diário da Justiça*, Seção I, 10 nov. 2003, p. 155; STJ – 5ª T. – RMS nº 14.849/SP – Rel. Min. Jorge Scartezzini, *Diário da Justiça*, Seção I, 4 ago. 2003, p. 333.

230 STF – 1ª T. – Rextr. nº 223.151-9/DF – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 ago. 1999, p. 49. Nesse mesmo sentido, decidiu o STF que "Tratando-se de mandado de segurança coletivo, dispensável é a juntada de documento comprovando a autorização para a impetração dos titulares do direito substancial em jogo. Distingue-se a substituição processual do inciso LXX da representação prevista no inciso XXI, ambos do artigo 5º da Constituição Federal" (STF – 2ª T. – Rextr. nº 219.873-3/PB – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 4 jun. 1999, p. 20).

231 Conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, "Os princípios básicos que regem o mandado de segurança individual informam e condicionam, no plano jurídico-processual, a utilização do *writ* mandamental coletivo" (STF – Pleno – MS nº 21.615-8/RJ – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 13 mar. 1998, p. 4).

232 BARBI, Celso Agrícola. *Mandado.* Op. cit. p. 70.

233 MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado...* 18. ed. Op. cit. p. 96.

234 BACHA, Sérgio Reginaldo. Mandado de Injunção. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 11, p. 224-228.

235 Cf. sobre injunção no direito comparado e origem do instituto: MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de injunção.* São Paulo: Atlas, 2000. p. 44.

[236] STF – Mandado de Injunção 107 (foi o primeiro a ser analisado pelo Supremo Tribunal Federal) – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 21 set. 1990, p. 9.782.

[237] Como salienta Aricê Moacyr Amaral Santos, tanto o mandado de injunção quanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão "cuidam de um assunto comum: inércia de norma constitucional, decorrente de omissão normativa", concluindo mais adiante que "a questão da inércia constitucional não constitui fenômeno caboclo, pois atinge fronteiras as mais distantes" (*Mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 31).

[238] CANOTILHO, J. J. Gomes (coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 367.

[239] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Estado...* Op. cit. p. 101, lembra a distinção entre as normas *self-executing* e as normas que não o são (*non self-executing*), para compreender esta distinção.

[240] Por exemplo, as normas sobre sistema financeiro nacional, que dependem de regulamentação por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram, nos termos do art. 192 da Constituição Federal, cuja redação foi dada pela EC nº 40, de 29 de maio de 2003. Conferir, em relação à aplicabilidade limitada do anterior § 3º, do art. 192, portanto dependente de edição de lei complementar (Mandado de Injunção nº 372-6, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 23 set. 1994, p. 25.325; STF – 1ª T. – Rextr. nº 160.960/RS – Rel. Celso de Mello, Brasília, 28 set. 1993; STF – Mandado de Injunção nº 362-9/RJ – Rel. Min. Francisco Rezek, *Diário da Justiça*, Seção I, 3 maio 1996, p. 13.897).

[241] Por exemplo, art. 128, § 5º, que estabelece a necessidade de edição de lei complementar para estabelecer a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público.

[242] Por exemplo, o art. 7º, XI, da Constituição Federal prevê a participação dos empregados nos lucros, ou resultados da empresa, conforme definido em lei.

[243] Ac. da Corte Especial do STJ – mv – MI 15-DF – Rel. Min. Pedro Acioli – *Diário da Justiça*, Seção I, 4 set. 1989, p. 14.029/14.030.

[244] STF – Pleno – MI 7300/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Gilmar Mendes, julgamento virtual finalizado em 26-4-2021.

[245] STF – Mandado de Injunção nº 79-4/DF – Rel. Min. Octavio Gallotti, *Diário da Justiça*, Seção I, 24 mar. 1995, p. 6.802.

[246] Ac. un. da Corte Especial do STJ – MI 003-RJ – Rel. Min. Geraldo Sobral – *Diário da Justiça*, Seção I, 28 ago. 1989, p. 13.671; Ac. un. do STF – Pleno – AgRg em MI 152-9-DF – Rel. Min. Célio Borja, *Diário da Justiça*, Seção I, 20 abr. 1990, p. 3.047.

[247] PORTO, Odyr. Mandado de injunção. *RJTJESP, Lex* 115/8.

[248] Trata-se, na hipótese, das exceções possíveis de criação legislativa com base no § 1º, do art. 40 do texto constitucional (STF – MI 672-5/DF – Rel. Min. Cezar Peluso, *Diário da Justiça*, Seção I, 14 set. 2006, p. 28; STF – Pleno – MI 592-AgR – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça,* Seção I, 30 abril 2004).

[249] STF – Mandado de Segurança nº 22.483-5/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 abr. 1996.

[250] MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de injunção.* São Paulo: Atlas, 2000. p. 70.

[251] STF – *RT* 659/213.

[252] PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 126.

[253] STF – Mandado de Injunção nº 361-1 – *Diário da Justiça*, Seção I, 17 jun. 1994, p. 15.707. Ementa: "Mandado de injunção coletivo; admissibilidade, por aplicação analógica do art. 5º, LXX, da Constituição; legitimidade, no caso, de entidade sindical de pequenas e médias empresas, as quais, notoriamente dependentes do crédito bancário, têm interesse comum na eficácia do art. 192 § 3º, da Constituição, que fixou limites aos juros reais" (ressalte-se que a previsão do § 3º, do art. 192, foi revogada pela EC nº 40, de 29 de maio de 2003).

[254] STF – Agravo Regimental nº 335-1 – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 17 jun. 1994, p. 15.720; STF – Mandado de Injunção nº 502-8 – Rel. Min. Maurício Correa, *Diário da Justiça*, Seção I, p. 12.211.

[255] STF – Mandado de Injunção nº 288-6/DF – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 3 maio 1995, p. 11.629.

[256] STF – Mandado de Injunção nº 335 (AgRg) – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 dez. 1994. No mesmo sentido: DANTAS, Ivo. *Mandado de injunção*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1994; TEMER, Michel. *RPGESP* 30/13. Contra esse posicionamento, entendendo que o sujeito passivo deve ser a pessoa pública ou privada, a qual compete tornar viável a pretensão: PIOVESAN, Flávia. Op. cit. p. 128; BERMUDES, Sérgio. O Mandado de Injunção. *RT* 642/24;

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de injunção.* São Paulo: Atlas, 2000. p. 99.

[257] STF – Mandado de Injunção nº 288-6/DF – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 3 maio 1995, p. 11.629; STF – Mandado de Injunção nº 335 (AgRg) – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 dez. 1994.

[258] STF – Pleno – AgRg em MI 153-7/DF – Rel. Min. Paulo Brossard, *Diário da Justiça*, Seção I, 30 mar. 1990, p. 2.339.

[259] Até a edição da lei, o procedimento seguia as normas do mandado de segurança, conforme determina o art. 24, parágrafo único, da Lei nº 8.038/90.

[260] STF – Mandado de Injunção nº 536-2/MG – Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, Seção I, 17 abr. 1996; STF – Mandado de Injunção nº 530-3/SP – Rel. Min. Maurício Correa, *Diário da Justiça*, Seção I, 8 mar. 1996, p. 6.246/7; STF – Mandado de Injunção nº 342/SP – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 1 ago. 1991; STF – Mandado de Injunção nº 535-4/SP – Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, Seção I, 14 mar. 1996, p. 7.085. **Contra**, admitindo a possibilidade de liminar em mandado de injunção: SILVA, Paulo Napoleão Nogueira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 279.

[261] STF – Pleno – MI 206-DF – Rel. Min. Sydney Sanches, *Diário da Justiça*, Seção I, 24 fev. 1989, p. 1.890.

[262] O art. 74, V, da Constituição do Estado de São Paulo estabeleceu que compete ao Tribunal de Justiça processar e julgar o mandado de injunção quando a inexistência da norma regulamentadora estadual ou municipal de qualquer dos Poderes inclusive da Administração indireta, torne inviável o exercício de direitos assegurados nesta Constituição.

[262] Atualmente, a posição concretista geral é adotada pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal: Gilmar Mendes, Celso de Mello, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Menezes Direito, Carmen Lúcia, Carlos Britto, Joaquim Barbosa.

[263] Posição também adotada atualmente pela composição integral do STF. Ocorre, porém, que os Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Menezes Direito, Carmen Lúcia, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, dependendo da hipótese, também aplicam a posição concretista geral, enquanto os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio somente adotam a posição concretista individual (STF – Pleno – MI 708/DF e MI 670/ES – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 25-10-2007; STF – Pleno – MI 712/PA – Rel.

Min. Eros Grau; STF – Pleno – MI 758/DF – Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 1º-7-2008). Anteriormente no STF: Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio. Na doutrina: TEMER, Michel. *Elementos...* Op. cit. p. 198-199; CARRAZZA, Roque. *Curso...* Op. cit., p. 225; SILVA, José Afonso. *Curso...* Op. cit. p. 394; PIOVESAN, Flávia C. *Proteção...* Op. cit. p. 138; BERMUDES, Sérgio. *RT* 642/24; DANTAS, Ivo. *Mandado...* Op. cit. p. 97; SANTOS, Moacyr Amaral. *Mandado de injunção.* Op. cit. p. 29; GOMES, Luiz Flávio. Anotações sobre o mandado de injunção. *RT,* 647/43; ACKEL FILHO, Diomar. Op. cit. p. 126; BARBI, Celso Agrícola. *Mandado.* Op. cit. p. 391;
FIGUEIREDO, Marcelo. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 58; SIDOU, J. M. Othon. *Habeas data, mandado de injunção,* habeas corpus*, mandado de segurança e ação popular*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 455.

[265] PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e...* Op. cit. p. 290-291. O referido autor afirma que ambas as hipóteses são satisfatórias. Tanto a que vê o "mandado de injunção como instrumento para obter do juiz a decisão no sentido de, atendendo ao pedido, proteger o direito reclamado, levando em conta os fins sociais, as exigências do bem comum e os princípios constitucionais e gerais do Direito", quanto a que determina que "o órgão competente, que não se resume no Legislativo, baixe a norma em certo prazo, ciente de que se não o fizer, o juiz julgará o caso concreto submetido à sua apreciação".

[266] No Supremo Tribunal Federal: Ministro Néri da Silveira.

[267] Inicial e antiga orientação predominante no Supremo Tribunal Federal: Ministros Sepúlveda Pertence, Moreira Alves, Celso de Mello, Ilmar Galvão, Octávio Galloti, Sydney Sanches, Maurício Corrêa e Nelson Jobim (cf. em relação à esse o MI nº 535-4/SP – Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, Seção I, 26 set. 1997, p. 47.478) e, também, o MI nº 586-5/RJ, *Diário da Justiça*, Seção I, 27 ago. 1998, p. 13, onde afirmou que: "O Supremo Tribunal Federal não pode obrigar o legislativo a legislar, mas apontar a mora e recomendar que a supra. Também não pode assegurar ao impetrante o exercício do direito de greve, porquanto esse exercício está a depender de lei Complementar que lhe estabeleça os termos e limites" e, também, dos ex-Ministros Francisco Rezek e Paulo Brossard. Na doutrina: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso...* Op. cit. p. 277; MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança...* Op. cit. p. 141; NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Instrumentos de...* Op. cit. p. 88.

[268] Pronunciamento do Ministro Néri da Silveira. Ata da 7ª (sétima) sessão extraordinária do Supremo Tribunal Federal, realizada em 16 de março de 1995 e publicada no *Diário da Justiça*, 4 abr. 1995, Seção I, p. 8.265.

[269] STF – Mandado de Injunção nº 107 (foi o primeiro a ser analisado pelo Supremo Tribunal Federal) – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 21 set. 1990, p. 9.782.

[270] STF – Mandado de Injunção nº 107-3 (foi o primeiro a ser analisado pelo Supremo Tribunal Federal) – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 21 set. 1990, p. 9.782.

[271] STF – Pleno – MI 708/DF e MI 670/ES – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 25-10-2007. Conferir, no mesmo sentido: STF – Pleno – MI 712/PA – Rel. Min. Eros Grau.

[272] Art. 8º, § 3º Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19-6-64, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da constituição.

[273] STF – Mandado de Injunção nº 439-1/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 dez. 1994; *RTJ* 158/387. Nesse mesmo sentido: STF – Pleno – MI nº 543/DF – Rel. Min. Octavio Gallotti. Decisão: 26-10-2000. *Informativo STF* nº 208.

[274] STF – Mandado de Injunção nº 232-1, Rel. Min., *Diário da Justiça*, Seção I, 27 mar. 1992, JSTF, *Lex* 167, nov. 1992, p. 105-128. A presente hipótese foi regulamentada pela Lei nº 10.559/02, não havendo, pois, possibilidade de novos ajuizamentos de mandados de injunção (STF – 1ª T. – MI nº 555-9/SP – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *Diário da Justiça*, Seção I, 7 jun. 2006, p. 11).

[275] STF – Pleno – MI nº 232/RJ – Rel. Min. Moreira Alves, *RTJ* 137/965.

[276] STF – Pleno – MI 708/DF – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 19-9-2007. *Informativo STF* nº 480. Nesse mesmo sentido, em face da mora legislativa, o STF decidiu pela supressão da lacuna legislativa ao caso concreto (STF – Pleno – MI 795/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, 15-4-2009).

[277] CANOTILHO, J. J. Gomes (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). *As garantias...* Op. cit. p. 88.

[278] STF – Mandado de Injunção nº 321-1 – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 30 jul. 1994, p. 26.164; STF – Mandado de Injunção nº 232-1, Rel. Min., *Diário da Justiça*, Seção I, 27 mar. 1992, JSTF, *LEX* 167, nov. 1992, p. 105-128; STF – Mandado de Injunção nº 431-5, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 23 set. 1994, p. 25.325.

[279] STF – Pleno – MI 758/DF – Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 1º-7-2008 ; STF – Pleno – MI 3718/DF – Rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* 7-10-2011.

[280] STF – MI 1967/DF – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 24-05-2011.

[281] STF – Mandado de Injunção nº 335-1, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 17 out. 1994, p. 27.807; STF – Mandado de Injunção nº 431-5, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 23 set. 1994, p. 25.325.

[282] Ver a respeito completíssima obra de FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. Conferir, ainda, na doutrina portuguesa: PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional.* Coimbra: Coimbra, 1989.

[283] MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado...* Op. cit. p. 122.

[284] Processo legislativo sumário poderá alcançar no máximo 100 dias (ver capítulo sobre processo legislativo).

[285] *RTJ* 133/11.

[286] STF – Mandado de Injunção nº 288-6/DF – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 3 maio 1995, p. 11.629.

[287] *RTJ* 18/77.

[288] *RTJ* 109/1200.

[289] Cf. Lei nº 9.051/95 – “Art. 1º As certidões para a defesa e esclarecimentos de situações, requeridas aos órgãos da administração centralizada ou autárquica, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às fundações públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deverão ser expedidas no prazo improrrogável de quinze dias, contado do registro do pedido no órgão expedidor. – Art. 2º Nos requerimentos que objetivam a obtenção das certidões a que se refere esta Lei, deverão os interessados fazer constar esclarecimentos relativos aos fins e razões do pedido.”

[290] *RTJ* 128/627.

[291] MELLO FILHO, José Celso. *Constituição Federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 488.

[292] STJ – 6ª T. – RMS nº 3.735-5-MG – Rel. Min. Vicente Leal – *Ementário STJ*, 15/203.

[293] TJ/SP – "Exceção feita às ressalvas legais referentes à segurança da sociedade e do Estado, ao que se impõe sigilo, não pode a Administração Pública recusar-se a fornecer as informações solicitadas, sob nenhum pretexto. Não fosse assim, estaria aquela exercitando conduta à margem da lei e assim violando direito líquido e certo" (14ª CCível – Ap. Cível nº 271.054-2-6/SP – Rel. Des. Franklin Neiva; j. 5-9-1995).

[294] CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição*... Op. cit. p. 279.

[295] TRF 1ª R. – REO 90.01.03175-7 – DF – 2ª T. – Rel. Juiz Hércules Quasímodo – *Diário da Justiça*, Seção II, 15 abr. 199, TRF 1ª R. – AMS 89.01.24751-8 – MG – 2ª T. – Rel. Juiz Souza Prudente – *Diário da Justiça*, Seção II, 5 nov. 1990.

[296] *RDA* 30/142. No mesmo sentido: CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição*... Op. cit. p. 280.

[297] STF – Inquérito nº 1.111-8/BA – Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, Seção I, 15 ago. 1996, p. 27.941; STF – Inquérito nº 1.158-4/DF – Rel. Min. Octavio Gallotti, *Diário da Justiça*, Seção I, 5 mar. 1996, p. 5.514; STF – Pleno – Inquérito nº 726 (AgRg)/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *RTJ* 154/410; STF – Inquérito nº 929-6/MG – Rel. Min. Sydney Sanches, *Diário da Justiça*, Seção I, 21 maio 1996, p. 16.877.

[298] MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança...* Op. cit. p. 87.

[299] *RTJ* 96/1370, 95/1121; *RDA* 63/237; 110/260; 112/299.

[300] STF – Pleno – Adin nº 769/MA – Medida Cautelar – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 8 abr. 1994, p. 7.224.

[301] MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. *Estudos e pareceres de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 369. v. 9.

[302] *RT* 416/131.

[303] Nesse sentido: SOARES, Mário Bento Martins. *RDP*, 13/187; SILVA, José Afonso da. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva. v. 3, p. 402. Exigindo assistência em relação ao cidadão entre 16 e 21 anos: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação...* Op. cit. p. 109.

[304] *RJTJSP* 84/148; STJ – 2ª Turma – Resp 1242800/MS – Rel. Min. Mauro Campbell Marques, decisão: 7-6-2011.

[305] *RF* 235/167; MELLO FILHO, José Celso. *Constituição...* Op. cit. p. 481; MARQUES, José Frederico. As ações populares no direito brasileiro. *RT* 266/11;

CINTRA, Antonio Carlos Araújo. Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro. *RT* 438/35.

306 MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e pareceres...* Op. cit. p. 369.

307 Nesse sentido: TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 185; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996; BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Op. cit. p. 369. v. 2.

308 Constituição da República Portuguesa, art. 52, § 3º. "É conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, nomeadamente o direito de promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, a degradação do ambiente e da qualidade de vida ou a degradação do patrimônio cultural, bem como de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indenização."

309 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição*... Op. cit. p. 281.

310 SILVA, José Afonso. *Ação popular constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 195.

311 VASCONCELOS, Edson Aguiar. *Instrumento de defesa da cidadania na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 120.

312 STF – Petição nº 1.026-4/DF – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 31 maio 1995, p. 15.855; tendo citado vasta e conclusiva jurisprudência do Pretório Excelso: Pet 296-2, Rel. Min. Célio Borja, *DJU*, 10 nov. 1988; Pet 352-7, Rel. Min. Sidney Sanches, *DJU*, 9 jun. 1989; Pet 431-1, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJU*, 10 ago. 1990; Pet 487-6, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJU*, 20 jun. 1991; Pet 546-5, Rel. Min. Celso de Mello, *DJU*, 16 dez. 1991: Pet 626-7, Rel. Min. Celso de Mello, *DJU*, 28 set. 1992; Pet 682-MS, Rel. Min. Celso de Mello, *DJU*, 9 fev. 1993; Pet 129-0, Rel. Min. Moreira Alves, *DJU*, 25 fev. 1985.

313 *RTJ* 121/17.

314 *RDA* 107/180; 113/213; 129/290.

315 Novo inciso incluído pela EC nº 45/04.

316 Novo inciso incluído pela EC nº 115/22.

317 Novo parágrafo incluído pela EC nº 45/04.

318 Novo parágrafo incluído pela EC nº 45/04.



Direitos Sociais 5

1 CONCEITO E ABRANGÊNCIA

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras *liberdades positivas*, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes,[1] visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

Como ressaltam Canotilho e Vital Moreira,

> "a individualização de uma categoria de *direitos e garantias dos trabalhadores,* ao lado dos de caráter pessoal e político, reveste um particular significado constitucional, do ponto em que ela traduz o abandono de uma concepção tradicional dos *direitos, liberdades e garantias* como direitos do *homem* ou do *cidadão* genéricos e abstractos, fazendo intervir também o *trabalhador* (exactamente: o trabalhador subordinado) como titular de direitos de igual dignidade".[2]

O trabalhador subordinado será, para efeitos constitucionais de proteção do art. 7º, o empregado, ou seja, aquele que mantiver algum vínculo de emprego.

Por ausência de um conceito constitucional de *trabalhador*,[3] para determinação dos beneficiários dos direitos sociais constitucionais, devemos nos socorrer ao conceito infraconstitucional do termo, considerando para efeitos constitucionais o *trabalhador subordinado,* ou seja, aquele que trabalha ou presta serviços por conta e sob direção da autoridade de outrem, pessoa física ou jurídica, entidade privada ou pública, adaptando-o, porém, ao texto constitucional, como ressaltado por Amauri Mascaro do Nascimento, para quem

> "a Constituição é aplicável ao empregado e aos demais trabalhadores nela expressamente indicados, e nos termos que o fez; ao rural, ao avulso, ao doméstico e ao servidor público. Não mencionando outros trabalhadores, como o eventual, o autônomo e o temporário, os direitos destes ficam dependentes de alteração da lei ordinária, à qual se restringem".[4]

Os direitos sociais previstos constitucionalmente são normas de ordem pública, com a característica de imperativas, invioláveis, portanto, pela vontade das partes contraentes da relação trabalhista. Como conclui Arnaldo Süssekind,

> "essas regras cogentes formam a base do contrato de trabalho, uma linha divisória entre a vontade do Estado, manifestada pelos poderes competentes, e a dos contratantes. Estes podem complementar ou suplementar o mínimo de proteção legal; mas sem violar as respectivas normas. Daí decorre o *princípio da irrenunciabilidade,* atinente ao trabalhador, que é intenso na formação e no curso da relação de emprego e que se não confunde com a transação, quando há *res dubia* ou *res litigiosa* no momento ou após a cessação do contrato de trabalho".[5]

A definição dos direitos sociais no título constitucional destinado aos direitos e às garantias fundamentais acarreta duas consequências imediatas: subordinação à regra da autoaplicabilidade prevista no § 1º do art. 5º e suscetibilidade do ajuizamento do mandado de injunção, sempre que houver a omissão do poder público na regulamentação de alguma norma que preveja um direito social e, consequentemente, inviabilize seu exercício.

A Constituição de 1988, portanto, consagrou diversas regras garantidoras da *socialidade* e *corresponsabilidade*, entre as pessoas, os diversos grupos e as camadas socioeconômicas.[6]

2 DIREITO À SEGURANÇA NO EMPREGO

Consagra a Constituição Federal o *direito à segurança no emprego,* que compreende a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, entre outros direitos, impedindo-se, dessa forma, a dispensa injustificada, sem motivo socialmente relevante.

O conceito de *despedida arbitrária* funda-se na motivação disciplinar, técnica, econômica ou financeira. Dessa forma, por *motivo disciplinar* deve ser entendida a relação do empregado, no cumprimento de suas obrigações, com o empregador, estando compreendidas as figuras da justa causa previstas na legislação ordinária e não apenas o descumprimento de ordens gerais de serviço.

Por sua vez, *motivo técnico* é aquele que se relaciona com a organização e a atividade empresarial, como a supressão necessária de seção ou de estabelecimento, e *motivo econômico ou financeiro* coincide com a ocorrência de força maior que atinge a empresa, tornando-a insolvente em suas obrigações negociais.

3 ROL DOS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais enumerados *exemplificativamente* no Capítulo II do Título II do texto constitucional não esgotam os direitos fundamentais constitucionais dos trabalhadores, que se encontram também difusamente previstos na própria Constituição Federal.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada em 10 de dezembro de 1948, pela Organização das Nações Unidas, em Assembleia Geral, consagra em seu art. XXII, que

> "todo homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, *sociais* e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade".

A Constituição Federal proclama serem direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação,[7] o trabalho, a moradia,[8] o transporte,[9] o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados (CF, art. 6º).[10]

Observe-se que, para garantir maior efetividade aos direitos sociais, a Emenda Constitucional nº 31, de 14 de dezembro de 2000,[11] atenta a um dos objetivos fundamentais da República – *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais* –, criou o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído no âmbito do Poder Executivo Federal, e tendo por objetivo viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, devendo a aplicação de seus recursos direcionar-se às ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida.

Nesse mesmo sentido, a Emenda Constitucional nº 114, de 16 de dezembro de 2021, estabeleceu, no parágrafo único do art. 6º, que "Todo

brasileiro em situação de vulnerabilidade social terá direito a uma renda básica familiar, garantida pelo poder público em programa permanente de transferência de renda, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei, observada a legislação fiscal e orçamentária".

No art. 7º, o legislador constituinte definiu alguns direitos constitucionais dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

> I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.[12] Em proteção ao emprego e contra a possibilidade de dispensa injustificada, o STF entendeu "inconstitucionais as normas trabalhistas que determinam o pagamento de honorários periciais e advocatícios por beneficiários da justiça gratuita, caso percam a ação, mas obtenham créditos suficientes para o pagamento dessas despesas, ainda que em outra demanda",[13] em face do art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, que consagra a assistência judicial, integral e gratuita, aos que comprovem insuficiência de recursos;
>
> II – seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;
>
> III – fundo de garantia do tempo de serviço;
>
> IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim. Assim, conforme ressaltado pelo Supremo Tribunal Federal, "o legislador constituinte brasileiro delineou, no preceito consubstanciado no art. 7º, IV, da Carta Política, um nítido programa social destinado a ser

desenvolvido pelo Estado, mediante atividade legislativa vinculada. Ao dever de legislar imposto ao Poder Público – e de legislar com estrita observância dos parâmetros constitucionais de índole jurídico-social e de caráter econômico-financeiro – corresponde o direito público subjetivo do trabalhador a uma legislação que lhe assegure, efetivamente, as necessidades vitais básicas individuais e familiares e que lhe garanta a revisão periódica do valor salarial mínimo, em ordem de preservar, em caráter permanente, o poder aquisitivo desse piso remuneratório".[14] O Supremo Tribunal Federal, respeitado o princípio da reserva legal, entendeu constitucional a possibilidade de edição de lei que fixe critérios objetivos para a correção do salário mínimo para período certo (na hipótese, para o período de 2011 a 2015), não havendo necessidade de edição específica de lei todos os anos, desde que, a lei contenha "a definição legal e formal do salário mínimo, a fixação do seu montante em 2011 e a forma de sua valorização, no sentido de sua quantificação para períodos subsequentes (até 2015)", concluindo, portanto, que "essa avaliação não seria arbitrária, ao revés, conforme os parâmetros definidos (...) haveria mera aplicação aritmética, nos termos legalmente previstos, dos índices, fórmulas e periodicidade fixados pelo Congresso Nacional, a serem expostos por decreto presidencial, que não inovaria a ordem jurídica, sob pena de abuso do poder regulamentar, passível de fiscalização e controle pela via legislativa ou judicial";[15]

V – piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;

VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

VII – garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável. Nesse sentido, o STF decidiu que "é defeso o pagamento de remuneração em valor inferior ao salário mínimo ao servidor público, ainda que labore em jornada reduzida de trabalho" (Tema de RG 900).[16] Excepcionalmente, essa previsão constitucional não se aplica em relação ao trabalho do preso e ao soldo militar. Conforme decidiu o STF, "o patamar base de remuneração do trabalho do preso (art. 29, *caput*, da Lei de Execução Penal) deve ser analisada não apenas sob a ótica da regra do salário mínimo (art. 7º, IV, da CRFB), mas também de outros vetores constitucionais, como a busca do pleno emprego (art. 170, VIII, da CRFB) e a individualização da pena na fase de execução (art. 5º, XLVI, da CRFB)", uma vez que "o trabalho do condenado constitui um dever, obrigatório na medida de suas aptidões e capacidade, e possui finalidades educativa e produtiva, nos termos dos arts. 28, caput, 31 e 39, V, da Lei de Execução Penal, em contraste com a liberdade para trabalhar e prover o seu sustento, garantida aos que não cumprem pena prisional pelo art. 6º da Constituição". Dessa maneira, "o patamar mínimo diferenciado de remuneração aos presos previsto no art. 29, caput, da Lei de Execução Penal não representa violação aos princípios da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da isonomia (art. 5º, caput, da CRFB), sendo inaplicável à hipótese a garantia de salário mínimo prevista no art. 7º, IV, da Constituição".[17] Em relação ao "soldo militar", entendeu o STF que "a Constituição Federal não estendeu aos militares a garantia de remuneração não inferior ao salário mínimo, como o fez para outras categorias de trabalhadores", pois "o regime a que submetem os militares não se confunde com aquele aplicável aos servidores civis, visto que têm direitos, garantias, prerrogativas e

impedimentos próprios", sendo que "os cidadãos que prestam serviço militar obrigatório exercem um múnus público relacionado com a defesa da soberania da pátria", e, portanto, "a obrigação do Estado quanto aos conscritos limita-se a fornecer-lhes as condições materiais para a adequada prestação do serviço militar obrigatório nas Forças Armadas";[18]

VIII – décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

IX – remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

X – proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

XI – participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

XII – salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei.[19] A Emenda Constitucional nº 103/19 estabelece em seu artigo 27 que até que a lei discipline o acesso ao salário-família, esses benefícios serão concedidos apenas àqueles que tenham renda bruta mensal igual ou inferior a R$ 1.364,43 (mil, trezentos e sessenta e quatro reais e quarenta e três centavos), corrigidos pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social;[20]

XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV – jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

XV – repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos. A Constituição Federal não exige que o repouso semanal remunerado seja, obrigatoriamente, aos domingos, indicando, porém, desde que possível, ser preferível a adoção desse dia da semana. Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal inexistir ofensa ao artigo 7º, XV, pela previsão legal de atividade de comércio aos domingos, uma vez que, "a Constituição, apesar de encorajar o repouso semanal aos domingos, não exige que o descanso nele aconteça".[21]

XVI – remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

XVII – gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

XVIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias. Em relação à licença à gestante, a atuação do Supremo Tribunal Federal vem sendo importante, no sentido de ampliar a proteção. Nossa Corte Suprema não só reconheceu o direito de licença à gestante como cláusula pétrea,[22] como também determinou a igualdade de prazo com a licença à adotante.[23] Ressalte-se, ainda, que o STF decidiu que "à luz do art. 227 da CF, que confere proteção integral da criança com absoluta prioridade e do princípio da paternidade responsável, a licença-maternidade, prevista no art. 7º, XVIII, da CF/88 e regulamentada pelo art. 207 da Lei nº 8.112/90, estende-se ao pai genitor monoparental" (Tema RG 1182).[24]

XIX – licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

XX – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XXI – aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

XXIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

XXIV – aposentadoria;

XXV – assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas;[25]

XXVI – reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho. Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, decidiu que "são constitucionais os acordos e as convenções coletivos que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis" (Tema 1046);[26]

XXVII – proteção em face da automação, na forma da lei;

XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa. Analisando o tema, o STF decidiu, em repercussão geral, que "o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil é compatível com o artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal, sendo constitucional a responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida, por sua natureza, apresentar exposição habitual a risco especial, com potencialidade lesiva e implicar ao trabalhador ônus maior do que aos demais membros da coletividade".[27]

> XXIX – ação, quanto a créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;[28]
>
> XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;
>
> XXXI – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;
>
> XXXII – proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;
>
> XXXIII – proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;[29]
>
> XXXIV – igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

No parágrafo único do citado art. 7º, a Constituição Federal criou uma *regra de extensão dos direitos sociais,* assegurando à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social.

Importante ampliação no gozo dos direitos sociais aos trabalhadores domésticos ocorreu com a aprovação da histórica EC nº 72, de 2 de abril de 2013, que lhes assegurou os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII do artigo 7º do texto constitucional e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de

trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social.

Dessa forma, aos trabalhadores domésticos está assegurada a plena efetividade dos seguintes direitos sociais:

- salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhes preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;
- irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;
- garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;
- décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;
- proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;
- duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultadas a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;
- repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;
- remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;
- gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
- licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

- licença-paternidade, nos termos fixados em lei;
- aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;
- redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;
- aposentadoria;
- reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;
- proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;
- proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;
- proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

No tocante à relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; fundo de garantia do tempo de serviço; remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei e seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa há necessidade de edição de lei, que estabelecerá as condições necessárias para sua efetiva fruição.

3.1 Proteção à maternidade. Direito à segurança no emprego e proteção contra trabalho insalubre

A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu artigo 6º, entre eles a proteção à maternidade, que é a *ratio* para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como a licença-gestante e, nos termos do inciso I, do artigo 7º, o direito à segurança no emprego, que compreende a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa da gestante.[30]

Em proteção à licença-maternidade, o STF também definiu seu termo inicial, estabelecendo que "nos casos de internações pós-parto que durem mais de duas semanas, o termo inicial da licença-maternidade e do salário-maternidade é a alta hospitalar da mãe ou do recém-nascido — o que ocorrer por último —, prorrogando-se ambos os benefícios por igual período ao da internação, visto que não podem ser reduzidos de modo irrazoável e conflitante com o direito social de proteção à maternidade e à infância".[31]

Da mesma maneira, a Corte Suprema declarou inconstitucional ato normativo que, ao disciplinar a licença-maternidade no âmbito das Forças Armadas, estabelece prazos distintos de afastamento com fundamento na diferenciação entre a maternidade biológica e a adotiva, bem como em função da idade da criança adotada.[32]

Sob essa ótica, tanto a proteção contra dispensa arbitrária da gestante quanto a proteção da mulher grávida ou da lactante em relação ao trabalho insalubre caracterizam-se como importantes direitos sociais instrumentais protetivos tanto da mulher, ao assegurar-lhe o gozo de outros preceitos constitucionais – licença maternidade remunerada, princípio da paternidade responsável –, quando da criança, pois a *ratio* da norma não só é salvaguardar outros direitos sociais da mulher – por exemplo, o pleno gozo

do direito à licença-maternidade – mas também, efetivar a integral proteção ao recém-nascido, possibilitando sua convivência integral com a mãe, nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura – econômica e psicologicamente, em face da garantia de estabilidade no emprego –, consagrada com absoluta prioridade, no artigo 227 do texto constitucional, como dever inclusive da sociedade (empregador).

Em relação à proteção contra dispensa arbitrária, a imprescindibilidade da máxima eficácia desse direito social duplamente protetivo é reafirmada pelo art. 10, inciso II, *b*, do ADCT, ao estabelecer que "até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto".

Em suma, a fim de se garantir uma estabilidade econômica à gestante para que ela tenha, durante a gravidez, e, depois, nos primeiros meses, que comprovadamente pela medicina e pela ciência são os meses mais importantes de proximidade da mãe com filho, a Constituição e o ADCT estabeleceu um período em que se garantiu uma estabilidade econômica para auxiliar na estabilidade psicológica da mãe; e isso obviamente auxiliando toda a gestação e esses cinco meses, auxiliando o início de vida da criança.

A *ratio* dessa norma não é só o direito à maternidade, mas também a absoluta prioridade que o art. 227 estabelece de integral proteção à criança, inclusive, ao recém-nascido. É um direito de dupla titularidade.

O texto constitucional exige como termo inicial para a incidência da proteção constitucional a existência de gravidez. Constatado que houve gravidez antes da dispensa arbitrária, incide a estabilidade. O desconhecimento por parte da gestante, ou a ausência de comunicação, ou, ainda, a própria negligência da gestante em juntar uma documentação e mostrar um atestado não pode prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido

durante aqueles cinco meses, pois a proteção à maternidade, enquanto um direito também individual, é irrenunciável.

Nesse sentido, decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao analisar o tema 497 de repercussão geral: "A incidência da estabilidade prevista no art. 10, II, do ADCT somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa".[33] Igualmente, o STF reconheceu a "necessidade de extensão do período de licença-maternidade e de pagamento de salário maternidade no período de 120 dias posterior à alta".[34]

A proteção da mulher grávida ou da lactante em relação ao trabalho insalubre, igualmente, caracteriza um direito de dupla titularidade, pois decorre da imprescindibilidade da máxima eficácia do direito social de proteção à maternidade e do preceito constitucional de integral proteção à criança, inclusive, ao recém-nascido.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da exigência legal, contida nos incisos II e III do art. 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), inseridos pelo art. 1º da Lei 13.467/2017, de apresentação de atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, para caracterizar a insalubridade e, consequentemente, possibilitar seu afastamento das atividades, proclamando que: *"A proteção à maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em apresentar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido"*.[35]

A inconstitucionalidade consistiu no fato de as expressões impugnadas permitirem a exposição de empregadas grávidas e lactantes a trabalho em condições insalubres. Mesmo em situações de manifesto prejuízo à saúde da trabalhadora, por força do texto impugnado, seria ônus desta a demonstração probatória e documental dessa circunstância, o que

obviamente desfavorece a plena proteção do interesse constitucionalmente protegido, na medida em que sujeita a trabalhadora a maior embaraço para o exercício de seus direitos.[36]

A Corte afastou o argumento *ad terrorem* de que a declaração de inconstitucionalidade poderia acarretar retração da participação da mulher no mercado de trabalho. Eventuais discriminações serão punidas nos termos da lei, e a próprio texto constitucional determina de maneira impositiva a "proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei" (CF, art. 7º, XX).

O afastamento do ambiente ou atividade insalubre, quando não for possível eliminar a insalubridade, ocorrerá no período de gravidez e nos períodos de lactação no ambiente de trabalho superiores a 6 (seis) meses, uma vez que, dois terços do período de amamentação, que é de seis meses, nos termos do artigo 396 da CLT, são praticamente absorvidos pela licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, garantida no art. 7º, XVIII, da Constituição. Se a empresa ou entidade pública empregadora aderir ao Programa Empresa Cidadã, criado pela Lei 11.770, de 9 de setembro de 2008, que garante a ampliação da licença para 180 (cento e oitenta) dias, mediante subsídio fiscal, o período legal de amamentação no ambiente de trabalho será integralmente absorvido pela licença-maternidade.

Observe-se, ainda, que não há que se falar em ônus excessivo ao empregador, pois a lei impugnada afastou do empregador o ônus financeiro referente ao adicional de insalubridade da empregada gestante ou lactante afastada de suas atividades ou deslocada para atividade salubre, ao estabelecer, no § 2º do art. 394-A da CLT que cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no artigo 248 da Constituição Federal, por ocasião do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.

Diante da impossibilidade de realocação da empregada em local salubre, o § 3º do art. 394-A da Lei determina que a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei 8.213/91, durante todo o período de afastamento.

4 LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO PROFISSIONAL OU SINDICAL

4.1 Conceituação

A liberdade sindical é uma forma específica de liberdade de associação (CF, art. 5º, XVII), com regras próprias, demonstrando, portanto, sua posição de tipo autônomo.

Canotilho e Vital Moreira definem a abrangência da liberdade sindical, afirmando que

> "é hoje mais que uma simples liberdade de associação perante o Estado. Verdadeiramente, o acento tônico coloca-se no *direito à actividade sindical,* perante o Estado e perante o patronato, o que implica, por um lado, o direito de não ser prejudicado pelo exercício de direitos sindicais e, por outro lado, o direito a condições de actividade sindical (direito de informação e de assembleia nos locais de trabalho, dispensa de trabalho para dirigentes e delegados sindicais). Finalmente, dada a sua natureza de organizações de classe, os sindicatos possuem uma importante dimensão política que se alarga muito para além dos interesses profissionais dos sindicalizados, fazendo com que a liberdade sindical consista também no direito dos sindicatos a exercer determinadas funções políticas".[37]

4.2 Classificação dos direitos sindicais



Liberdade de constituição: é livre a associação profissional ou sindical, não podendo a lei exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato.[38] Ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical (CF, art. 8º, I). A constituição estabelece somente uma restrição, quando veda criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município.[39] Conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, "o ato de fiscalização estatal se restringe à observância da norma constitucional no que diz respeito à vedação da sobreposição, na mesma base territorial, de organização sindical do mesmo grau. Interferência estatal na liberdade de organização sindical. Inexistência. O Poder Público, tendo em vista o preceito constitucional proibitivo, exerce mera fiscalização".[40]

Liberdade de inscrição: ninguém poderá ser obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a qualquer sindicato, uma vez que, nos termos da Constituição Federal, "a liberdade de associação sindical, em sua dimensão coletiva, garante aos trabalhadores em geral o direito à criação de entidades

sindicais (CF, art. 8º, *caput*, I e II), bem assim, em sua dimensão individual, consagra a liberdade conferida aos interessados de aderirem ou não ao sindicato ou de desfiliarem-se conforme suas vontades".[41]

Direito de auto-organização: implica a liberdade de definição da *forma de governo* da associação ou do sindicato, bem como as formas de expressão de vontade (assembleias, eleições, plebiscitos, referendos etc.), nos termos constitucionais. A Constituição Federal refere-se expressamente ao direito do aposentado filiado a votar e ser votado nas organizações sindicais (CF, art. 8º, VII).

Direito de exercício de atividade sindical na empresa: corresponde ao direito de ação sindical nos locais de trabalho, bem como ao de organização através de representantes e comissões sindicais. A própria Constituição Federal prevê a obrigatoriedade da participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho (CF, art. 8º, VI); a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação (CF, art. 10); e a eleição de um representante, nas empresas de mais de duzentos empregados, com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores (CF, art. 11). Além disso, autoriza ao sindicato a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas (CF, art. 8º, III), na qualidade de substituto processual.[42] Observe-se que o Supremo Tribunal Federal decidiu que "a intervenção sindical prévia é exigência procedimental imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores, que não se confunde com autorização prévia por parte da entidade sindical ou celebração de convenção ou acordo coletivo" (Tema 638 de Repercussão Geral).[43]

Direito democrático: impõem-se aos sindicatos diversos requisitos que coadunem-se com os princípios constitucionais. Entre eles, deverão os estatutos estabelecer eleições periódicas e por escrutínio secreto para seus

órgãos dirigentes, *quorum* de votações para assembleias gerais, inclusive para deflagração de greves; controle e responsabilização dos órgãos dirigentes.

Direito de independência e autonomia: inclusive com a existência de fontes de renda independentes do patronato ou do próprio Poder Público. A constituição, portanto, estabelece que a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei.

Direito de relacionamento ou de filiação em organizações sindicais internacionais: é manifestação do princípio da solidariedade internacional dos interesses dos trabalhadores.

Direito de proteção especial dos dirigentes eleitos dos trabalhadores: é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei (CF, art. 8º, VIII). Esse direito, denominado de *estabilidade sindical*, manifesta-se sob uma dupla ótica, pois tanto é a consagração de um direito de defesa dos representantes eleitos dos trabalhadores perante o patronato, para o fiel cumprimento de suas funções (*dimensão subjetiva*), quanto uma imposição constitucional dirigida ao legislador ordinário, que deverá estabelecer adequadas normas protetivas aos referidos representantes (*dimensão objetiva*).

4.3 Contribuições confederativa e sindical – diferenças e exigibilidade

É certo que ninguém será obrigado a filiar-se ou manter-se filiado a sindicato (CF, art. 8º, V), não podendo o sindicato compelir os não filiados para obrigá-los a pagar-lhe contribuição assistencial nem obrigar aos

filiados a permanecerem no sindicato.[44] Porém, não se pode confundir a chamada contribuição assistencial ou confederativa com a contribuição sindical. A primeira é prevista no início do inciso IV, do art. 8º, da Constituição Federal (*"a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva"*);[45] enquanto a segunda é prevista no final do citado inciso ("*independentemente da contribuição prevista em lei"*).

É exatamente esse o teor da Súmula Vinculante 40 do Supremo Tribunal Federal: "A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição Federal, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo".

Pinto Ferreira define a contribuição sindical, antes denominada de imposto sindical, como uma contribuição parafiscal, afirmando que "na verdade é uma norma de tributo"; e citando Amauri Mascaro Nascimento, diz que a contribuição sindical é

> "um pagamento compulsório, devido por todo trabalhador ou empregado, em benefício do respectivo sindicato, pelo fato de pertencerem à categoria econômica ou profissional ou a uma profissão liberal".[46]

Assim, nenhuma entidade sindical poderá cobrar a contribuição assistencial daquele que se recusou a filiar-se ou permanecer filiado, porém, a contribuição sindical, que a Constituição Federal assegura, desde que prevista em lei, poderá ser obrigatória e devida pelos que participam das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades.[47]

Desta forma, a contribuição sindical, desde que definida em lei, poderá ser obrigatória, mesmo para os profissionais liberais não filiados,[48] enquanto qualquer outra contribuição assistencial/confederativa é

facultativa, somente podendo ser cobrada com autorização por parte do empregado ou trabalhador.[49]

Portanto, inobstante a separação dos sindicatos da esfera de intervenção do Ministério do Trabalho, a contribuição sindical foi preservada pela nova Constituição Federal, que manteve a exigência de regulamentação legal.

Inicialmente, remanesceu seu disciplinamento pela CLT,[50] sendo os recursos da "conta especial emprego e salário" descontados a título de contribuição sindical, para finalidade definida em lei,[51] entre elas a própria subsistência e independência sindical, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal.[52]

A Lei nº 13.467/2017, porém, alterou a disciplina relativa à contribuição sindical prevista na CLT, retirando sua obrigatoriedade e estabelecendo a necessidade de prévia e expressa autorização dos participantes das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas entidades. Dessa maneira, a partir da edição da nova lei, o desconto da contribuição sindical estará condicionado à autorização prévia e expressa dos que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão, nos termos das novas redações dos artigos 578 a 610 da CLT.[53]

Ressalte-se, por fim, que, apesar de o art. 8º, I, da CF, garantir a liberdade sindical, é admissível o controle jurisdicional sobre a legalidade da contribuição assistencial cobrada dos sindicalizados, em face do art. 5º, XXXV, pois nenhuma alegação de lesão ou ameaça a direito será excluída de apreciação do Poder Judiciário.[54]

5 DIREITO DE GREVE

A doutrina indica que o surgimento da palavra *greve* deve-se a uma praça de Paris, denominada *Place de Grève,* na qual os operários se reuniam quando paralisavam seus serviços com finalidades reivindicatórias.

A greve pode ser definida como um direito de autodefesa que consiste na abstenção coletiva e simultânea do trabalho, organizadamente, pelos trabalhadores de um ou vários departamentos ou estabelecimentos, com o fim de defender interesses determinados.

Podemos concluir, como Cassio Mesquita Barros, para quem

> "o direito de greve, sob o ponto de vista da teoria jurídica, se configura como *direito de imunidade* do trabalhador face às consequências normais de não trabalhar. Seu reconhecimento como direito implica uma permissão de não cumprimento de uma obrigação".[55]

Incluem-se no direito de greve diversas situações de índole instrumental, além do fato de o empregado *não trabalhar,* tais como a atuação de piquetes pacíficos, passeatas, reivindicações em geral, a propaganda, coleta de fundos, "operação tartaruga", "cumprimento estrito do dever", "não colaboração" etc.

O art. 9º da Constituição Federal assegura o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender e determina que a lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, inclusive responsabilizando os abusos cometidos.

A disciplina do art. 9º refere-se aos empregados de empresas privadas, entre as quais se incluem as sociedades de economia mista e as denominadas empresas públicas, uma vez que, em relação a essas, se aplica o art. 173, § 1º, da Constituição Federal, que determina sua sujeição ao

regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

Em relação às diversas espécies de greves permissíveis pelo texto constitucional, os trabalhadores podem decretar *greves reivindicativas,* objetivando a melhoria das condições de trabalho, ou *greves de solidariedade,* em apoio a outras categorias ou grupos reprimidos, ou *greves políticas,* visando conseguir as transformações econômico-sociais que a sociedade requeira, ou, ainda, *greves de protesto*. Contra esse posicionamento, Arnaldo Süssekind afirma

> "O direito do Trabalho, de um modo geral, só admite a greve de finalidades profissionais, objetivando pressionar o empregador a adotar ou rever condições contratuais ou ambientais de trabalho. Por conseguinte, as greves políticas, de consumidores, de estudantes etc., precisamente por que o atendimento da respectiva postulação não depende de um dos polos da relação de emprego, escapam às fronteiras do Direito do Trabalho. A deflagração dessas greves não corresponde ao exercício de um direito, mesmo quando as de liberdades políticas tiverem sido deliberadas por assembleias de sindicatos."[56]

As características principais do direito de greve são:

- direito coletivo, cujo titular é um grupo organizado de trabalhadores;
- direito trabalhista irrenunciável no âmbito do contrato individual do trabalho;
- direito relativo, podendo sofrer limitações, inclusive em relação às atividades consideradas essenciais (CF, art. 9º, § 1º);
- instrumento de autodefesa, que consiste na abstenção simultânea do trabalho;

- procedimento de pressão;
- finalidade primordial: defender os interesses da profissão (*greves reivindicativas*);
- outras finalidades: *greves políticas, greves de solidariedade, greves de protesto*;
- caráter pacífico.

O direito de greve é *autoaplicável*, não podendo ser restringido ou impedido pela legislação infraconstitucional. Não está vedada, porém, a possibilidade de regulamentação de seu procedimento, por exemplo, a exigência de determinado *quorum* na assembleia geral, para que ela se instale.

Nas atividades públicas o direito de greve não entra em vigor imediatamente, dependendo seu exercício de lei ordinária específica.[57]

Sobre o direito de greve dos servidores públicos civis, conferir capítulo dedicado à Administração Pública – Servidores Públicos.

A greve dos empregadores é denominada *lock-out* (locaute), e ocorre quando aqueles fecham as portas de seus estabelecimentos, impossibilitando a prestação de serviços pelos empregados, com a finalidade de pressionar os próprios trabalhadores ou setores do Poder Público, para que atendam a suas reivindicações.

[1] Nesse sentido, o STF reconheceu a constitucionalidade de medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública decorrente da pandemia da Covid/19, salientando a existência de "normas direcionadas à manutenção de empregos e da atividade empresarial" (STF – Pleno – ADI 6375 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 11-5-2020, ADIs 6342, 6344, 6346 MC-Ref, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 29-4-2020).

[2] CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição*... Op. cit. p. 285.

[3] Marcus Vinícius Americano da Costa conceitua empregador e empregado, com farta citação doutrinária e jurisprudencial (*O direito do trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 15-32).

[4] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 34.

[5] SÜSSEKIND, Arnaldo. *Comentários*... Op. cit. v. 1, p. 332.

[6] CARVALHO, Virgílio de Jesus Miranda. *Os valores constitucionais...* Op. cit. p. 26.

[7] A Emenda Constitucional nº 64, de 4 de fevereiro de 2010, deu nova redação ao art. 6º, incluindo na Constituição Federal o *direito à alimentação.*

[8] Em relação à proteção do bem de família, em face do direito de moradia, conferir: STF – 2ª T. – Rextr. nº 352.940/SP – Rel. Min. Carlos Velloso, decisão: 25-4-2005, *Informativo STF* nº 385.

[9] Incluído como Direito Social pela Emenda Constitucional nº 90, de 15 de setembro de 2015.

[10] A Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, deu nova redação ao art. 6º, incluindo na Constituição Federal o *direito à moradia*.

[11] Publicada no *DOU*, 18-12-2000.

[12] *Estabilidade decenal:* O inciso I, do art. 7º, da CF/88, não repetiu o inc. XIII, do art. 165, da EC 1/69, restando suprimida a *estabilidade decenal*, mas garantindo o direito do empregado não optante pelo FGTS de pleitear, na rescisão contratual sem culpa de sua parte, o pagamento de indenização em dobro (TRT 15ª R. – REO 11.695/90-5 – Ac. 4ª T. 1.279/92 – Rel. Juiz Luiz Carlos Diehi Paolieri – *DOE*, 25-2-92) (ST 36/61).

[13] STF – Pleno – ADI 5766/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, red. p/acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 20-10-2021.

[14] STF – 2ª T. – AI nº 206.570-7/RS – Rel. Min. Néri da Silveira, *Diário da Justiça*, Seção I, 20 set. 1996, p. 34.531.

[15] STF – Pleno – ADI 4568/DF – Rel. Min. Carmen Lúcia, 3-11-2011.

[16] STF, Pleno, RE 964659, Rel. Min. Dias Toffoli, 8-8-2022.

[17] STF – Pleno – ADPF 336/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento virtual finalizado em 27-2-2021.

[18] STF – Pleno – RE 570177 – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 30-4-2008.

[19] Redação dada pelo art. 1º da Emenda Constitucional nº 20/98. A antiga redação dizia: "salário-família para os seus dependentes".

[20] EC nº 20/98, art. 13.

[21] STF – Pleno – ADI 4027, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 16-6-2020.

[22] STF – Pleno – Adin nº 1.946/DF – Medida Liminar – Rel. Min. Sydney Sanches, *Informativo STF* nº 241.

[23] STF – Repercussão Geral – RE 778.889/PE – Rel. Min. Roberto Barroso, 10-3-2016.

[24] STF, Pleno, RE 1348854, Rel. Min. Alexandre de Moraes, 12-5-2022.

[25] Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 19 de dezembro de 2006 (*DOU* de 20-12-2006).

[26] STF, Pleno, ARE 1121633, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2-6-2022.

[27] STF – Pleno – RE 828040/RG – Tema 932, Rel. Alexandre de Moraes, j. 12-3-2020.

[28] Nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 28, de 25 de maio de 2000. A redação anterior previa: "ação, quanto a créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de: (a) cinco anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos após a extinção do contrato; (b) até dois anos após a extinção do contrato, para o trabalhador rural".

[29] Redação dada pelo art. 1º da Emenda Constitucional nº 20/98. A antiga redação dizia: "proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de quatorze, salvo na condição de aprendiz".

[30] Conferir voto proferido no RE 629.053/SP, Pleno, red. p/acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 10-10-2018.

[31] STF, Pleno, ADI 6327/DF, Rel. Min. Edson Fachin, 24-10-2022.

[32] STF, Pleno, ADI 6603/DF, Rel. Min. Rosa Weber, 14-9-2022.

[33] RE 629.053/SP, Pleno, red. p/acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 10-10-2018.

[34] STF – Pleno – ADI 6327, Rel. Min. Edson Fachin, j. 24-10-2022.

[35] STF, Pleno, ADI 5938/DF, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 29-5-2019.

[36] Conferir voto proferido na ADI 5938/DF.

[37] CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição*... Op. cit. p. 300.

[38] STF – Pleno – ADI 3890/DF, Rel. Min. Rosa Weber, julgamento virtual finalizado em 7-6-2021; *RTJ* 159/661; TJ/SP – Ap. 151.754-2 e 151.753-2 – 10ª C. – Rel. Des. Borelli Machado – j. 30-11-89. *RT* 650/97.

[39] STF – Pleno – Mandado de Segurança nº 20.829-5/DF – Rel. Min. Célio Borja; *RT* 644/174.

[40] STF – Rextr. nº 157.940 – Rel. Min. Maurício Corrêa – *Informativo STF* nº 104, p. 4.

[41] STF – Pleno – ADI 3890/DF, Rel. Min. Rosa Weber, julgamento virtual finalizado em 7-6-2021.

[42] STF – Pleno – RE nº 193503/SP, RE 193579/SP, RE 208983/SC, RE 210029/RS, RE 211874/RS, RE 213111/SP, RE 214668/ES – Rel. Orig. Min. Carlos Velloso, Rel. para o acórdão Min. Joaquim Barbosa, decisão: 12-6-2006 – *Informativo STF* nº 431.

[43] STF, Pleno, RE 999435, Red. p/ Acórdão Min. Edson Fachin, 8-6-2022.

[44] Súmula 666/STF – "A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo." Conferir, ainda: STF – AI nº 567.964-3/SP – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 7 fev. 2006, p. 28; RTJ 166/355; RTJ 174/287; RTJ 175/1195; RTJ 170/648.

[45] Nesse sentido, a Súmula 666 do STF: "A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo."

[46] FERREIRA, Pinto. *Comentários...* Op. cit. p. 265. v. 1.

[47] STJ – 1ª T. – Rec. Esp. nº 58.428-0-SP – Rel. Min. Garcia Vieira; j. 22-2-95; v.u.

[48] STF – RMS nº 21.758/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence (*RTJ* 161/460): "A CF, à vista do art. 8º, IV, *in fine,* recebeu o instituto da contribuição sindical

compulsória, exigível, nos termos dos arts. 578 ss, CLT, de todos os integrantes da categoria, independentemente de sua filiação ao sindicato (cf. ADIn 1.076, med. cautelar, Pertence, 15-6-94).” Cf., ainda: STF – 2ª T. – Rextr. nº 187.537-2/SP – Rel. p/Acórdão Min. Carlos Velloso, *Diário da Justica*, Seção I, 31 out. 1997, p. 55.562; STF – 2ª T. – Rextr. nº 184.266-1/SP – Rel. Min. Carlos Velloso; j. 27-8-1996; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Apelação Cível nº 211.783 – Rel. Des. Borelli Machado, 1º jul. 1993; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Apelação Cível nº 207.299-2 – Rel. Des. Ralpho Oliveira, 30 set. 1993.

[49] *Informativo STF* nº 48 – RExtr nº 198092-3, Rel. Min. Carlos Velloso. STJ – 2ª T., Resp. nº 36.880/93/RJ, Rel. Min. José de Jesus Filho, *Diário da Justiça*, 19 dez. 1994, p. 35.298.

[50] Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal: “Considerando recepcionada pela CF/88 a contribuição sindical compulsória prevista no art. 578, da CLT – exigível de todos os integrantes de categoria econômica ou profissional, independentemente de filiação ao sindicato (...) Precedente citado: MI 14-SP (*RTJ* 147/8684). RE 180.745, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 24-3-98 (*Informativo STF* nº 104, p. 2).

[51] STJ – 1ª T. – MS nº 228/89/DF, *Diário da Justiça*, 15 maio 1990, p. 04141; STJ – 1ª T., MS nº 242/89/DF, *Diário da Justiça*, 15 maio 1990, p. 4.142.

[52] STF – RMS nº 21.758/DF, 1ª T. – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, 4 nov. 1994, p. 29.831.

[53] O STF declarou constitucional a facultatividade da contribuição sindical definida em lei (ADI 5794/DF, red. p/Acórdão Min. Luiz Fux, j. 29-6-18).

[54] STF – 1ª T – Agravo Regimental nº 974-7/SP – Rel. Min. Sydney Sanches, *Diário da Justiça*, Seção I, 17 maio 1996, p. 16.329.

[55] Op. cit. p. 39.

[56] SÜSSEKIND, Arnaldo. *Comentários*... Op. cit. p. 71. v. 2.

[57] Redação dada pela EC nº 19/98. Na vigência da redação anterior, que exigia a regulamentação por lei complementar, o STF já havia decidido pela não autoaplicabilidade do direito de greve nas atividades públicas: STF – 2ª T. — Rextr. nº 208.278-3/RS – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 13 out. 1997, p. 51.487.



Direito de Nacionalidade 6

1 CONCEITO

Nacionalidade é o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo deste indivíduo um componente do povo, da dimensão pessoal deste Estado,[1] capacitando-o a exigir sua proteção e sujeitando-o ao cumprimento de deveres impostos.

Aluísio Dardeau de Carvalho aponta a falta de juridicidade do termo *nacionalidade*, que, partindo da ideia de nação, englobaria somente os indivíduos que pertencessem a determinado grupo ligado pela raça, religião, hábitos e costumes. Porém, igualmente, aponta que essa terminologia encontra-se generalizada em diversos ordenamentos jurídicos.

2 DEFINIÇÕES RELACIONADAS À MATÉRIA

Alguns conceitos estão relacionados com o estudo do direito de nacionalidade. São os conceitos de povo, população, nação e cidadão.

Povo: é o conjunto de pessoas que fazem parte de um Estado – é seu elemento humano. O povo está unido ao Estado pelo vínculo jurídico da nacionalidade.

População: é conjunto de habitantes de um território, de um país, de uma região, de uma cidade. Esse conceito é mais extenso que o anterior –

povo –, pois engloba os nacionais e os estrangeiros, desde que habitantes de um mesmo território. Como salientado por Marcelo Caetano,

> "o termo *população* tem um significado econômico, que corresponde ao sentido vulgar, e que abrange o conjunto de pessoas residentes num território, quer se trate de nacionais quer de estrangeiros. Ora o elemento humano do Estado é constituído unicamente pelos que a ele estão ligados pelo vínculo jurídico que hoje chamamos de *nacionalidade*".[2]

Nação: agrupamento humano, em geral numeroso, cujos membros, fixados num território, são ligados por laços históricos, culturais, econômicos e linguísticos. Conforme ensina A. Dardeau de Carvalho,

> "a complexidade do fenômeno *nação*, sem dúvida, resulta da multiplicidade de fatores que entram na sua composição, uns de natureza objetiva, outros de natureza subjetiva. A raça, a religião, a língua, os hábitos e costumes, são os fatores objetivos que permitem distinguir as nações entre si. A consciência coletiva, o sentimento da comunidade de origem, é o fator subjetivo da distinção".[3]

Cidadão: é o nacional (brasileiro nato ou naturalizado) no gozo dos direitos políticos e participantes da vida do Estado.

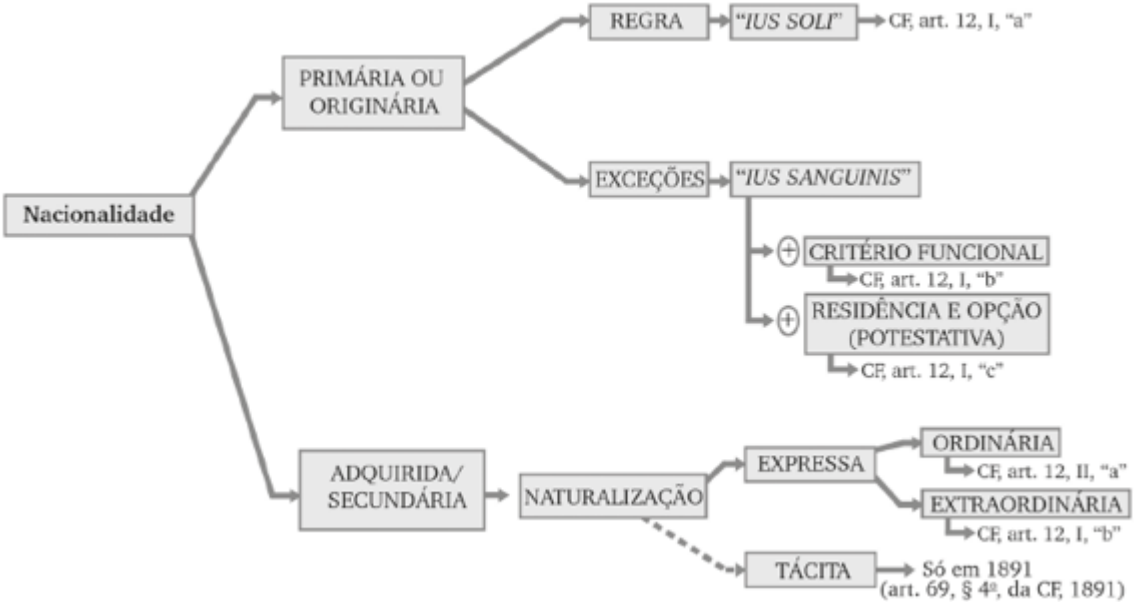
3 ESPÉCIES DE NACIONALIDADE

A competência para legislar sobre nacionalidade é exclusiva do próprio Estado, sendo incontroversa a total impossibilidade de ingerência normativa de direito estrangeiro.

Doutrinariamente, distinguem-se duas espécies de nacionalidade, a *primária* e a *secundária.*

A *nacionalidade primária*, também conhecida por *originária*, ou *de origem*, resulta do nascimento a partir do qual, através de critérios sanguíneos, territoriais ou mistos será estabelecida.

A *nacionalidade secundária* ou *adquirida* é a que se adquire por vontade própria, após o nascimento e, em regra, pela naturalização.



A Constituição Federal manteve o modelo de enunciar separadamente quais os casos de aquisição de nacionalidade originária e quais as hipóteses de aquisição secundária, como fora feito pela Constituição anterior, em rompimento com a tradição constitucional brasileira, que enumerava todas as formas de aquisição da nacionalidade em uma só sequência.

4 BRASILEIROS NATOS

4.1 Critérios de atribuição de nacionalidade originária

Os critérios de atribuição de nacionalidade originária são, basicamente, dois: o *ius sanguinis* e o *ius soli*, aplicando-se ambos a partir de um fato natural: o nascimento.

a. *IUS SANGUINIS* (origem sanguínea) – por esse critério será nacional todo o descendente de nacionais, independentemente do local de nascimento.

Importante observar que a Constituição Federal de 1988 não adotou esse critério puro, exigindo-se sempre algum outro requisito, como veremos a seguir. Sempre, porém, deve estar presente uma relação de contemporaneidade entre a condição jurídica do ascendente e o momento do nascimento, ou seja, aquele deverá ser brasileiro nato ou naturalizado à época do nascimento deste.

b. *IUS SOLI* (origem territorial) – por esse critério será nacional o nascido no território do Estado, independentemente da nacionalidade de sua ascendência. A Constituição brasileira adotou-o em regra.

O Brasil não adotou o critério do *jure matrimonii*, ou seja, não é possível a aquisição de nacionalidade brasileira decorrente tão somente de casamento civil com brasileiro.[4]

5 HIPÓTESES DE AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA

A Constituição Federal prevê exaustiva e taxativamente as hipóteses de aquisição da nacionalidade originária, ou seja, somente serão brasileiros natos aqueles que preencherem os requisitos constitucionais das hipóteses únicas do art. 12, inciso I.[5] Como ressalta Francisco Rezek, analisando hipótese semelhante, "seria flagrante, na lei, o vício de inconstitucionalidade, quando ali detectássemos o intento de criar, à margem da Lei Maior, um novo caso de nacionalidade originária".[6]

A regra adotada, como já visto, foi *ius soli*, mitigada pela adoção do *ius sanguinis* somado a determinados requisitos. Assim são brasileiros

natos:

- os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país (*ius soli*);
- os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil (*ius sanguinis* + *critério funcional*);
- os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente (*ius sanguinis* + *registro* – EC nº 54/07);
- os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, *depois de atingida a maioridade* (EC nº 54/07), pela nacionalidade brasileira (*ius sanguinis* + *critério residencial* + *opção confirmativa*).

5.1 Os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país

O legislador constituinte adotou critério já tradicional em nosso ordenamento constitucional: *IUS SOLI*.

Dessa forma, *em regra*, basta ter nascido no território brasileiro, para ser considerado brasileiro nato, independentemente da nacionalidade dos pais ou ascendentes.

O território nacional deve ser entendido como as terras delimitadas pelas fronteiras geográficas, com rios, lagos, baías, golfos, ilhas, bem como o espaço aéreo e o mar territorial, formando o território propriamente dito;

os navios e as aeronaves de guerra brasileiros, onde quer que se encontrem; os navios mercantes brasileiros em alto-mar ou de passagem em mar territorial estrangeiro; as aeronaves civis brasileiras em voo sobre o alto-mar ou de passagem sobre águas territoriais ou espaços aéreos estrangeiros.[7]

A constituição, porém, traz uma única exceção à aplicabilidade do critério do *ius soli*, excluindo-se da nacionalidade brasileira *os filhos de estrangeiros, que estejam a serviço de seu país.*

Não se trata da adoção pura e simples do critério *ius sanguinis* para exclusão da nacionalidade brasileira, mas da conjugação de dois requisitos:

- ambos os pais estrangeiros;
- um dos pais, no mínimo, deve estar no território brasileiro, a serviço do seu país de origem. Frise-se que não bastará outra espécie de serviço particular ou para terceiro país, pois a exceção ao critério do *ius soli* refere-se a uma tendência natural do direito internacional, inexistente na hipótese de pais estrangeiros a serviço de um terceiro país, que não o seu próprio.[8]

5.2 Os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil

Nesta hipótese o legislador constituinte adotou o *ius sanguinis* somado, porém, a um requisito específico (*critério funcional*), qual seja, a necessidade de pai *ou* de mãe brasileiros, sejam natos ou naturalizados, estarem a serviço do Brasil. Assim, são requisitos:

- ser filho de pai brasileiro ou mãe brasileira (*ius sanguinis*);

- o pai ou a mãe devem estar a serviço da República Federativa do Brasil (*critério funcional*), abrangendo-se o serviço diplomático; o serviço consular; serviço público de outra natureza prestado aos órgãos da administração centralizada ou descentralizada (autarquias, sociedade de economia mista e empresas públicas) da União, dos Estados-membros, dos Municípios, do Distrito Federal ou dos Territórios.

5.3 Nacionalidade potestativa: os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade (EC nº 54/07), pela nacionalidade brasileira

Esta hipótese de aquisição de nacionalidade originária sofreu importantes alterações com a Constituição de 1988 e, posteriormente, com a ECR nº 3, de 7-6-1994, e a EC nº 54, de 20-9-2007.

Na vigência da constituição passada, o art. 145, *c*, previa a aquisição da nacionalidade aos nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, embora não a serviço do país, e não fossem registrados, que viessem a residir no território nacional antes de atingir a maioridade; e neste caso, alcançada esta, fizessem dentro de quatro anos opção pela nacionalidade brasileira.

Assim, previa-se a necessidade de cinco requisitos:

- nascidos de pai brasileiro ou mãe brasileira;
- pai brasileiro ou mãe brasileira que não estivessem a serviço do Brasil;

- inocorrência do registro na repartição competente;
- fixação de residência antes da maioridade;
- realização da opção até quatro anos após a aquisição da maioridade.[9]

O legislador constituinte de 88 alterou um dos requisitos, deixando de fixar prazo para realização da opção. Dessa forma, essa hipótese de aquisição da nacionalidade originária passou a ficar condicionada aos seguintes requisitos:

- nascidos de pai brasileiro ou mãe brasileira;
- pai brasileiro ou mãe brasileira que não estivessem a serviço do Brasil;
- inocorrência do registro na repartição competente;
- fixação de residência antes da maioridade;
- realização da opção *a qualquer tempo*.

Com a Emenda Constitucional de Revisão nº 3, essa hipótese de aquisição foi novamente alterada, deixando de exigir-se prazo para a *fixação de residência* no Brasil.

Requisitos:

- nascidos de pai brasileiro ou mãe brasileira;
- pai brasileiro ou mãe brasileira que não estivessem a serviço do Brasil;
- fixação de residência *a qualquer tempo*;
- realização da opção *a qualquer tempo*.

Finalmente, com a EC nº 54, de 20 de setembro de 2007, o texto constitucional passou a fixar o *termo inicial* para a realização da opção conforme já consagrado na jurisprudência do STF: *atingida a maioridade*.

5.4 Opção

A *opção* prevista na Constituição Federal consiste na declaração unilateral de vontade de *conservar* a nacionalidade brasileira primária, na já analisada hipótese de *nacionalidade potestativa*. A aquisição, apesar de provisória, dá-se com a fixação de residência, sendo a opção uma condição *confirmativa* e não formativa de nacionalidade, que deverá ocorrer a partir da maioridade.

Dessa forma, no momento em que o filho de pai brasileiro e/ou mãe brasileira, que não estivessem a serviço do Brasil, nascido no estrangeiro, fixasse residência no Brasil, adquiriria a nacionalidade provisória, que seria confirmada com a opção feita perante a Justiça Federal, a partir da maioridade.[10]

O momento da fixação da residência no País constitui o *fator gerador da nacionalidade*, que fica sujeita a uma condição confirmativa, a *opção*. Ocorre que, pela inexistência de prazo para essa opção, apesar da aquisição temporária da nacionalidade com a fixação de residência, seus efeitos ficarão suspensos até que haja a referida condição confirmativa.

Pela constituição anterior, a pessoa nascida nas condições mencionadas, enquanto não atingisse o prazo de quatro anos após a maioridade, era considerada, para todos os efeitos, brasileira nata, desde a fixação da residência, inclusive podendo requerer abertura de assento de nascimento provisório, que seria cancelado se, decorrido o prazo de quatro anos mencionado no texto constitucional, não tivesse havido a opção pela nacionalidade brasileira (Lei Federal nº 6.015/73, art. 32, §§ 2º a 5º). Feita, no entanto, a opção, a pessoa conservaria sua condição jurídica de brasileira nata. Não a fazendo, perderia a citada condição.

Agora, nos termos da constituição atual, em virtude da *inexistência de prazo para a realização da opção,* que poderá ser a qualquer tempo, parece-nos mais sensato que, apesar de o momento da fixação da residência no país

constituir o fator gerador da nacionalidade, seus efeitos fiquem suspensos até que sobrevenha a condição confirmativa – *opção* (que terá efeitos retroativos).[11] Como, porém, a realização da opção exige plena capacidade de manifestação de vontade, se a fixação de residência em território nacional ocorrer antes de o nascido no estrangeiro adquirir a maioridade, passará a ser considerado brasileiro nato, porém, como ressaltado pelo Supremo Tribunal Federal, "sujeita essa nacionalidade a manifestação da vontade do interessado, mediante a opção, depois de atingida a maioridade. Atingida a maioridade, enquanto não manifestada a opção, esta passa a constituir-se em condição suspensiva da nacionalidade brasileira".[12]

Portanto, o filho de pai brasileiro e/ou mãe brasileira nascido no estrangeiro adquire a nacionalidade originária no momento da fixação de sua residência no Brasil, devendo *confirmar* sua vontade de *conservar a nacionalidade brasileira* a partir da aquisição da maioridade civil, de maneira personalíssima. Durante o período de fixação da residência até atingir a maioridade civil, por não poder validamente realizar a opção, todos os direitos inerentes à nacionalidade poderão ser exercidos, pois a "aludida condição suspensiva só vigora a partir da maioridade, haja vista que, antes, o menor, por intermédio do registro provisório (Lei nº 6.015/73, art. 32, § 2º), desde que residente no país, é considerado brasileiro nato para todos os efeitos".[13]

Não foi outro o entendimento da Relatoria da Revisão Constitucional a cargo do então deputado Nelson Jobim, que assim se manifestou: "A opção pode agora ser feita a qualquer tempo. Tal como nos regimes anteriores, até a maioridade, são brasileiros esses indivíduos. Entretanto, como a norma não estabelece mais prazo, podendo a opção ser efetuada a qualquer tempo, alcançada a maioridade essas pessoas passam a ser brasileiras sob condição suspensiva, isto é, depois de alcançada a maioridade, até que optem pela nacionalidade brasileira, sua condição de brasileiro nato fica suspensa. Nesse período o Brasil os reconhece como nacionais, mas a manifestação

volitiva do Estado torna-se inoperante até a realização do acontecimento previsto, a opção. É lícito considerá-los nacionais no espaço de tempo entre a maioridade e a opção, mas não podem invocar tal atributo porque pendente da verificação da condição".[14]

Em face disso, a EC nº 54/07 passou a prever expressamente que o momento inicial para a realização da opção é a aquisição da maioridade.[15]

5.5 Os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente (*ius sanguinis* + registro – EC nº 54/07)

A EC nº 54, de 20 de setembro de 2007, alterou, novamente, a redação do art. 12, I, "c", da Constituição Federal, determinando o retorno de uma tradicional hipótese de aquisição de nacionalidade originária, consistente da conjugação da adoção do critério do *ius sanguinis* com requisitos específicos, prevista na redação original do texto constitucional e afastada pela ECR nº 3, de 7 de junho de 1994.

A referida ECR nº 3/94 suprimiu, erroneamente, hipótese prevista pelo texto original da Constituição de 1988 (*ius sanguinis* + registro), uma vez que, a análise das propostas apresentadas durante a revisão constitucional comprova que em momento algum o Congresso Nacional Revisor pretendia suprimir essa possibilidade de aquisição da nacionalidade brasileira. Conforme salientou o então deputado Nelson Jobim, relator da Revisão Constitucional, "a análise das propostas apresentadas durante a revisão constitucional, bem como as emendas, substitutivos e pareceres ofertados, mostra que em momento algum o legislador constituinte-revisor pretendeu retirar do texto constitucional a hipótese de aquisição de nacionalidade, do filho de brasileiros que nascendo no estrangeiro fosse registrado na

repartição pública competente. Assim, mesmo tendo o ilustre relator Deputado Nelson Jobim apresentado a proposta de Emenda Constitucional de Revisão nº 3-A, de 1994, como emenda aglutinativa relativa à alínea *c*, do inciso I, do art. 12, com a redação atual, em seu parecer somente discute-se as alterações da nacionalidade potestativa, não se referindo em nenhum momento à hipótese do registro, ou mesmo quais os motivos para sua supressão".[16]

Apesar dessas considerações, o texto constitucional havia sido alterado, suprimindo-se uma das tradicionais hipóteses de aquisição da nacionalidade originária. A ECR nº 3, de 7-6-1994, suprimiu essa hipótese de nacionalidade originária.[17] Com essa alteração, não havia mais possibilidade de filho de brasileiros, nascido no estrangeiro, viesse a ser registrado em repartição brasileira competente, para fins de aquisição de nacionalidade. Portanto, para que pudesse adquirir a nacionalidade brasileira, deveria fixar residência no país e realizar a devida opção (*nacionalidade potestativa*).

Essa hipótese, também repetida por dispositivos da Lei de Registros Públicos, que regulamentou a ocorrência do registro como fator aquisitivo de nacionalidade originária, não havia sido recepcionada pela ECR nº 3/94, pois a lei ordinária não pode criar novas hipóteses de brasileiros natos.[18]

Relembremos que o direito pátrio, anteriormente, já havia se encontrado nessa mesma situação, quando a Constituição Federal de 1967 deixou de prever como forma de aquisição da nacionalidade originária a possibilidade de *opção* pela nacionalidade brasileira feita pelo filho de pais estrangeiros, que estivessem a serviço de seu governo, cujo nascimento se dera no território nacional, que era prevista pela Constituição Federal de 1946. Apesar da supressão constitucional, essa hipótese constava no texto do art. 2º da Lei nº 818/49 (revogada pela Lei 13.445/2017). À época, apontou-se a não recepção dessa norma, em virtude de somente a norma

constitucional determinar as hipóteses de aquisição da nacionalidade originária.

A EC nº 54/07 trouxe novamente a mesma redação do texto original do art. 12, I, *c*, da Constituição Federal, possibilitando a aquisição da nacionalidade originária aos nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente.

Assim, voltou a ser adotado o critério do *ius sanguinis* somado a um requisito específico (*registro*), qual seja, a necessidade de registro em repartição brasileira competente (Embaixada ou Consulado), independentemente de qualquer outro procedimento subsequente, além do registro, para confirmar a nacionalidade. O assento de nascimento lavrado no exterior por agente consular possui a mesma eficácia jurídica daqueles formalizados no Brasil por oficiais do registro civil das pessoas naturais, não havendo necessidade de qualquer opção, nesta hipótese (*RDA* 116/230).

Com a alteração constitucional trazida pela EC nº 54/07, houve a repristinação dos dispositivos da Lei de Registros Públicos, que voltou a disciplinar situação constitucionalmente permitida.

A EC nº 54/07, ainda em relação à matéria, trouxe norma temporária para regulamentar as situações ocorridas entre 7 de junho de 1994 e 20 de setembro de 2007, acrescentando o art. 95 ao ADCT, de maneira que os nascidos no estrangeiro nesse período, filhos de pai brasileiro ou mãe brasileira, poderão ser registrados em repartição diplomática ou consultar brasileira competente ou em ofício de registro, se vierem a residir na República Federativa do Brasil.

Em relação àqueles nascidos nesse período e que vierem a residir no Brasil, trata-se de *hipótese excepcional e temporária* diferente da *nacionalidade potestativa, por não exigir opção.*

Dessa forma, essa hipótese exige os seguintes requisitos:[19]

- nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou mãe brasileira (*ius sanguinis*);
- pai brasileiro ou mãe brasileira que não estivessem a serviço do Brasil;
- período de nascimento compreendido entre 7 de junho de 1994 e 20 de setembro de 2007;
- fixação de residência *a qualquer tempo*;
- registro em ofício de registro, *não havendo a necessidade de opção*.

6 BRASILEIRO NATURALIZADO

O brasileiro naturalizado é aquele que adquire a nacionalidade brasileira de forma secundária, ou seja, não pela ocorrência de um fato natural, mas por um ato voluntário. A naturalização é o único meio derivado de aquisição de nacionalidade, permitindo-se ao estrangeiro, que detém outra nacionalidade, ou ao apátrida (também denominado *heimatlos*), que não possui nenhuma, assumir a nacionalidade do país em que se encontra, mediante a satisfação de requisitos constitucionais e legais.

Não existe direito público subjetivo à obtenção da naturalização, que se configura ato de soberania estatal, sendo, portanto, ato discricionário do Chefe do Poder Executivo, já tendo, inclusive, o Supremo Tribunal Federal decidido que "não há inconstitucionalidade no preceito que atribui exclusivamente ao Poder Executivo a faculdade de conceder naturalização".[20]

Como bem observa Celso de Mello,

> "a concessão da naturalização é faculdade exclusiva do Poder Executivo. A satisfação das condições, exigências e requisitos legais não assegura ao estrangeiro direito à naturalização. A

> outorga da nacionalidade brasileira secundária a um estrangeiro constitui manifestação de soberania nacional, sendo faculdade discricionária do Poder Executivo".[21]

6.1 Espécies de naturalização

A naturalização, doutrinariamente, poderá ser tácita ou expressa, dividindo-se esta última em ordinária ou extraordinária.

6.1.1 Naturalização tácita ou grande naturalização[22]

O art. 69, § 4º, da Constituição de 24 de fevereiro de 1891, previa serem

> "cidadãos brazileiros os estrangeiros que, achando-se no Brazil aos 15 de novembro de 1889, não declararem, dentro em seis mezes depois de entrar em vigor a Constituição, o animo de conservar a nacionalidade de origem".

Obviamente, essa hipótese de aquisição de nacionalidade foi prevista com um prazo fatal – *seis meses da promulgação da Constituição de 1891* – ao término do qual deixou de produzir efeitos jurídicos. Por tradição constitucional foi sendo mantida nas sucessivas constituições, porém sem qualquer relevância jurídica. Fez bem o legislador constituinte de 1988 ao suprimir sua menção.

Anote-se que citado dispositivo da *naturalização tácita* quando aplicado aos pais, igualmente, acarretava a naturalização dos filhos menores em sua companhia.

6.1.2 Naturalização expressa

É aquela que depende de requerimento do interessado, demonstrando sua manifestação de vontade em adquirir a nacionalidade brasileira. Divide-se em ordinária e extraordinária.

1. Naturalização ordinária

O processo de naturalização deve respeitar os requisitos legais,[23] bem como apresenta características administrativas, uma vez que todo o procedimento até decisão final do Presidente da República ocorre perante o Ministério da Justiça, porém com uma formalidade final de caráter jurisdicional, uma vez que

> "a entrega do certificado de naturalização ao estrangeiro que pretende naturalizar-se brasileiro constitui o momento de efetiva aquisição da nacionalidade brasileira. Este certificado deve ser entregue pelo magistrado competente.[24]
>
> Enquanto não ocorrer tal entrega, o estrangeiro ainda não é brasileiro, podendo, inclusive, ser excluído no território nacional".[25]

Assim, serão considerados brasileiros naturalizados os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, sendo exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral.

Devemos subdividir o estudo da aquisição da nacionalidade ordinária, para melhor compreensão, em três partes:

- estrangeiros, excluídos os originários de países de língua portuguesa;
- estrangeiros originários de países de língua portuguesa,[26] exceto portugueses residentes no Brasil (Angola, Açores, Cabo Verde,

Goa, Guiné-Bissau, Macau, Moçambique, Portugal, Príncipe e Timor Leste);

- os portugueses residentes no Brasil.

A. Estrangeiros, excluídos os originários de países de língua portuguesa

Requisitos: a nova Lei de Migração (Lei nº 13.445, de 24-5-2017), em seu art. 65 prevê os seguintes requisitos:

1. ter capacidade civil, segundo a lei brasileira;
2. ter residência em território nacional, pelo prazo mínimo de 4 (quatro) anos. Esse prazo, porém, poderá ser reduzido para 1 (um) ano se o naturalizando tiver filho brasileiro ou cônjuge/companheiro brasileiro e não estar dele separado legalmente ou de fato no momento de concessão da naturalização ou haver prestado ou poder prestar serviço relevante ao Brasil; ou, ainda, recomendar-se por sua capacidade profissional, científica ou artística;
3. comunicar-se em língua portuguesa, consideradas as condições do naturalizando;
4. não possuir condenação penal ou estiver reabilitado, nos termos da lei.

A simples satisfação dos requisitos não assegura a nacionalização do estrangeiro, uma vez que a concessão da nacionalidade é ato discricionário do Poder Executivo, conforme já visto.

B. Para os originários de países de língua portuguesa, exceto portugueses residentes no Brasil

A Constituição prevê somente dois requisitos para que os originários de países de língua portuguesa adquiram a nacionalidade brasileira, quais

sejam:

1. residência por um ano ininterrupto;
2. idoneidade moral.

O fato de os requisitos serem previstos constitucionalmente não afasta a natureza discricionária do Poder Executivo em conceder ou não a nacionalidade nestes casos.

Além disso, entende-se necessário o requisito da capacidade civil, pois a aquisição da nacionalidade secundária decorre de um *ato de vontade.*

C. Para os portugueses residentes no Brasil

A Constituição, além de garantir aos portugueses, na forma da lei, a aquisição da nacionalidade brasileira, exigindo apenas os requisitos de residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral, prevê a possibilidade de aos portugueses com residência permanente no país, se houver *reciprocidade* em favor de brasileiros, serem atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro naturalizado.

São, portanto, duas hipóteses previstas aos portugueses:

- 1ª – aquisição da nacionalidade brasileira derivada: neste caso seguirá todos os requisitos da naturalização para os originários de países de língua portuguesa (ver item anterior);
- 2ª – aquisição da equiparação com brasileiro naturalizado, sem, contudo, perder a nacionalidade portuguesa (*quase nacionalidade*): o art. 12, § 1º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 7-6-1994, prevê aos portugueses que preencham os requisitos constitucionais, a possibilidade, desde que haja reciprocidade em favor dos brasileiros (cláusula *do ut des*, ou seja, cláusula de *admissão de reciprocidade*),[27] de atribuição dos direitos

inerentes ao brasileiro naturalizado, salvo os previstos na Constituição. O Ministério da Justiça é o órgão com atribuição para o reconhecimento da igualdade de direitos e deveres entre os portugueses equiparados e os brasileiros naturalizados. Ressalte-se que, para o exercício dos direitos políticos, há necessidade de requerimento à Justiça Eleitoral e permanência, no mínimo, de três anos de residência no País. Como ressalta Jorge Miranda,

"com esse regime não se estabelece uma dupla cidadania ou uma cidadania comum luso-brasileira. Os portugueses no Brasil continuam portugueses e os brasileiros em Portugal, brasileiros. Simplesmente, uns e outros recebem, à margem ou para além da condição comum de estrangeiro, direitos que *a priori* poderiam ser apenas conferidos aos cidadãos do país".[28]

2. Naturalização extraordinária ou quinzenária

A previsão de uma hipótese de naturalização extraordinária foi uma inovação na ordem constitucional de 1988. O texto original da CF/88 previa que seriam considerados brasileiros naturalizados os estrangeiros residentes no país há mais de 30 anos (*trintenária*), sem condenação penal, desde que fizessem o requerimento.

Somente se exigiam estes três requisitos, não podendo a lei infraconstitucional ampliá-los:

1. residência fixa no país há mais de trinta anos;
2. ausência de condenação penal;
3. requerimento do interessado.

A Emenda Constitucional de Revisão nº 3/94 alterou o prazo de residência fixa no Brasil exigida, diminuindo-o para 15 (quinze) anos ininterruptos (*quinzenária*). Exigem-se, atualmente, os seguintes requisitos:

1. residência fixa no país há mais de 15 anos;
2. ausência de condenação penal;
3. requerimento do interessado.

A Constituição Federal respeitou a declaração de vontade do interessado, exigindo, expressamente, seu requerimento de nacionalidade.

Discute-se se, excepcionalmente, nessa hipótese inexistiria discricionariedade por parte do Poder Executivo, estando o mesmo vinculado ao requerimento feito pelo interessado.

A expressa previsão constitucional afirmando a aquisição, presentes todos os requisitos, "... *desde que requeiram*...", parece não deixar dúvidas sobre a existência de direito subjetivo por parte daquele que cumprir com as exigências constitucionais, mesmo porque, diferentemente da hipótese de naturalização ordinária, não há referência alguma *à lei*.

É esse o entendimento da doutrina. Celso Bastos diz:

> "A hipótese não comporta discussão administrativa. A utilização do verbo 'requerer' oferece bem a ideia de que se trata do exercício de um direito vinculado a certos pressupostos. Em outras palavras, a incorporação deste direito no patrimônio do naturalizado é automática. Falta-lhes, é certo, o requerimento. Mas sobrevindo este, não podem as autoridades negar-lhe a naturalização sob fundamento de ser necessário cumprir qualquer outro pressuposto."[29]

Da mesma forma se manifesta José Afonso da Silva, para quem essa hipótese "é uma prerrogativa à qual o interessado tem direito subjetivo, preenchidos os pressupostos".[30] João Grandino Rodas[31] e Jacob Dolinger afirmam a criação de "uma nova figura de naturalização constitucional, independentemente do poder discricionário do Estado".[32]

Por fim, ressalte-se, em relação ao prazo de 15 anos, que a ausência temporária do estrangeiro do território brasileiro "não significa que a residência não foi contínua, pois há que distinguir entre residência contínua e permanência contínua".[33]

6.2 Radicação precoce e curso superior

A Constituição anterior (CF/67, art. 145, II, *b*, 1 e 2) previa expressamente outras duas hipóteses de aquisição da nacionalidade secundária: *radicação precoce* e *conclusão de curso superior*.

Assim, também eram considerados brasileiros naturalizados os nascidos no estrangeiro, que hajam sido admitidos no Brasil durante os primeiros cinco anos de vida, estabelecidos definitivamente no território nacional, que para preservar a nacionalidade brasileira deveriam manifestar-se por ela, inequivocadamente, até dois anos após atingir a maioridade (*radicação precoce*); e os nascidos no estrangeiro que, vindo a residir no país antes de atingida a maioridade, fizessem curso superior em estabelecimento nacional e tivessem requerido a nacionalidade até um ano depois da formatura (*conclusão de curso superior*).

As hipóteses da radicação precoce e conclusão de curso superior deixaram de constar no texto constitucional em virtude da desnecessidade de especificar hipóteses casuísticas, que devem ficar a cargo do legislador ordinário. O fato de deixarem de figurar no Texto Maior, porém, não impediu que continuassem a existir como hipóteses legais de aquisição da nacionalidade secundária, uma vez que a Lei nº 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro), nesse aspecto, foi recepcionada pelo art. 12, II, *a* (*são brasileiros naturalizados os que na forma da lei...*) e pelo art. 22, XIII (*compete privativamente à União legislar sobre nacionalidade, cidadania e naturalização*) ambos da Carta Magna.[34]

A Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017) não repetiu a *radicação precoce* e a *conclusão de curso superior* como possibilidades de aquisição de nacionalidade secundária, porém, nos termos dos artigos 12, II, e 22, XIII, da Constituição Federal, previu outras duas novas hipóteses: *naturalização especial e provisória*, respectivamente nos artigos 68 e 70 da citada lei.

A *naturalização especial* será possível quando o estrangeiro tiver capacidade civil, segundo a lei brasileira; para comunicar-se em língua portuguesa e não possuir condenação penal ou estiver reabilitado, nos termos da lei, desde que sua situação pessoal se enquadre em uma das seguintes hipóteses:

- seja cônjuge ou companheiro, há mais de 5 (cinco) anos, de integrante do Serviço Exterior Brasileiro em atividade ou de pessoa a serviço do Estado brasileiro no exterior; ou
- seja ou tenha sido empregado em missão diplomática ou em repartição consular do Brasil por mais de 10 (dez) anos ininterruptos.

Por sua vez, a *naturalização provisória* poderá ser concedida ao migrante criança ou adolescente que tenha fixado residência em território nacional antes de completar 10 (dez) anos de idade e deverá ser requerida por intermédio de seu representante legal; podendo ser convertida em definitiva se o naturalizando expressamente assim o requerer no prazo de 2 (dois) anos após atingir a maioridade.

7 TRATAMENTO DIFERENCIADO ENTRE BRASILEIRO NATO E NATURALIZADO

A Constituição Federal, em virtude do princípio da igualdade, determina que a lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos

e naturalizados. Portanto, as únicas hipóteses de tratamento diferenciado são as quatro constitucionais: *cargos, função, extradição* e *propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens*.

As exceções constitucionais têm natureza histórica, como salienta Ilmar Penna Marinho:

> "... devido, entretanto, aos abusos cometidos por indivíduos naturalizados, com a espantosa facilidade das antigas leis sobre a nacionalidade e devido, sobretudo, à atividade nociva e subversiva desses elementos, os Estados, em suas legislações modernas, não só dificultaram a outorga da naturalização, exigindo uma série de requisitos e um estágio de residência mais longo, porém, tornaram, ainda, exclusivo dos nacionais natos o gozo de certas prerrogativas, outrora concedidas indistintamente".[35]

7.1 Brasileiro nato e naturalizado – diferenças

Cargos	art. 12, § 3º
Função	art. 89, VII
Extradição	art. 5º, LI
Direito de propriedade	art. 222

7.2 Cargos

Como salienta Pontes de Miranda,

> "alguns cargos a Constituição considerou privativos de brasileiros natos. A *ratio legis* está em que seria perigoso que

> interesses estranhos ao Brasil fizessem alguém naturalizar-se brasileiro, para que, em verdade, os representasse".[36]

Nesta esteira, o legislador constituinte fixou dois critérios para a definição dos cargos privativos aos brasileiros natos: a chamada *linha sucessória* e a *segurança nacional*.

Assim, em relação à *linha sucessória*, temos que o art. 79 da Constituição Federal prevê que substituirá o Presidente, no caso de impedimento, e suceder-lhe-á, na vaga, o Vice-presidente. Da mesma forma, no art. 80, temos a determinação de que em caso de impedimento do Presidente e do Vice-presidente, ou vacância dos respectivos cargos, serão sucessivamente chamados ao exercício da presidência o presidente da Câmara dos Deputados; o do Senado Federal e o do Supremo Tribunal Federal (cuja presidência pode ser ocupada por qualquer dos Ministros).

No tocante à *segurança nacional*, devemos ter em mente as funções exercidas pelos diplomatas e oficiais das Forças Armadas, que em virtude de suas posições estratégicas nos negócios do Estado, mereceram maior atenção por parte do legislador constituinte.

Assim, são privativos de brasileiro nato os cargos: de Presidente e Vice-presidente da República; de Presidente da Câmara dos Deputados; de Presidente do Senado Federal, de Ministro do Supremo Tribunal Federal; da carreira diplomática; de oficial das Forças Armadas e de Ministro de Estado da Defesa.[37]

Apesar desta previsão constitucional em relação à carreira diplomática, ressalte-se que não há impedimento em relação ao brasileiro naturalizado ocupar o cargo de Ministro das Relações Exteriores, uma vez que o art. 87 da Constituição Federal não exige a condição de brasileiro nato aos ocupantes de cargos de ministros de Estado, salvo em relação ao titular do Ministério de Estado da Defesa, em virtude da redação dada pela EC nº 23, promulgada em 2-9-1999.

Houve, portanto, redução dos cargos privativos de brasileiros natos, em relação à constituição anterior, que exigia essa condição aos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, ministros de Estado, ministros do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal Militar, do Tribunal Superior Eleitoral, do Tribunal Superior do Trabalho, do Tribunal Federal de Recursos, do Tribunal de Contas da União, Procurador-Geral da República, senador e deputado federal, Governador do Distrito Federal, Governador e Vice-governador de Estado e Território e seus substitutos, os de Embaixador e os das carreiras diplomáticas, de oficial da Marinha, do Exército e da Aeronáutica (CF/67, art. 145, parágrafo único).

A enumeração do texto é taxativa, não permitindo qualquer ampliação por meio de legislação ordinária.

7.3 Função

A Constituição Federal, igualmente diferenciando o brasileiro nato do naturalizado, *reserva* aos primeiros (natos), seis assentos no Conselho da República.

O Conselho da República é órgão superior de consulta do Presidente da República, e dele participam: o Vice-Presidente da República; o Presidente da Câmara dos Deputados; o Presidente do Senado Federal; os líderes da maioria e da minoria na Câmara dos Deputados, os líderes da maioria e da minoria no Senado Federal; o Ministro da Justiça; *seis cidadãos brasileiros natos*, com mais de 35 anos de idade, sendo dois nomeados pelo Presidente da República, dois eleitos pelo Senado Federal e dois eleitos pela Câmara dos Deputados, todos com mandato de três anos, vedada a recondução.

Note-se que tanto o brasileiro nato quanto o naturalizado têm acesso ao Conselho da República, porém esse sofre algumas restrições, pois, além das funções previstas para detentores de cargos exclusivos do brasileiro nato

(Vice-Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados e do Senado Federal), a Constituição, reitere-se, reserva *seis* lugares nesse Conselho para *cidadãos brasileiros natos.*

O brasileiro naturalizado, porém, poderá fazer parte do Conselho da República, como líder da maioria e da minoria na Câmara dos Deputados e no Senado Federal ou como Ministro da Justiça.

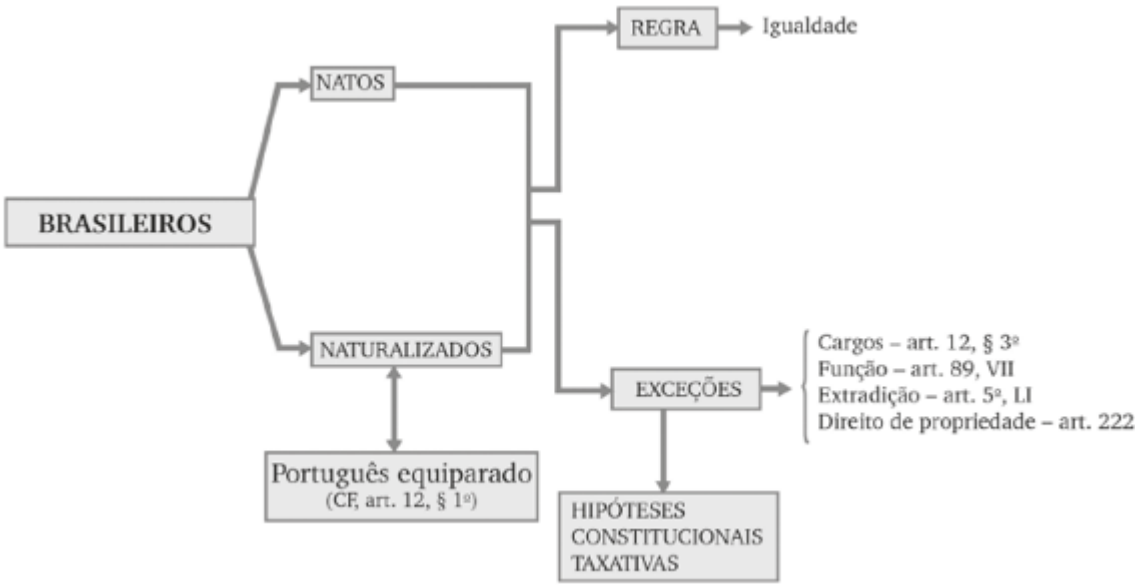
7.4 Extradição

O tema referente à extradição, inclusive sob o aspecto diferenciador entre brasileiro nato e naturalizado, foi exaustivamente tratado no capítulo destinado aos direitos e garantias individuais.

7.5 Direito de propriedade/manifestação de pensamento/informação

A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no país.[38]

Dessa forma, a Constituição não exclui o brasileiro naturalizado dessa hipótese, tão somente lhe exige contar com mais de 10 anos de naturalização.



8 PERDA DO DIREITO DE NACIONALIDADE

A perda da nacionalidade só pode ocorrer nas hipóteses taxativamente previstas na Constituição Federal, sendo absolutamente vedada a ampliação de tais hipóteses pelo legislador ordinário, e será declarada quando o brasileiro:[39]

- tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional (*ação de cancelamento de naturalização*);
- adquirir outra nacionalidade (*naturalização voluntária*), salvo nos casos:[40]
  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.

A Constituição de 1988 suprimiu uma terceira hipótese prevista anteriormente (CF/67-69, art. 146, II), pela qual perderia a nacionalidade o brasileiro que, sem licença do Presidente da República, aceitasse comissão, emprego ou pensão de governo estrangeiro. Aqueles que tiverem perdido a nacionalidade brasileira em decorrência deste fato terão direito de readquiri-la com efeitos retroativos (*ex tunc*).

Por fim, apesar da ausência de previsão expressa da constituição, também haverá possibilidade de perda da nacionalidade, quando essa foi adquirida com fraude à lei, nos termos da legislação civil ordinária. Verifica-se essa possibilidade, por exemplo, quando a aquisição da nacionalidade incidir em um dos vícios de consentimento previstos pela legislação civil.[41] Como destaca Jacob Dolinger:

> "O Constituinte de 1988 entendeu que a fraude às leis sobre aquisição da nacionalidade equivale a qualquer outra fraude, podendo ficar sob a égide da lei ordinária, dizendo o Constituinte João Hermann Neto, em seu Relatório dos Trabalhos da Subcomissão Temática, que "não mencionou o parágrafo único do art. 146 que se refere à anulação por decreto do Chefe do Estado de aquisição de nacionalidade obtida em fraude à lei, que certamente virá a constar da legislação ordinária."[42]

8.1 Ação de cancelamento de naturalização

Esta hipótese de perda da nacionalidade,[43] também conhecida como *perda-punição*, somente se aplica, obviamente, aos brasileiros naturalizados.

São previstos dois requisitos para que o brasileiro naturalizado perca sua nacionalidade, por meio de ação de cancelamento:

- *prática de atividade nociva ao interesse nacional;*

- *cancelamento por sentença judicial com trânsito em julgado.*

A ação é proposta pelo Ministério Público Federal, que imputará ao brasileiro naturalizado a prática de atividade nociva ao interesse nacional. Não há, porém, uma tipicidade específica na lei que preveja quais são as hipóteses de *atividade nociva ao interesse nacional*, devendo haver uma interpretação por parte do Ministério Público no momento da propositura da ação e do Poder Judiciário ao julgá-la.

A Lei de Migração prevê que o risco de geração de situação de apatridia deve ser levado em consideração antes da efetivação da perda da nacionalidade.

Os efeitos da sentença judicial que decreta a perda da nacionalidade são *ex nunc*, ou seja, não são retroativos, somente atingindo a relação jurídica indivíduo-Estado após seu trânsito em julgado.

Por fim, entendemos que uma vez perdida a nacionalidade somente será possível readquiri-la por meio de ação rescisória e nunca por novo procedimento de naturalização, pois estar-se-ia burlando a previsão constitucional.

A Lei de Migração, contudo, estabeleceu, em seu art. 76, que o brasileiro que, em razão do previsto no inciso II do § 4º do art. 12 da Constituição Federal, houver perdido a nacionalidade, uma vez cessada a causa, poderá readquiri-la ou ter o ato que declarou a perda revogado, na forma definida pelo órgão competente do Poder Executivo.

8.2 Naturalização voluntária

8.2.1 Regra constitucional

A segunda hipótese de perda da nacionalidade, também conhecida como *perda-mudança*, é aplicável tanto aos brasileiros natos quanto aos

naturalizados. O brasileiro, em regra, perderá sua nacionalidade quando, *voluntariamente*, adquirir outra nacionalidade. Diferentemente da previsão anterior, nesta hipótese não haverá necessidade de processo judicial, pois a perda da nacionalidade será decretada por meio de processo administrativo e oficializada mediante Decreto do Presidente da República, garantida a ampla defesa.[44]

São necessários três requisitos para que a previsão constitucional seja levada a termo:

- *voluntariedade da conduta;*[45]
- *capacidade civil do interessado;*
- *aquisição da nacionalidade estrangeira*.[46]

A mera formalização, perante o Estado estrangeiro, de pedido que vise à obtenção de sua nacionalização, não gera, por si só, a perda da nacionalidade, que supõe efetiva aquisição da nacionalidade estrangeira.

A perda será efetivada por meio de um procedimento administrativo no Ministério da Justiça.

Os efeitos do Decreto Presidencial que estabelece a perda da nacionalidade são *ex nunc*, ou seja, não são retroativos, atingindo somente a relação jurídica indivíduo-Estado após sua edição.

O brasileiro nato ou naturalizado, que perde esta condição, em virtude do art. 12, § 4º, II, da Constituição Federal, poderá readquiri-la, por meio dos procedimentos previstos de naturalização.

Mesmo na hipótese do brasileiro nato que se vê privado da nacionalidade originária, tornando-se, pois, estrangeiro, somente poderá haver a reaquisição sob forma derivada, mediante processo de naturalização, tornando-se *brasileiro naturalizado*.[47]

8.2.2 Exceções constitucionais

A Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 7-6-1994, expressamente, passou a admitir duas hipóteses de *dupla ou múltipla nacionalidade*. Dessa forma, não será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que, apesar de adquirir outra nacionalidade, incidir em uma das seguintes hipóteses constitucionais:

Reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira. Assim, não perderá a nacionalidade o brasileiro que teve reconhecida outra nacionalidade por Estado estrangeiro, originariamente, em virtude do *ius sanguinis.* Por exemplo: é o caso da Itália que reconhece aos descendentes de seus nacionais a cidadania italiana. Os brasileiros descendentes de italianos que adquirem aquela nacionalidade, por meio do simples processo administrativo, não perderão a nacionalidade brasileira, uma vez que se trata de mero reconhecimento de nacionalidade originária italiana, em virtude do vínculo sanguíneo. Ostentarão, pois, dupla nacionalidade.

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. Em relação à interpretação do art. 12, § 4º, II, *b*, da Constituição Federal, é importante citar a decisão do Ministro da Justiça Nelson Jobim, que adota integralmente o parecer da Drª Sandra Valle, Secretária de Justiça, "no sentido de que a perda da nacionalidade brasileira não deve ocorrer quando a aquisição da outra nacionalidade decorrer de imposição da norma estrangeira".[48] Trata-se de hipótese em que uma brasileira adquiriu, por naturalização, a nacionalidade norte-americana, tendo sido instaurada contra ela processo de perda de nacionalidade brasileira, pelo Consulado Geral do Brasil em New York. Ocorre que a brasileira trabalhava nos Estados Unidos desde o ano de 1975, tendo concluído curso de mestrado jurídico naquele país, além de ter contraído casamento com nacional americano, e necessitou adquirir a nacionalidade americana para seguir a carreira de promotora assistente da Promotoria de Justiça Federal dos Estados Unidos. Além disso, sua

condição de estrangeira inviabilizaria eventual herança deixada por seu marido norte-americano, em face da excessiva tributação. Entendeu-se que a norma constitucional procura, “assim, preservar a nacionalidade brasileira daquele que, por motivos de trabalho, acesso aos serviços públicos, fixação de residência etc., praticamente se vê obrigado a adquirir a nacionalidade estrangeira, mas que, na realidade, jamais teve a intenção ou a vontade de abdicar de cidadania originária”, concluindo que “a perda só deve ocorrer nos casos em que a vontade do indivíduo é de, efetivamente, mudar de nacionalidade, expressamente demonstrada”.

[1] CARVALHO, Aluísio Dardeau de. *Nacionalidade e cidadania*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. p. 11.

[2] CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 2, p. 159.

[3] CARVALHO, Aluísio Dardeau de. *Nacionalidade e...* Op. cit. p. 7.

[4] STF – Ext. 1.121, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 18-12-2009, Plenário, *DJE* de 25-6-2010.

[5] STF – Pleno – HC nº 83113/DF – questão de ordem – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 29 ago. 2003, p. 20.

[6] REZEK, Francisco. Nacionalidade em lei ordinária: uma questão constitucional. *Revista de Direito Público*, nº 65/86, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

[7] Cf. nesse sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 45.

[8] REZEK, Francisco. A nacionalidade à luz da obra de Pontes de Miranda. *RF* 263/7.

[9] RODAS, João Grandino. *A nacionalidade da pessoa física*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 40-47, 1991. Citando, inclusive, farta jurisprudência sobre a *opção* na vigência da constituição anterior.

[10] "Compete à Justiça Federal a apreciação de pedido de transcrição do termo de nascimento de menor nascida no estrangeiro, filha de mãe brasileira que não estava a serviço do Brasil, por consubstanciar opção provisória de nacionalidade a ser ratificada após alcançada a maioridade (arts. 12, I, *c* e 109, X, da CF)" (STJ Conflito de competência nº 18.074/DF – Rel. Min. César Asfor Rocha, *Diário da Justiça*, Seção I, 17 nov. 1997, p. 59.399).

[11] Nesse sentido, entendeu o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, indeferir o pedido de extradição em face de ocorrência de opção perante a Justiça Federal, durante sua tramitação: "Sustentação de fato novo consistente na sua opção pela nacionalidade originária brasileira, deduzida na Justiça Federal da Seção Judiciária do Estado da Bahia, tendo sido deferida por sentença... Sentença, na opção de nacionalidade, transitada em julgado. 8. Inviável, diante do preceito constitucional (art. 5º, LI), atender à súplica do Governo requerente. 9. Pedido de extradição indeferido" (STF – Pleno – Extradição nº 778-5/República

Argentina – Rel. Min. Néri da Silveira – *Diário da Justiça*, Seção 1, 20 abr. 2001, p. 105).

[12] STF – 2ª T. – Rextr. nº 418.096/RS – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 22 abr. 2005, e *Informativo STF* nº 384.

[13] STF – 1ª T. – Rextr. nº 415.957/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 23-8-2005 – *Informativo STF* nº 398, p. 2.

[14] Deputado Nelson Jobim, Congresso Revisor – Relatoria da Revisão Constitucional – *Pareceres produzidos (histórico)*, Senado Federal, Tomo I, Brasília – 1994, p. 36.

[15] Cf. Lei nº 13.445/2017 (Lei de Migração).

[16] Deputado Nelson Jobim, Congresso Revisor – Relatoria da Revisão Constitucional – *Pareceres produzidos* (*histórico*), Senado Federal, Tomo I, Brasília – 1994. p. 28-37.

[17] Neste sentido: BASTOS, Celso. *Emendas à Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 67.

[18] No sentido da impossibilidade de criação de hipótese aquisitiva de nacionalidade originária pela lei: DOLINGER, Jacob. *Comentários*... Op. cit. p. 141; BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Op. cit. v. 2, p. 550; SILVA, José Afonso. *Curso...* Op. cit. p. 290; COSTA, A. Mesquita da. Parecer. *RDA* 82/350. Contra o sentido do texto, Georgette Nazo (*Folha de S. Paulo*, 23 abr. 1995, p. 3-2) afirmou, em relação à supressão determinada pela ECR nº 3/94, que: "Se não foi proibido, é permitido ... depois quando a pessoa atingir a maioridade faz a opção."

[19] Cf. Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017).

[20] *RDA* 20/313.

[21] MELLO FILHO, José Celso. *Constituição...* Op. cit. p. 404.

[22] CHAVES, Antonio. Grande naturalização. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 14/77, 1970. O autor, nesta obra, elabora minucioso estudo sobre naturalização tácita (*grande naturalização*).

[23] Lei de Migração – Lei Federal nº 13.445, de 24-5-2017.

[24] CF, art. 109, X – Justiça Federal.

[25] STF, Pleno, HC 62.795-1-SP, Rel. Min. Rafael Mayer, v.u., *DJU*, 22 mar. 1985, p. 3.623. Conforme ressaltado pelo Ministro da Justiça, ao analisar o art. 119 da Lei nº 6.815/80, "importante é registrar que a aquisição da nacionalidade só se completa com a entrega do certificado, quando começará a produzir efeitos" (*Guia*

prático para orientação a estrangeiros no Brasil. Brasília: Imprensa Nacional, 1997. p. 27).

[26] TEMER, Michel. *Constituição e política*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 16.

[27] V. Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre Brasileiros e Portugueses, assinada em 7-9-1971 e ratificada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 82, de 24-11-1971, tendo sido promulgada pelo Decreto nº 70.391, de 12-4-1972. Posteriormente substituído pelo Decreto nº 3.927, de 19-9-2001, que promulgou o Tratado de Cooperação, Amizade e Consulta Brasil/Portugal. Em Portugal foi ratificada pelo Decreto Legislativo nº 126/72.

[28] MIRANDA, Jorge. Op. cit. p. 144-145. t. III.

[29] BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Op. cit. v. 2, p. 558.

[30] SILVA, José Afonso. *Curso...* Op. cit. p. 294. No mesmo sentido: MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. Op. cit. p. 331.

[31] RODAS, João Grandino. *A nacionalidade da...* Op. cit. p. 51.

[32] DOLINGER, Jacob. *Comentários...* Op. cit. p. 146.

[33] STF – Pleno – Agravo nº 32.074-DF, Rel. Min. Hermes Lima, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 maio 1965, p. 933.

[34] Conforme se verifica em publicação oficial do Ministério da Justiça, a hipótese de radicação precoce continuou com plena eficácia e "se dirige a estrangeiro admitido no Brasil, durante os primeiros 5 (cinco) anos de vida, estabelecido definitivamente no território nacional, se a requerer, enquanto menor, por intermédio de seu representante legal. Essa naturalização se tornará definitiva se o titular do certificado provisório, até 2 (dois) anos após atingir a maioridade, confirmar expressamente, perante o Ministro da Justiça, a intenção de continuar brasileiro (*Guia prático para orientação a estrangeiros no Brasil.* Brasília: Imprensa Nacional, 1997. p. 25).

[35] MARINHO, Ilmar Penna. *Tratamento sobre a nacionalidade*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1956. v. 1, p. 70.

[36] MIRANDA, Pontes de. *Comentários...* Op. cit. p. 509. t. 4.

[37] Este último cargo privativo de brasileiros natos foi acrescentado pela EC nº 23, promulgada em 2-9-1999.

[38] A possibilidade de a pessoa jurídica ser proprietária foi introduzida pela EC nº 36, de 28 de maio de 2002, que, porém, exige que pelo menos 70% do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverão pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou

naturalizados há mais de 10 anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação.

[39] Conferir a Lei de Migração.

[40] Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 7-6-1994.

[41] Verifica-se essa possibilidade, por exemplo, quando a aquisição da nacionalidade incidir em um dos vícios de consentimento previstos pela legislação civil. Cf. a respeito das características dos vícios de consentimento: SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. *Direito civil*: parte geral. São Paulo: Atlas, 1998. p. 67 ss.

[42] DOLINGER, Jacob. *Comentários...* Op. cit. p. 163. v. 2.

[43] V. art. 75 da Lei de Migração (Lei nº 13.445/17).

[44] Após a decretação da perda da nacionalidade, a Justiça Eleitoral será comunicada para efeito de efetivação da automática perda dos direitos políticos. Cf. TSE – Pleno – Processo DP nº 2.410/01 – CGE/DF – Protocolo: 14.921/01, Rel. Min. Garcia Vieira, *Diário da Justiça*, Seção I, 10 out. 2001, p. 95; TSE – Pleno – Processo DP nº 2.418/01 – CGE/DF – Protocolo: 14.920/01, *Diário da Justiça*, Seção I, 10 out. 2001, p. 95; TSE – Pleno – Processo DP nº 2.397/01 – CGE/DF – Protocolo: 14.939/01, Rel. Min. Garcia Vieira, *Diário da Justiça*, Seção I, 10 out. 2001, p. 95.

[45] Conferir nesse sentido: "A hipótese constitucional do art. 12, § 4º, *b*, em nada se confunde com a situação vivida pelo agravante, que consistiu em clara opção pela adoção de nova cidadania, não ocorrendo a imposição de naturalização pela norma estrangeira. II – Eventual lentidão do Departamento de Estado estrangeiro não equivale à imposição de naturalização pela norma estrangeira como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis" (STF – 2ª T. – MS 36359 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 18-2-2020).

[46] STF – Pleno – MS 33.864/DF – Rel. Min. Roberto Barroso, 19-4-2016.

[47] No sentido do texto: CARVALHO, Aluísio Dardeau de. *Nacionalidade e...* Op. cit. p. 288; MELLO FILHO, José Celso. *Constituição...* Op. cit. p. 406; MIRANDA, Pontes de. *Comentários...* Op. cit. p. 541; FERREIRA, Pinto. *Comentários...* Op. cit. v. 1, p. 282; REZEK, Francisco. A nacionalidade à luz da obra de Pontes de Miranda. *RF*, 263/7; DOLINGER, Jacob. *Comentários...* Op. cit. p. 164. **Contra**, entendendo que a reaquisição da nacionalidade (*ex nunc*) poderia ocorrer por decreto do Presidente da República, na vigência do art. 36 da Lei nº 818/49, desde que o ex-brasileiro esteja domiciliado no território nacional. Assim, se a

condição originária era de brasileiro nato, voltará a ostentá-la, se por contrário, fosse brasileiro naturalizado, retornará a esta situação: SILVA, José Afonso. *Curso...* Op. cit. p. 297; VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980. p. 160; MARINHO, Ilmar Penna. *Tratado do estrangeiro no Brasil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1909. p. 867.

[48] Despacho do Ministro da Justiça Nelson Jobim, 4-8-1995, processo nº 08000.009836/93-08, adotando integralmente o parecer da Drª Sandra Valle, Secretária de Justiça.



Direitos Políticos 7

1 CONCEITO

É o conjunto de regras que disciplina as formas de atuação da soberania popular, conforme preleciona o *caput* do art. 14 da Constituição Federal. São direitos públicos subjetivos que investem o indivíduo no *status activae civitatis*, permitindo-lhe o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, de maneira a conferir os atributos da cidadania. Tradicional a definição de Pimenta Bueno:

> "...prerrogativas, atributos, faculdades, ou poder de intervenção dos cidadãos ativos no governo de seu país, intervenção direta ou indireta, mais ou menos ampla, segundo a intensidade do gozo desses direitos. São o *Jus Civitatis*, os direitos cívicos, que se referem ao Poder Público, que autorizam o cidadão ativo a participar na formação ou exercício da autoridade nacional, a exercer o direito de vontade ou eleitor, o direito de deputado ou senador, a ocupar cargos políticos e a manifestar suas opiniões sobre o governo do Estado".[1]

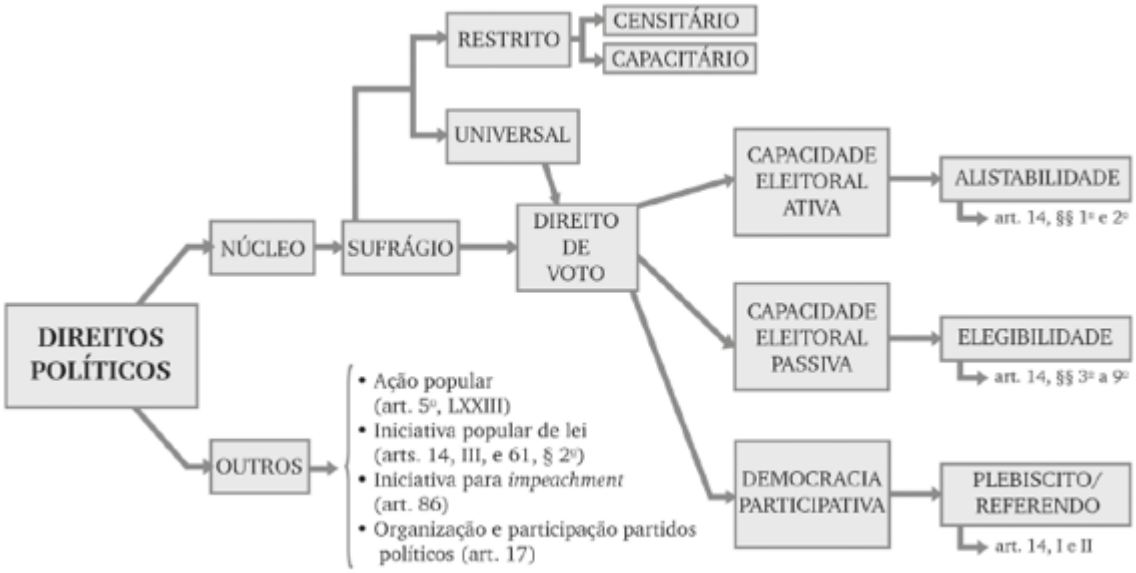
Tais normas constituem um desdobramento do princípio democrático inscrito no art. 1º, parágrafo único, que afirma todo o poder emanar do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente.[2]

2 DIREITOS POLÍTICOS

A soberania popular, conforme prescreve o art. 14, *caput*, da Constituição Federal, será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos e, nos termos da lei,[3] mediante: plebiscito; referendo; iniciativa popular. Podemos, igualmente, incluir como exercício da soberania e pertencente aos direitos políticos do cidadão: ajuizamento de ação popular e organização e participação de partidos políticos.

Assim, são direitos políticos:

- direito de sufrágio;
- alistabilidade (direito de votar em eleições, plebiscitos e referendos);
- elegibilidade;
- iniciativa popular de lei;
- ação popular;
- organização e participação de partidos políticos.



3 NÚCLEO DOS DIREITOS POLÍTICOS – DIREITO DE SUFRÁGIO

3.1 Conceituação

O direito de sufrágio é a essência do direito político, expressando-se pela capacidade de eleger e de ser eleito. Assim, o direito de sufrágio apresenta-se em seus dois aspectos:

- capacidade eleitoral ativa (direito de votar – *alistabilidade*)
- capacidade eleitoral passiva (direito de ser votado – *elegibilidade*).

É importante ressaltar que os direitos políticos compreendem o direito de sufrágio, como seu núcleo, e este, por sua vez, compreende o direito de voto.

Como explica José Afonso da Silva,

> "as palavras sufrágio e voto são empregadas comumente como sinônimos. A Constituição, no entanto, dá-lhes sentidos diferentes, especialmente, no seu artigo 14, por onde se vê que o sufrágio é universal e o voto é direto e secreto e tem valor igual. A palavra voto é empregada em outros dispositivos, exprimindo a vontade num processo decisório. Escrutínio é outro termo com que se confundem as palavras sufrágio e voto. É que os três se inserem no processo de participação do povo no governo, expressando: um, o direito (sufrágio), outro, o seu exercício (o voto), e o outro, o modo de exercício (escrutínio)".[4]

O *sufrágio* "é um direito público subjetivo de natureza política, que tem o cidadão de eleger, ser eleito e de participar da organização e da

atividade do poder estatal".

Dessa forma, por meio do sufrágio o conjunto de cidadãos de determinado Estado escolherá as pessoas que irão exercer as funções estatais, mediante o sistema representativo existente em um regime democrático.

3.2 Classificação

A doutrina classifica o sufrágio, em virtude de sua abrangência, em *universal* ou *restrito* (*qualificativo*).

O sufrágio é *universal* quando o direito de votar é concedido a todos os nacionais, independentemente de fixação de condições de nascimento, econômicas, culturais[5] ou outras condições especiais, não padecendo, como relembra Pedro Henrique Távora Niess,

> "do mal da discriminação, pois é conferido pela Constituição brasileira independentemente de solicitação econômica, qualificação pessoal ou qualquer outra exigência, não obstante condicionado ao preenchimento de certos requisitos, como é necessário".

Ressalte-se que a existência de requisitos de forma (necessidade de alistamento eleitoral) e fundo (nacionalidade, idade mínima, por exemplo), não retiram a universalidade do sufrágio.

O sufrágio, por outro lado, será *restrito* quando o direito de voto é concedido em virtude da presença de determinadas condições especiais possuídas por alguns nacionais. O sufrágio *restrito* poderá ser *censitário*, quando o nacional tiver que preencher qualificação econômica[6] (renda, bens etc.), ou *capacitário*, quando necessitar apresentar alguma característica especial (natureza intelectual, por exemplo).

4 CAPACIDADE ELEITORAL ATIVA

A capacidade eleitoral ativa consiste em forma de participação da pessoa na democracia representativa, por meio da escolha de seus mandatários.

O direito de voto é o ato fundamental para o exercício do direito de sufrágio e manifesta-se tanto em eleições quanto em plebiscitos e referendos.

A aquisição dos direitos políticos faz-se mediante alistamento, que é condição de elegibilidade, assim, a qualificação de uma pessoa, perante o órgão da Justiça Eleitoral, inscrevendo-se como eleitor, garante-lhe o direito de votar.

No Brasil, o alistamento eleitoral depende da iniciativa do nacional que preencha os requisitos, não havendo inscrição *ex officio* por parte da autoridade judicial eleitoral.

O alistamento eleitoral consiste em procedimento administrativo, instaurado perante os órgãos competentes da Justiça Eleitoral, visando à verificação do cumprimento dos requisitos constitucionais e das condições legais necessárias à inscrição como eleitor.

O alistamento eleitoral e o voto são obrigatórios para os maiores de 18 anos; e facultativos para os analfabetos, os maiores de 70 anos e os maiores de 16 e menores de 18 anos. Apesar da obrigatoriedade do alistamento eleitoral nessas hipóteses, o Supremo Tribunal Federal, apontando "aparente ofensa aos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade", entendeu a *desnecessidade* da apresentação do título de eleitor no dia da votação, afirmando que "somente a ausência de documento oficial de identidade com fotografia trará obstáculo ao exercício do direito de voto", ou seja, "que a apresentação do título de eleitor, nos moldes estabelecidos hoje, não ofereceria garantia de lisura nesse momento crucial de revelação da vontade do eleitorado e que as experiências das últimas eleições

demonstrariam maior confiabilidade na identificação aferida com base em documentos oficiais de identidade com foto".[7]

Observe-se que nossa Corte Suprema manteve a obrigatoriedade do alistamento eleitoral como requisito para o exercício do voto, porém, dispensou seu porte obrigatório no dia da eleição, podendo ser substituído por documento oficial de identidade com fotografia.

Além disso, a constituição determina que não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.

O conceito de conscrito estende-se aos médicos, dentistas, farmacêuticos e veterinários que prestam serviço militar obrigatório a teor da Lei nº 5.292/67, com as alterações das Leis nºs 7.264, de 1984, e 12.336, de 2010. Também aos que prestam serviço militar na condição de prorrogação de engajamento incidem restrições da Constituição Federal, com base no art. 14, § 2º.[8]

Em relação aos índios, decidiu o Tribunal Superior Eleitoral que

> "a atual ordem constitucional, ao ampliar o direito à participação política dos cidadãos, restringindo o alistamento somente aos estrangeiros e aos conscritos, enquanto no serviço militar obrigatório, e o exercício do voto àqueles que tenham suspensos seus direitos políticos, assegurou-os, em caráter facultativo, a todos os indígenas, independentemente da categorização estabelecida na legislação especial infraconstitucional anterior, observadas as exigências de natureza constitucional e eleitoral pertinentes à matéria, como a nacionalidade brasileira e a idade mínima", exigindo que "para o ato de alistamento, faculta-se aos indígenas que não disponham do documento de registro civil de nascimento a apresentação do congênere administrativo expedido pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI)".[9]

5 DIREITO DE VOTO

O direito de sufrágio, no tocante ao direito de eleger (capacidade eleitoral ativa) é exercido por meio do direito de voto, ou seja, o direito de voto é o *instrumento* de exercício do direito de sufrágio.

5.1 Natureza do voto

O voto é um direito público subjetivo, sem, contudo, deixar de ser uma função política e social de soberania popular na democracia representativa. Além disso, aos maiores de 18 e menores de 70 anos é um dever, portanto, obrigatório.

Assim, a natureza do voto também se caracteriza por ser um dever sociopolítico, pois o cidadão tem o dever de manifestar sua vontade, por meio do voto, para a escolha de governantes em um regime representativo.

5.2 Caracteres do voto

O voto, que será exercido de forma *direta*, apresenta diversas características constitucionais: *personalidade, obrigatoriedade, liberdade, sigilosidade, igualdade, periodicidade*.

PERSONALIDADE: o voto só pode ser exercido pessoalmente. Não há possibilidade de se outorgar procuração para votar. A identidade do eleitor é verificada pela exibição do título de eleitor ou qualquer documento oficial com fotografia.[10] Não há necessidade da apresentação conjunta de documentos de identificação, pois, como decidiu o STF, "com a imposição da apresentação dos dois documentos, alguns eleitores, regularmente alistados, seriam alijados de participar do processo eleitoral caso não estivessem portando o título eleitoral no dia da votação, com eventuais reflexos na soberania popular (CF, art. 14) e no processo democrático".[11]

A personalidade é essencial para se verificar a sinceridade e autenticidade do voto.

OBRIGATORIEDADE FORMAL DO COMPARECIMENTO: em regra, existe a obrigatoriedade do voto, salvo aos maiores de 70 anos e aos menores de 18 e maiores de 16. Consiste em obrigar o cidadão ao comparecimento às eleições, assinando uma folha de presença e votando, havendo inclusive uma sanção (multa) para sua ausência. Em virtude, porém, de sua característica de secreto, não se pode exigir que o cidadão, efetivamente, vote.

LIBERDADE: manifesta-se não apenas pela preferência a um candidato entre os que se apresentam, mas também pela faculdade até mesmo de depositar uma cédula em branco na urna ou em anular o voto. Essa liberdade deve ser garantida, e, por esta razão, a obrigatoriedade já analisada não pode significar senão o comparecimento do eleitor, o voto e a assinatura da folha individual de votação. Como salienta Pedro Henrique Távora Niess,

> "em defesa da prevalência dessa liberdade, não passível de elisão pela renúncia – que a afetaria na essência, tornando-a extremamente vulnerável –, é que o Judiciário inadmite a validade do voto identificável".[12]

SIGILOSIDADE: As Constituições brasileiras de 1824 (art. 91 e ss.), 1891 (art. 70), 1934 (art. 109) e 1937 (art. 117) não previam em seus textos o voto secreto, que passou a ser consagrado no texto constitucional de 1946 (art. 134).

O sigilo do voto e, consequentemente, a liberdade de escolha devem ser garantidos antes, durante e depois do escrutínio, afastando-se qualquer potencialidade de identificação do eleitor. Os procedimentos de escrutínio que acarretem a mínima potencialidade de risco em relação ao sigilo do

voto devem ser afastados, independentemente de o voto ser escrito, eletrônico ou híbrido (eletrônico com impressão).

A legislação eleitoral deve estabelecer mecanismos que impeçam que se coloque em risco o sigilo da votação, pois eventual possibilidade de conhecimento da vontade do eleitor pode gerar ilícitas pressões em sua liberdade de escolha ou futuras retaliações.

A Constituição Federal de 1988 não prevê que o voto deva ser eletrônico, escrito, impresso ou híbrido (eletrônico com impressão), mas consagra o "sigilo" e a "liberdade" como suas principais características.

Na hipótese de votação por meio de urnas eletrônicas, como adotada no Brasil, sempre haverá a necessidade de garantir-se, por meio de correto programa computadorizado, não só o total sigilo do voto e a impossibilidade de identificação do eleitor, como também a possibilidade de sua legítima opção pelo voto em branco ou pelo voto nulo, a fim de resguardar-se a liberdade de escolha.

O Supremo Tribunal Federal, em duas oportunidades, apontou a inconstitucionalidade de legislações que previam o *voto híbrido* (voto eletrônico com impressão), pois os mecanismos disciplinados nas normas legais apresentavam potencialidade de risco em relação à sigilosidade do voto.[13] Como destacou o STF, a existência de "potencialidade de risco na identificação do eleitor" é configuradora de "ameaça à sua livre escolha".[14]

DIRETO: os eleitores elegerão, no exercício do direito de sufrágio, por meio do voto (instrumento), por si, sem intermediários, seus representantes e governantes. Discordamos de José Afonso da Silva que afirma que essa é uma regra sem exceções,[15] pois a própria Constituição Federal prevê, excepcionalmente, no art. 81, § 1º, uma espécie de eleição indireta para o cargo de Presidente da República. Assim, vagando os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, nos últimos dois anos do período presidencial, far-se-á nova eleição para ambos os cargos, em 30 dias depois da última vaga, *pelo Congresso Nacional,* na forma da lei. O

Supremo Tribunal Federal admite a possibilidade de previsão da Constituição estadual de eleições indiretas para o provimento dos cargos de Governador e Vice-Governador, nos mesmos moldes da previsão da Carta Magna, apesar do destaque feito pelo relator da inaplicabilidade obrigatória do *princípio da simetria*.[16]

PERIODICIDADE: o art. 60, § 4º, da Constituição Federal é garantia da temporariedade dos mandatos, uma vez que a democracia representativa prevê e exige existência de mandatos com prazo determinado.

IGUALDADE: todos os cidadãos têm o mesmo valor no processo eleitoral, independentemente de sexo, cor, credo, idade, posição intelectual, social ou situação econômica. *ONE MAN, ONE VOTE.*

6 PLEBISCITO E REFERENDO: EXERCÍCIO DO DIREITO DE VOTO[17]

A Constituição Federal prevê expressamente que uma das formas de exercício da soberania popular será por meio da realização direta de consultas populares, mediante plebiscitos e referendos (CF, art. 14, *caput*), disciplinando, ainda, que caberá privativamente ao Congresso Nacional autorizar referendo e convocar plebiscitos (CF, art. 49, XV), salvo, por óbvio, quando a própria Constituição expressamente determinar (por exemplo: art. 18, §§ 3º e 4º, da CF; art. 2º, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

Em *nosso ordenamento jurídico-constitucional* essas duas formas de participação popular nos negócios do Estado divergem, basicamente, em virtude do momento de suas realizações.

Enquanto o *plebiscito* é uma consulta prévia que se faz aos cidadãos no gozo de seus direitos políticos, sobre determinada matéria a ser, posteriormente, discutida pelo Congresso Nacional,[18] o *referendo* consiste em uma consulta posterior sobre determinado ato governamental para

ratificá-lo, ou no sentido de conceder-lhe eficácia (condição suspensiva), ou, ainda, para retirar-lhe a eficácia (condição resolutiva).[19]

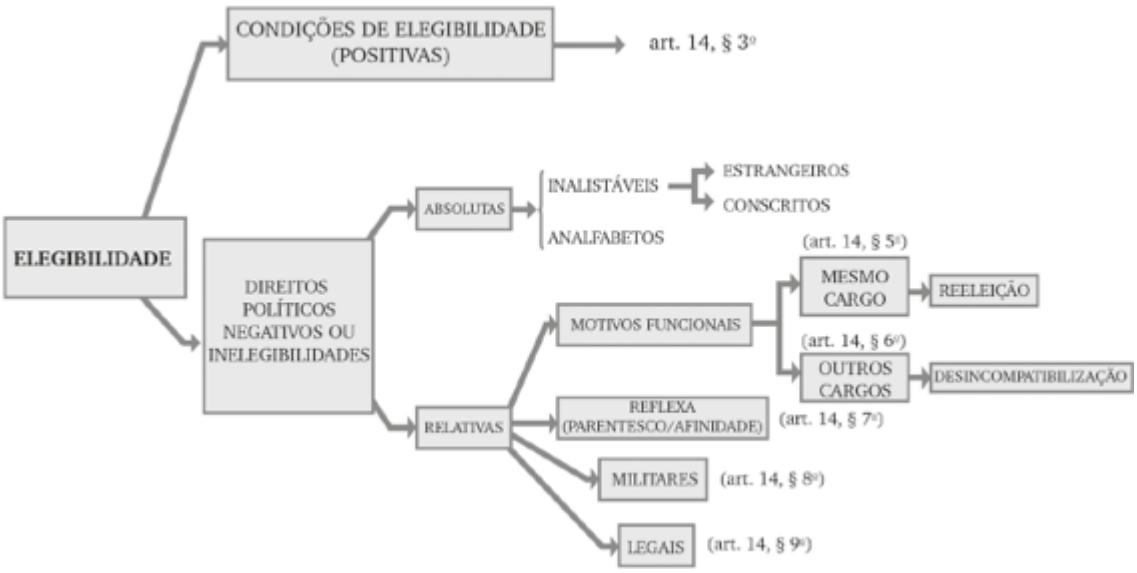
Saliente-se, novamente, que por se tratar de exercício da soberania, somente àqueles que detiverem capacidade eleitoral ativa será permitido participar de ambas as consultas.

A Emenda Constitucional nº 111, de 28 de setembro de 2021, ao disciplinar a realização de consultas populares concomitantes às eleições municipais, permitiu a realização concomitante às eleições municipais de consultas populares sobre questões locais aprovadas pelas Câmaras Municipais e encaminhadas à Justiça Eleitoral até 90 (noventa) dias antes da data das eleições, observados os limites operacionais relativos ao número de quesitos. Previu, ainda, que as manifestações favoráveis e contrárias às questões submetidas às consultas populares ocorrerão durante as campanhas eleitorais, sem a utilização de propaganda gratuita no rádio e na televisão.

7 ELEGIBILIDADE

7.1 Conceito

Elegibilidade é a capacidade eleitoral passiva consistente na possibilidade de o cidadão pleitear determinados mandatos políticos, mediante eleição popular, desde que preenchidos certos requisitos.[20]



7.2 Condições

Não basta possuir capacidade eleitoral ativa (*ser eleitor*) para adquirir a capacidade eleitoral passiva (*poder ser eleito*). A elegibilidade adquire-se por etapas segundo faixas etárias (art. 14, § 3º, VI, *a* até *d*).

Assim, para que alguém possa concorrer a um mandato eletivo, torna-se necessário que preencha certos requisitos gerais, denominados *condições de elegibilidade,* e não incida numa das *inelegibilidades,* que consistem em impedimentos à capacidade eleitoral passiva.

São condições de elegibilidade (CF, art. 14, § 3º):[21]

- **Nacionalidade brasileira ou condição de português equiparado:** só o nacional e o português equiparado têm acesso ao alistamento, que é pressuposto necessário para a capacidade eleitoral passiva. A constituição, porém, reservou para alguns cargos (CF, art. 12, § 3º) a exigência da nacionalidade originária.
- **Pleno exercício dos direitos políticos:** aquele que teve suspenso ou perdeu seus direitos políticos não exercerá a capacidade eleitoral passiva.

- **Alistamento eleitoral:** comprovado pela inscrição eleitoral obtida no juízo eleitoral do domicílio do alistando, e por parte do candidato, com o seu título de eleitor.
- **Domicílio eleitoral na circunscrição:** o eleitor deve ser domiciliado no local pelo qual se candidata, por período que será estabelecido pela legislação infraconstitucional.
- **Filiação partidária:** ninguém pode concorrer *avulso* sem partido político (CF, art. 17).[22] A capacidade eleitoral passiva exige prévia filiação partidária, uma vez que a democracia representativa consagrada pela Constituição de 1988 inadmite candidaturas que não apresentem a intermediação de agremiações políticas constituídas na forma do art. 17 da Constituição Federal. Saliente-se que, em face da exigibilidade de filiação partidária para o exercício desse direito político (elegibilidade), há de ser assegurado a todos o direito de livre acesso aos partidos, sem possibilidade de existência de requisitos discriminatórios e arbitrários. Conforme entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, "a prova de filiação partidária dá-se pelo cadastro eleitoral, não se sobrepondo, a este, o ato unilateral da parte interessada. Cumpre ao Partido Político encaminhar à Justiça Eleitoral – para arquivamento, publicação e cumprimento dos prazos de filiação, objetivando a candidatura – a relação dos filiados na respectiva zona eleitoral".[23] Observe-se, porém, que, nos termos da Súmula 20 do TSE, "a prova de filiação partidária daquele cujo nome não constou da lista de filiados de que trata o art. 19 da Lei nº 9.096/95, pode ser realizada por outros elementos de convicção, salvo quando se tratar de documentos produzidos unilateralmente, destituídos de fé pública".[24]

Alguns países possibilitam a apresentação de candidaturas presidenciais diretamente aos cidadãos e não aos partidos (por exemplo: Constituição da República Portuguesa, art. 127).

Em relação aos partidos políticos, o art. 17 da Constituição Federal estabelece que é livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa e observados os seguintes preceitos: caráter nacional; proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; prestação de contas à Justiça Eleitoral; funcionamento parlamentar de acordo com a lei. Importante ressaltar, entretanto, que o Supremo Tribunal Federal decidiu ser "constitucional a norma legal pela qual se impõe restrição temporal para a fusão ou incorporação de partidos políticos", pois "o lapso temporal legalmente definido reforça o objetivo do constituinte reformador expresso na Emenda Constitucional nº 97/2017, pela qual instituída a norma que visa o enfraquecimento da representação partidária".

A lei ordinária fixará o prazo de filiação partidária antes do pleito eleitoral,[25] a fim de que o cidadão se torne elegível.[26] A Lei nº 13.165/2015 alterou o prazo mínimo de filiação partidária, previsto no artigo 9º da Lei nº 9.504/97, exigindo que o candidato tenha filiação deferida pelo partido no mínimo seis meses antes da data da eleição. Esse prazo foi mantido pela Lei nº 13.488/2017. O prazo anterior de filiação partidária era de um ano antes da eleição.

Além disso, assegura-se aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento,

devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidárias.

Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral, tendo direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.

Por fim, a constituição veda a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.

- **Idade mínima**: A Lei nº 13.165/2015, alterando o § 2º, do artigo 11, da Lei nº 9.504/97, estabeleceu que a idade mínima exigida constitucionalmente deverá ser verificada até a data da posse, salvo quando fixado em dezoito anos, quando deverá ser analisada no pedido do registro.[27] O Tribunal Superior Eleitoral já havia fixado esse posicionamento.[28] Não concordamos com esse posicionamento legal, pois sendo a idade mínima condição de elegibilidade, deverá ser preenchida na data do certame eleitoral e não do alistamento, do registro ou da posse.[29] Em que pese, portanto, o posicionamento legal e jurisprudencial, posicionamo-nos pela inconstitucionalidade do dispositivo legal, pois as condições de elegibilidade devem ser verificadas no dia do pleito eleitoral, quando o eleitor escolherá seu candidato. A Constituição estabelece, claramente, o requisito da idade mínima como condição para que o candidato possa ser escolhido pelo eleitorado – fato esse que ocorre na data do pleito eleitoral –, e não como condição de posse.[30]

  35 anos para presidente e vice-presidente da República e senador;

  30 anos para governador e vice-governador de Estado e do Distrito Federal;

21 anos para deputado federal, deputado estadual ou distrital, prefeito, vice-prefeito e juiz de paz;
18 anos para vereador.

8 DIREITOS POLÍTICOS NEGATIVOS

8.1 Conceito

Os direitos políticos negativos correspondem às previsões constitucionais que restringem o acesso do cidadão à participação nos órgãos governamentais, por meio de impedimentos às candidaturas.

Dividem-se em regras sobre *inelegibilidade* e normas sobre *perda e suspensão dos direitos políticos.*

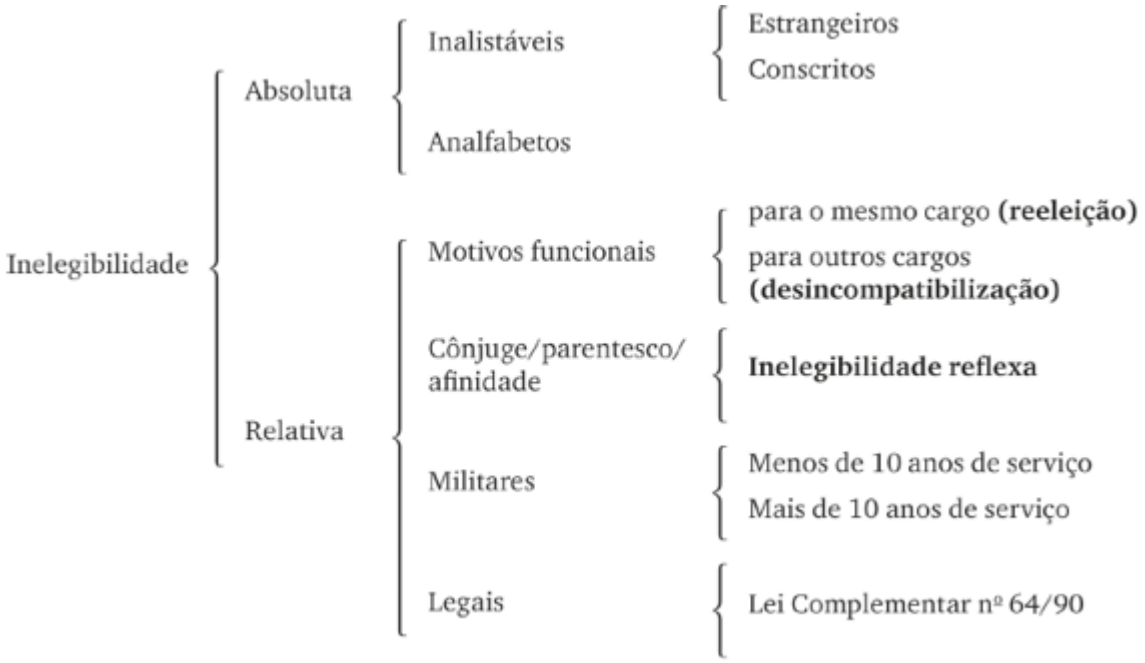
8.2 Inelegibilidades

A inelegibilidade consiste na ausência de capacidade eleitoral passiva, ou seja, da condição de ser candidato e, consequentemente, poder ser votado, constituindo-se, portanto, em condição obstativa ao exercício passivo da cidadania.[31] Sua finalidade é proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou do abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta, conforme expressa previsão constitucional (art. 14, § 9º). Conforme entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, "a data da diplomação é o termo final para se conhecer de alteração fática ou jurídica superveniente ao registro de candidatura que afaste a inelegibilidade".[32]

A Constituição estabelece, diretamente, vários casos de inelegibilidades no art. 14, §§ 4º a 7º, normas estas de *eficácia plena e aplicabilidade imediata*, além de permitir que lei complementar estabeleça outros casos (CF, art. 14, § 9º), pois, conforme afirmado pelo Tribunal

Superior Eleitoral, “as restrições que geram inelegibilidades são de legalidade estrita, vedada interpretação extensiva”.[33] A lei complementar correspondente é a LC nº 64/90, com a mesma finalidade acima descrita.

8.3 Quadro de inelegibilidades



8.4 Inelegibilidade absoluta

A inelegibilidade absoluta consiste em impedimento eleitoral para *qualquer cargo eletivo*. O indivíduo que se encontrar em uma das situações descritas pela Constituição Federal como de inelegibilidade absoluta não poderá concorrer a eleição alguma, ou seja, não poderá pleitear nenhum mandato eletivo. Refere-se, pois, à determinada característica da pessoa que pretende candidatar-se, e não ao pleito ou mesmo ao cargo pretendido.

A inelegibilidade absoluta *é excepcional e somente pode ser estabelecida, taxativamente, pela própria Constituição Federal.*

São os seguintes casos:

- *Inalistáveis*: a elegibilidade tem como pressuposto a alistabilidade (capacidade eleitoral ativa); assim, todos aqueles que não podem ser eleitores, não poderão ser candidatos.
- *Analfabetos*: apesar da possibilidade de alistamento eleitoral e do exercício do direito de voto, o analfabeto não possui capacidade eleitoral passiva.[34] É possível à Justiça Eleitoral estabelecer critérios de aferição de alfabetização do candidato, com a finalidade de comprovar a capacidade mínima de leitura e escrita, não sendo, porém, permitidas exigências rigorosas que pretendam estabelecer o grau de cultura do pretendente a cargo eletivo.[35]

8.5 Inelegibilidade relativa

As inelegibilidades relativas, diferentemente das anteriores, não estão relacionadas com determinada característica pessoal daquele que pretende candidatar-se, mas constituem restrições à elegibilidade para certos pleitos eleitorais e determinados mandatos, em razão de situações especiais existentes, *no momento da eleição*, em relação ao cidadão.[36]

O relativamente inelegível possui *elegibilidade genérica*, porém, especificamente em relação a algum cargo ou função eletiva, no momento da eleição, não poderá candidatar-se.

A inelegibilidade relativa pode ser dividida em:

- *por motivos funcionais;*
- *por motivos de casamento, parentesco ou afinidade;*
- *dos militares;*
- *previsões de ordem legal*.

8.5.1 Por motivos funcionais

A. Para o mesmo cargo (CF, art. 14, § 5º – com redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 4-6-1997)

A Emenda Constitucional nº 16, de 4-6-1997, alterou tradição histórica do direito constitucional brasileiro instituindo a possibilidade de reeleição para o chefe do Poder Executivo federal, estadual, distrital e municipal.

Desde a primeira Constituição republicana, de 24 de fevereiro de 1891, até a atual Constituição Federal, de 1988, o sistema político-constitucional brasileiro jamais admitiu a possibilidade do detentor de mandado executivo se candidatar à reeleição.

O art. 43 da Constituição de 1891 estabelecia que "o Presidente exercerá o cargo por quatro annos, não podendo ser reeleito para o período presidencial immediato". Comentando esse dispositivo, e defendendo o posicionamento do constituinte da época, Rui Barbosa colocava-se contra o instituto da *reeleição* e ensinava que "desde os tempos mais longínquos da evolução política da humanidade, uma das características da forma republicana começou a ser, com poucas excepções explicadas pela contingência accidental de certos factos ou meios sociaes, a limitação, rigorosamente temporária, do poder do Chefe da Nação, contraposta a duração, ordinariamente por toda a vida humana, da supremacia do sobernado nas Monarchias", para concluir que "desta noção tem resultado, não somente ser restricto a um curto prazo o termo de exercício da primeira magistratura, senão também vedar-se a reeleição do que ocupa, receiando-se que a faculdade contrária importe em deixar ao Chefe do Estado aberta a porta à perpetuidade no gozo da soberania".[37]

Esse posicionamento foi seguindo por todas as demais previsões constitucionais.

A previsão da Constituição de 16 de julho de 1934, em seu art. 52, estabelecia que "o período presidencial durará um quadriennio, não

podendo o Presidente da República ser reeleito senão quatro annos depois de cessada a sua função, qualquer que tenha sido a duração desta".

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, apesar de não se referir expressamente a possibilidade ou não de reeleição do Presidente da República, regulamentava nos arts. 82 e ss. a sucessão presidencial, estabelecendo que a única prerrogativa do Presidente em exercício seria indicar um candidato à eleição.

A vedação à reeleição do Presidente da República foi prevista, ainda, no art. 139, I, *a*, da Constituição de 18 de setembro de 1946 ("São também inelegíveis para Presidente da República o Presidente que tenha exercido o cargo por qualquer tempo, no período imediatamente anterior, e bem assim o Vice-presidente que lhe tenha sucedido ou quem dentro dos seis meses anteriores ao pleito, o haja substituído"), no art. 146, I, *a*, da Constituição de 24 de janeiro de 1967 ("São também inelegíveis para Presidente e Vice-presidente da República o Presidente que tenha exercido o cargo por qualquer tempo, no período imediatamente anterior, ou quem, dentro dos seis meses anteriores ao pleito, lhe haja sucedido ou o tenha substituído") e no art. 151, parágrafo único, da Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969, posteriormente transformado em § 1º, *a*, pela Emenda Constitucional nº 19, de 6 de agosto de 1981 ("… inelegibilidade de quem haja exercido cargo de Presidente e de Vice-presidente da República, de Governador e de Vice-governador, de Prefeito e de Vice-prefeito, por qualquer tempo, no período imediatamente anterior").

Mesmo com a reabertura democrática, a ideia de reeleição dos mandatos executivos continuou sendo repelida pela doutrina constitucional brasileira, como percebe-se pelo texto do Anteprojeto Constitucional elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais – Comissão Afonso Arinos ("Comissão dos Notáveis"), entregue ao Presidente da República em 18-9-1986, que previa em seu art. 221 a seguinte redação: "O

mandato do Presidente e do Vice-presidente da República é de seis anos, *vedada a reeleição.*"[38]

Dessa forma, a vedação à *reeleição* foi novamente consagrada pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, que proibia expressamente a reeleição em seus arts. 14, § 5º ("São inelegíveis para os mesmos cargos, no período subsequente, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído nos seis meses anteriores ao pleito") e 82 ("O mandato do Presidente da República é de cinco anos, vedada a reeleição para o período subsequente, e terá início em 1º de janeiro do ano seguinte ao de sua eleição" – redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 5, de 7-6-1994).

Tal tradição em nosso ordenamento constitucional visava não só afastar o perigo da perpetuidade da mesma pessoa na chefia da Nação, por meio de sucessivos mandatos, mas também evitar o uso da máquina administrativa por parte do Chefe do Executivo, na busca de novos mandatos.

Esse entendimento é seguido por inúmeros países, que vedam taxativamente a possibilidade da reeleição do Chefe do Executivo para o período seguinte, como, por exemplo, o art. 25 da Constituição Política da República do Chile, com a atual redação dada pelo artigo único da Lei de Reforma Constitucional nº 19.295, de 4-3-1994, que expressamente veda a possibilidade de reeleição, determinando que o mandato do Presidente da República terá a duração de seis anos, não podendo ser reeleito para o período seguinte;[39] e o art. 70 da Constituição da República da Coreia, de 12 de julho de 1948, emendada em outubro de 1987, estabelecendo que o mandato do Presidente da República será de cinco anos, sem direito à reeleição.[40]

Outras Constituições são ainda mais severas, pretendendo impedir drasticamente a perpetuidade no poder, como, por exemplo, a Constituição

da República das Filipinas, de 15-10-1986, em seu art. VII, seção 4, estabelece que o Presidente e Vice-presidente da República serão eleitos para um mandato de seis anos, proibindo-se não só a reeleição, mas também que o Presidente ou qualquer pessoa que o houver sucedido por mais de quatro anos possam concorrer à qualquer eleição para o mesmo cargo, *independente da sucessividade ou não dos mandatos*.[41]

Criticando a opção do legislador constituinte de 1988, que vedava a reeleição do chefe do Poder Executivo para o período sucessivo, Michel Temer salientava, em defesa da reeleição, que "a possibilidade da reeleição privilegia, assim, o princípio da participação popular porque confere ao povo a possibilidade de um duplo julgamento: o do programa partidário e do agente executor desse programa (chefe do Poder Executivo). Talvez por essa razão o sistema jurídico norte-americano autorize a reeleição. E ninguém pode dizer que ali não se pratica a democracia", e concluía fazendo um pedido: "Reeleição, portanto, e por um período, para Presidente, governadores e prefeitos."[42]

Igualmente, salientávamos na 1ª edição dessa obra que realmente não havia o que justificasse a vedação à reeleição, por um único período, para os cargos de Chefe do Poder Executivo Federal, Estadual, Distrital e Municipal, e afirmávamos que "não seduzindo o argumento da utilização *da máquina administrativa* a seu próprio favor, quando o mesmo pode ocorrer e, costumeira e lamentavelmente ocorre, a favor do candidato de seu partido político", para concluirmos que "a reeleição é democrática, e deve ser implementada, juntamente com a concessão de maiores mecanismos e instrumentos para a Justiça eleitoral e o Ministério Público coibirem o uso da *máquina administrativa*".

A Emenda Constitucional nº 16, de 4-6-1997, portanto, veio alterar a disciplina histórica de inelegibilidades relativas, alterando o art. 14, § 5º, que passou a ter a seguinte redação: "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."

Importante ressaltar a espécie de reeleição adotada pela EC nº 16/97, dentre as demais existentes em ordenamentos jurídicos comparados. O legislador reformador brasileiro, ao permitir a reeleição para um único período subsequente, manteve na Constituição Federal uma *inelegibilidade relativa por motivos funcionais para o mesmo cargo*, pois os chefes do Poder Executivo, Federal, Estadual, Distrital e Municipal, não poderão ser candidatos a um terceiro mandato *sucessivo*.

Note-se que não se proíbe constitucionalmente que uma mesma pessoa possa exercer três ou mais mandatos presidenciais, mas se proíbe a sucessividade indeterminada de mandatos. Assim, após o exercício de dois mandatos sucessivos, o Chefe do Poder Executivo não poderá ser candidato ao mesmo cargo, na eleição imediatamente posterior, incidindo sobre ele a *inelegibilidade relativa por motivos funcionais para o mesmo cargo*.

O ordenamento constitucional brasileiro não adotou a fórmula norte-americana sobre reeleição. O art. II, Seção 1, item 1 da Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, não fazia qualquer restrição à reeleição do Presidente e Vice-presidente da República, consagrando-se a plena e ilimitada possibilidade de mandatos sucessivos. Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 22, de 1951, introduziu a limitação à reeleição em uma única vez, prevendo que ninguém poderá ser eleito *mais de duas vezes para o cargo de Presidente*.[43] Perceba-se que a vedação se aplica a *mandatos sucessivos ou não*, proibindo-se que uma mesma pessoa possa ser Presidente da República por mais de dois mandatos. Essa previsão visa possibilitar uma maior e necessária alternância no poder. É o mesmo entendimento da Constituição austríaca, promulgada em 1º-10-1920 e atualizada até a Lei Constitucional Federal nº 491, de 27-11-1984, que estabelece em seu art. 60, item 5, a duração do mandato presidencial em

seis anos, admitindo-se *somente uma reeleição* para o período presidencial seguinte.[44]

A fórmula adotada pela Emenda Constitucional nº 16, promulgada em 4-6-1997, assemelha-se com as previsões constitucionais argentina, portuguesa e chinesa, ao vedar-se mais de dois mandatos sucessivos. Note-se, somente, que enquanto a argentina autoriza, expressamente, a possibilidade de um *terceiro mandato não sucessivo*, as constituições portuguesa e chinesa, assim como a brasileira, simplesmente não proíbem que isso ocorra.

Dessa forma, o art. 90 da Constituição da Nação Argentina, com a nova redação dada pelas reformas de 24-8-1994 e segundo a versão publicada em 10-1-1995, prevê a possibilidade de reeleição por um só período consecutivo. Expressamente, porém, admite a possibilidade de um terceiro mandato presidencial, após o intervalo de um período.[45] Quiroga Lavié, ao comentar o citado art. 90 da Constituição da Nação Argentina, aponta a não adoção do sistema norte-americano, onde depois de uma reeleição o presidente não pode jamais ser reeleito, para a seguir concluir que no sistema argentino, desde que haja intervalo de um período, poderá haver um terceiro mandato.[46]

A Constituição da República Portuguesa, aprovada em 2-4-1976, estabelece, em seu art. 126, item 1, a possibilidade de reeleição para um segundo mandato consecutivo, prevendo, expressamente, sua inadmissibilidade para *um terceiro mandato consecutivo, ou ainda, durante o quinquênio imediatamente subsequente ao termo do segundo mandato consecutivo.* Como salientam Canotilho e Moreira, "a proibição de reeleição para um terceiro mandato consecutivo visa evitar a permanência demasiado longa no cargo, com os riscos da pessoalização do poder, inerentes à eleição directa".[47]

Igualmente, o art. 79 da Constituição da República Popular da China, de 4-12-1982, prevê que o presidente e vice-presidente não podem cumprir

mais de dois mandatos consecutivos, não havendo, porém, qualquer vedação expressa impedindo um *terceiro mandato, desde que não consecutivo.*[48]

Parece-nos que essa foi a regra adotada pela Constituição Federal brasileira a partir da Emenda Constitucional nº 16, de 4-6-1997, diferenciando-se da já estudada norma norte-americana, mesmo porque, se a Constituição brasileira pretendesse impedir que uma mesma pessoa exercesse mais de dois mandatos na Chefia do Executivo, utilizar-se-ia da fórmula: "… *poderão ser reeleitos para um único período*", pois, dessa maneira, irrelevante seria a sucessividade ou não dos mandatos, e não da adotada pela EC nº 16/97: "... *poderão ser reeleitos para um único período subsequente*".

Em conclusão, podemos apontar as seguintes características da introdução da reeleição à Chefia do Poder Executivo no ordenamento constitucional brasileiro:

- *Possibilidade expressa de reeleição* para 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 *para um único período subsequente*. O TSE estendeu essa inelegibilidade ao denominado "Prefeito Itinerante", ou seja, aquele que, após exercer dois mandatos em determinado Município, renuncia seis meses antes da eleição e pretende se candidatar a Prefeito em Município da região. Conforme afirmou o Tribunal Superior Eleitoral, "o exercício de dois mandatos consecutivos no cargo de Prefeito torna o candidato inelegível para o mesmo cargo, ainda que em município diverso. As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas a cada eleição, na conformidade das regras aplicáveis ao pleito, não cabendo cogitar-se de coisa julgada,

direito adquirido ou segurança jurídica".[49] O Supremo Tribunal Federal reafirmou a impossibilidade do "Prefeito Itinerante", vedando-se a possibilidade de terceira eleição sucessiva ao cargo de Prefeito não apenas no mesmo município, mas em qualquer outra municipalidade da Federação, em face de ferimento ao Princípio Republicano, tendo o Ministro Gilmar Mendes ressaltado que figura do denominado "prefeito itinerante" ou "prefeito profissional" é "claramente incompatível com esse princípio republicano, que também traduziria postulado de temporariedade/alternância do exercício do poder. Inferiu que a reeleição, como condição de elegibilidade, somente estaria presente nas hipóteses em que esses princípios fossem igualmente contemplados e concretizados".[50]

- Permanência da *inelegibilidade relativa por motivos funcionais para o mesmo cargo*, na medida em que o art. 14, § 5º, da Constituição Federal proíbe a possibilidade dos chefes do Poder Executivo Federal, Estadual, Distrital e Municipal candidatarem-se a um *terceiro mandato sucessivo*.
- Possibilidade implícita de uma mesma pessoa candidatar-se e, eventualmente, exercer por mais de três mandatos a Chefia do Executivo Federal, Estadual, Distrital e Municipal, *desde que não sejam sucessivos.* Assim, após o exercício de dois mandatos de Presidente da República, Governador de Estado ou do Distrito Federal ou Prefeito Municipal, haverá a obrigatoriedade do *intervalo de um período,* para que possa haver nova candidatura ao mesmo cargo.
- Plena elegibilidade do Vice-presidente da República, dos Vice-governadores dos Estados e do Distrito Federal e dos Vice-prefeitos aos mesmos cargos, para um único período subsequente.[51]

É importante ressaltar, a fim de evitarem-se futuras fraudes e inconstitucionalidades, as seguintes regras:

- Impossibilidade do Chefe do Poder Executivo, que esteja exercendo seu segundo mandato sucessivo, renunciar antes do término desse, no intuito de pleitear nova recondução para o período subsequente. A renúncia, por óbvio, seria válida, porém, não afastaria a *inelegibilidade relativa por motivos funcionais para o mesmo cargo,* prevista no art. 14, § 5º, da CF, e que impediria um terceiro mandato consecutivo.[52]
- Impossibilidade daquele que foi titular de dois mandatos sucessivos na chefia do Executivo, vir a candidatar-se, no período imediatamente subsequente, à vice-chefia. Tal vedação decorre do próprio texto constitucional, pois o art. 79 prevê que o Vice-presidente substituirá o Presidente, no caso de impedimento, e suceder-lhe-á, no de vaga; regra essa que é seguida em nível estadual, distrital e municipal. Desta forma, haveria clara fraude à Constituição Federal, permitindo-se a possibilidade de uma mesma pessoa exercer três mandatos presidenciais sucessivos.

  Na vigência do texto constitucional anterior à EC nº 16/97 o Supremo Tribunal Federal confirmou decisão da Justiça Eleitoral, que considerou inelegível, para o cargo de vice-prefeito, quem exerceu o cargo de prefeito, no período imediatamente anterior, ainda que desincompatibilizado no prazo do art. 14, § 5º, da Constituição Federal. Conforme ressaltado, não há o que se falar na impossibilidade de interpretar-se extensivamente norma restritiva de direito, mas na aplicação correta de regra de hermenêutica, a revelar e definir o exato sentido da norma, de molde a impedir que, por via indireta, viesse ele a frustrar-se,[53] pois se acaso o novo Prefeito

renunciasse e o vice assumisse a titularidade do Executivo, estar-se-ia burlando a regra que vedava a *reeleição*, pois estaria exercendo dois mandatos de Prefeito sucessivamente.[54]

Certamente, com a alteração proposta pela Emenda Constitucional nº 16/97, essa regra interpretativa do Supremo Tribunal Federal somente teria aplicação se aquele que pretendesse candidatar-se a Vice-prefeito já houvesse exercido dois mandatos sucessivos[55] como Prefeito municipal, pois, conforme já analisado, haveria clara fraude à Constituição Federal, permitindo-se a possibilidade de uma mesma pessoa exercer três mandatos executivos sucessivos;

- Impossibilidade daquele que foi titular de dois mandatos sucessivos na chefia do Executivo vir a candidatar-se, durante o período imediatamente subsequente à eleição prevista no art. 81 da Constituição Federal, que determina que vagando os cargos de Presidente e Vice-presidente da República, far-se-á eleição direta, noventa dias depois de aberta a última vaga, ou eleição indireta pelo Congresso Nacional, trinta dias depois de aberta a última vaga, se a vacância ocorrer nos últimos dois anos do mandato presidencial.[56] Essa vedação decorre da proibição de uma mesma pessoa exercer a chefia do Executivo por três mandatos sucessivos, pois, se eventualmente fosse eleito, estaria exercendo o terceiro mandato, sem que houvesse respeitado um período integral afastado da Chefia do Executivo.

Note-se, portanto, que apesar de inexistir regra expressa na Emenda Constitucional nº 16, de 4-6-1997, semelhante ao art. 126 da Constituição da República portuguesa ("*Não é admitida a reeleição para um terceiro mandato consecutivo, nem durante o quinquênio imediatamente subsequente ao termo do segundo mandato consecutivo. Se o Presidente da República renunciar ao cargo, não poderá candidatar-se nas eleições*

imediatas nem nas que se realizem no quinquênio imediatamente subsequente à renúncia"), será absolutamente inconstitucional qualquer tentativa daquele que foi titular de dois mandatos sucessivos de chefe do Poder Executivo, pleiteá-lo novamente no período imediatamente subsequente (atualmente de quatro anos em virtude da duração dos mandatos), seja ao pretender candidatar-se às eleições normais, seja ao pretender suceder o novo chefe do Executivo durante o exercício de seu mandato (CF, art. 81).

A.1. Reeleição e desincompatibilização

Importante opção adotada pela Emenda Constitucional nº 16, de 4-6-1997, foi no tocante a inexigência de *desincompatibilização do Chefe do Poder Executivo que pretenda candidatar-se à reeleição*. A citada Emenda *não exigiu* ao titular de mandato executivo a necessidade de renunciar, ou mesmo de afastar-se temporariamente do cargo, para que pudesse concorrer a sua própria reeleição, demonstrando a nítida escolha pela ideia de continuidade administrativa.

O texto da Emenda Constitucional nº 16, de 4-6-1997, guarda muita relação com o texto do substitutivo apresentado pelo relator da Revisão Constitucional de 1994, o então deputado federal, e ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Nelson Jobim, que afastando diversos textos que exigiam a prévia renúncia dos detentores de cargo executivo, concluiu pela redação que permitia ao chefe do Executivo concorrer à reeleição no exercício do cargo. Salientava o então relator da Revisão Constitucional que "*ora, admitindo-se a reeleição para cargos executivos, seria inconsistente manter-se a exigência de renúncia prévia... a exigência de renúncia prévia poderia originar uma perturbação desnecessária na continuidade administrativa... Em realidade, o instituto da reeleição é prática constante na maioria dos países democráticos, tais como os Estados Unidos e a França, sendo um prova da crença na maturidade da vontade da maioria,*

quando esta decide pela manutenção de uma administração bem-sucedida", para então concluir pela possibilidade de reeleição, por um período subsequente, dos titulares de cargos do Poder Executivo, permitindo-lhes concorrer no exercício do cargo.[57]

Entendemos que essa opção do legislador reformador foi clara e consciente, não havendo possibilidade de aplicação do § 6º do art. 14 da CF à presente hipótese, uma vez que se trata de outra espécie de inelegibilidade relativa, aplicável somente ao chefe do Executivo que pretenda candidatar-se a outros cargos.[58] Tampouco nos parece correto qualquer interpretação no sentido de possibilitar-se, com fulcro no art. 14, § 9º, da Constituição Federal, a edição de lei complementar que preveja a necessidade de desincompatibilização do Chefe do Executivo para candidatar-se à reeleição. O citado § 9º, assim como o § 6º, ambos do art. 14, estabelecem outras hipóteses de inelegibilidades relativas, que não se confundem e nem podem ser confundidas com a hipótese descrita no § 5º do citado artigo.

Ressalte-se que a própria redação do § 9º do art. 14 deixa isso claro, ao afirmar que: "*Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade...*". Obviamente, essa lei complementar deve estabelecer novas hipóteses, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato 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, e *não regulamentar as hipóteses já previstas pelo próprio legislador constituinte nos parágrafos antecessores e que tratam de normas constitucionais de eficácia plena.*

Importante, ainda, considerar a impossibilidade de qualquer interpretação que restrinja o exercício de um direito político expressamente previsto pela Constituição Federal, no caso a possibilidade de reeleição do Chefe do Executivo para um único mandato sucessivo, sem que haja expressa limitação pelo próprio texto constitucional.

Nesse sentido entendeu o Tribunal Superior Eleitoral, ao decidir:

> "Não se tratando, no § 5º do art. 14 da Constituição, na redação da Emenda Constitucional nº 16/1997, de caso de inelegibilidade, mas, sim de hipótese em que se garante a elegibilidade dos Chefes dos Poderes Executivos federal, estadual, distrital, municipal e dos que os hajam sucedido/substituído no curso dos mandatos, para o mesmo cargo, para um período subsequente, bem de entender é que não cabe exigir-lhe desincompatibilização para concorrer ao segundo mandato, assim constitucionalmente autorizado. Cuidando-se de caso de elegibilidade, somente a Constituição poderia, de expresso, estabelecer o afastamento no prazo por ela estipulado, como condição para concorrer à reeleição prevista no § 5º do art. 14 da Lei Magna, na redação atual",

concluindo mais adiante que:

> "Consulta que se responde, negativamente, quanto à necessidade de desincompatibilização dos titulares dos Poderes Executivos federal, estadual, distrital ou municipal, para disputarem a reeleição, solução que se estende aos Vice-presidente da República, Vice-governador de Estado e do Distrito Federal e Vice-prefeito."[59]

Da mesma forma, entendendo pela desnecessidade de desincompatibilização dos Chefes do Poder Executivo Federal, Estadual, Distrital e Municipal, decidiu o Supremo Tribunal Federal em sede de ação direta de inconstitucionalidade, ao indeferir medida liminar em que se requeria a interpretação conforme a Constituição Federal do art. 14, § 5º (redação dada pela Emenda Constitucional nº 16/97), no sentido de que lhe fosse aplicado a necessária desincompatibilização prevista no § 6º do citado art. 14. Entendeu o Pretório Excelso "não ser possível interpretar a CF de

modo a criar cláusula restritiva de direitos políticos não prevista, expressamente, no texto constitucional".[60]

Reforça-se, pois, a ideia exposta *supra*, de necessidade de dotação da Justiça Eleitoral e do Ministério Público de instrumentos e mecanismos céleres e eficazes no combate ao uso da máquina administrativa, para que não vejamos consagrados métodos ilegais e imorais de utilização de dinheiro, funcionários, locais e maquinário públicos pelo Chefe do Executivo, no intuito de manter-se no cargo.

A.2. Vacância do cargo de chefe do poder executivo. Sucessão do vice e possibilidade de candidatura à reeleição para um único período subsequente

O art. 14, § 5º, da Constituição Federal estabelece a possibilidade de reeleição para aquele que houver sucedido ou substituído o Chefe do Poder Executivo no curso dos mandatos, para um único período subsequente.

Essa norma deve ser interpretada de forma lógica e coerente com os demais preceitos constitucionais, bem como com o próprio instituto jurídico da reeleição.

Assim, tanto sob o prisma lógico quanto sob o prisma jurídico-constitucional, entendemos inexistir dúvida quanto à possibilidade de vice-Presidentes, vice-Governadores e vice-Prefeitos candidatarem-se ao cargo de Chefe do Executivo, para o período subsequente, independentemente de terem ou não substituído ou sucedido o Presidente, Governador ou Prefeito, no curso de seus mandatos.[61]

Essa solução atende à lógica interpretativa constitucional, pois sendo função constitucional precípua do vice-Presidente substituir o Presidente, no caso de impedimento, e suceder-lhe, no de vacância (CF, art. 79), não haveria lógica no sistema eleitoral, disciplinado pela Carta Magna, em acarretar punição ao vice-Presidente, vice-Governador ou vice-Prefeito pelo exercício de sua missão constitucional, impedindo-o de disputar, no

mandato subsequente, a chefia do Executivo. Tal consequência tornaria a figura da vice-presidência meramente decorativa e substitutiva, sem qualquer aspiração política de continuidade do programa da chapa eleita, para os próximos mandatos.

Dessa forma, por exemplo, o vice-Presidente que – no exercício de sua missão constitucional – substituir o Presidente da República, independentemente do momento de seu mandato, poderá candidatar-se à Chefia do Poder Executivo normalmente, inclusive podendo, posteriormente se eleito for, disputar sua própria reeleição à Chefia do Executivo.

Diversa, porém, será a hipótese do vice-Presidente, vice-Governadores e vice-Prefeitos que assumirem *efetivamente* o cargo de titular do Poder Executivo, em face de sua vacância definitiva.

Nesse caso, para fins de reeleição, deverão ser considerados como exercentes – *de forma efetiva e definitiva* – do cargo de Presidente, Governador ou Prefeito, podendo somente candidatar-se a um único período subsequente.

A interpretação da norma constitucional leva-nos à seguinte conclusão: *veda-se o exercício efetivo e definitivo do cargo de Chefe do Poder Executivo por mais de dois mandatos sucessivos*.[62]

Portanto, se o vice-Chefe do Poder Executivo somente substituiu o titular, não houve *exercício efetivo e definitivo do cargo* para fins de reeleição, podendo ser candidato à chefia do Executivo e, se eventualmente eleito, poderá disputar sua própria reeleição.[63]

Se, porém, o vice-Chefe do Poder Executivo, em face da vacância definitiva do titular, assumiu o cargo de forma *efetiva e definitiva*, para fins de reeleição, esse mandato deve ser computado como o primeiro, permitindo-se somente que dispute um único período subsequente, independentemente do tempo em que exerceu de forma definitiva o primeiro mandato. Não poderá, em consequência, se for eleito para o

mandato subsequente, disputar sua própria reeleição, pois se eventualmente fosse vitorioso, estaria a exercer seu terceiro mandato *efetivo* e *definitivo* como Chefe do Poder Executivo, o que é vedado pela Constituição.[64]

Há, porém, entendimento diverso do Tribunal Superior Eleitoral aplicado às eleições de 2020, pelo qual "o vice que assume o mandato por sucessão ou substituição do titular dentro dos seis meses anteriores ao pleito pode se candidatar ao cargo titular, mas, se for eleito, não poderá ser candidato à reeleição no período seguinte".[65]

B. Para outros cargos (CF, art. 14, § 6º)

São inelegíveis para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os governadores de Estado e do Distrito Federal e os prefeitos que não renunciarem aos respectivos mandatos *até seis meses antes do pleito.*[66]

Trata-se de norma disciplinadora da *desincompatibilização* dos chefes do Poder Executivo. Conforme salienta Celso de Mello:

> "A exigência da desincompatibilização, que se atende pelo afastamento do cargo ou função, só existe para aqueles que, por força de preceito constitucional ou legal, forem considerados inelegíveis. Inexistindo a inelegibilidade, não há que se cogitar de desincompatibilização."[67]

Assim, para que possam candidatar-se a outros cargos, deverá o Chefe do Poder Executivo afastar-se *definitivamente*, por meio da *renúncia*.[68]

O Tribunal Superior Eleitoral entende que o Vice-Presidente, o Vice-Governador e o Vice-Prefeito poderão candidatar-se a outros cargos preservando os seus mandatos respectivos, desde que, nos seis meses anteriores ao pleito não tenham sucedido ou substituído o titular.[69]

Outras duas hipóteses tornaram-se importantes, face à Emenda da Reeleição, em se tratando de assunção da chefia do Poder Executivo pelo vice-presidente, vice-governadores ou vice-prefeitos, seis meses antes da eleição: *sucessão definitiva* ou *substituição temporária*.

Na primeira hipótese – *sucessão definitiva* –, por vacância definitiva da chefia do executivo, o vice assumirá e passará ao *exercício efetivo e definitivo do cargo para todos os fins,* inclusive de reeleição, conforme já analisado. Dessa forma, todas as inelegibilidades aplicáveis ao Chefe do Poder Executivo devem ser inteiramente observadas,[70] ou seja, poderá o novo mandatário candidatar-se à reeleição ao cargo de Chefe do Executivo, por uma única vez consecutiva, porém, não poderá candidatar-se à reeleição ao seu antigo cargo de vice-chefe do Executivo, pois estaria infringindo texto constitucional expresso.[71]

Na segunda hipótese, por afastamento provisório do chefe do Executivo, o vice poderá substituí-lo – *substituição temporária* –, e tanto será possível candidatar-se ao cargo de Chefe do Poder Executivo, conforme visto no item anterior, como também se candidatar, novamente, ao cargo de vice-chefe do Poder Executivo, sem necessidade de desincompatibilização.[72]

Essa conclusão é necessária, para que haja compatibilização das normas constitucionais que obrigam ao vice-chefe do Executivo substituir o Chefe do Executivo, ao mesmo tempo que permitem sua reeleição por uma única vez. Caso entendêssemos diferentemente, o vice-presidente, por exemplo, poderia recusar-se a assumir temporariamente a Chefia da Nação, por viagem presidencial, nos seis meses anteriores ao pleito[73] eleitoral, pois tornar-se-ia inelegível, perdendo a possibilidade de candidatar-se à sua própria reeleição como vice-presidente.[74]

A diferenciação de tratamento nessas duas hipóteses é importantíssima, pois no Brasil não há a necessidade de repetição obrigatória da chapa de candidatos à Presidência da República (CF, art. 77), e, consequentemente,

para os Governos estaduais e Prefeituras Municipais, o que pode vir a gerar, em algumas eleições, a não possibilidade de reeleição do chefe do Executivo com a possibilidade de reeleição do vice-chefe, e ambos devem ter seus direitos garantidos, tanto no tocante à possibilidade de substituição temporária, quanto no tocante à possibilidade de reeleição.

Importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal admitiu a elegibilidade de ex-prefeito municipal do município-mãe que, renunciando seis meses antes do pleito eleitoral, candidatou-se a prefeito do município-desmembrado.[75]

8.5.2 Por motivos de casamento, parentesco ou afinidade[76]

São inelegíveis, no território de circunscrição (a Constituição Federal usa a terminologia *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,[77] salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição. É a denominada *inelegibilidade reflexa*, cuja finalidade é "impedir o monopólio do poder político por grupos hegemônicos ligados por laços familiares",[78] que, "monopolizando o acesso aos mandatos eletivos, virtualmente patrimonializam o poder governamental".[79]

Como o próprio texto constitucional expressamente prevê, a inelegibilidade reflexa incide sobre os cônjuges, parentes e afins dos detentores de mandatos eletivos da chefia do executivo, e não sobre seus vices[80] ou auxiliares (Ministros, Secretários de Estado ou do Município). Assim, já decidiu o Tribunal Superior Eleitoral que a norma constitucional não inclui a inelegibilidade dos parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, de Ministros de Estado.[81]

A norma constitucional traz duas regras para a *inelegibilidade reflexa:* uma como norma geral e proibitiva e outra como norma excepcional e permissiva.

- *Norma geral e proibitiva*:[82] a expressão constitucional no *território da jurisdição* significa que o cônjuge, parentes[83] e afins até segundo grau do prefeito municipal não poderão candidatar-se a vereador e/ou prefeito do mesmo município; o mesmo ocorrendo no caso do cônjuge, parentes ou afins até segundo grau do governador, que não poderão candidatar-se a qualquer cargo *no Estado* (vereador ou prefeito de qualquer município do respectivo Estado; deputado estadual e governador do mesmo Estado; e ainda, deputado federal e senador nas vagas do próprio Estado, pois conforme entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, "em se tratando de eleição para deputado federal ou senador, cada Estado e o Distrito Federal constituem uma circunscrição eleitoral");[84] por sua vez, o cônjuge, parentes e afins até segundo grau do Presidente não poderão candidatar-se a qualquer cargo no país. Aplicando-se as mesmas regras àqueles que os tenham substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito. Não há óbice à candidatura de cônjuge, parentes e afins até segundo grau fora dos limites da circunscrição do titular do mandato executivo, não sendo possível interpretar-se extensivamente as inelegibilidades, pois são hipóteses excepcionais de restrição ao exercício dos direitos políticos.[85]
- Observe-se, ainda, que "concunhado" não é atingido pela inelegibilidade reflexa, pois não se enquadra na definição de "parentes" ou "afins".[86]

O Tribunal Superior Eleitoral entende que "se em algum momento do mandato houve a relação de parentesco, haverá a necessidade de

desincompatibilização do chefe do Executivo seis meses antes do pleito",[87] inclusive no caso de dissolução do casamento[88] ou do falecimento do titular da chefia do Executivo durante o exercício do mandato executivo.[89] Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 18, com o seguinte teor: "A dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, no curso do mandato, não afasta a inelegibilidade prevista no § 7º do artigo 14 da Constituição Federal". Observe-se, porém, que o Enunciado 18 da Súmula Vinculante do STF não se aplica aos casos de extinção do vínculo conjugal pela morte de um dos cônjuges.[90]

O Supremo Tribunal Federal entendeu ainda inexistir inelegibilidade presente comprovada separação de fato antes de iniciado o mandato executivo, mesmo que o divórcio seja posterior, uma vez que não haveria risco de caracterização de monopólio político pelo mesmo grupo familiar.[91] Esse mesmo entendimento deve ser aplicado na hipótese de separação de fato ter ocorrido no curso do primeiro mandato executivo, apesar de o divórcio ter se concretizado somente no exercício do segundo mandato executivo. Nessa hipótese, o Tribunal Superior Eleitoral reconheceu à ex-cônjuge do Prefeito a possibilidade de candidatar-se.[92]

Com base na inelegibilidade reflexa, no caso de ocorrência de criação de Município por desmembramento (CF, art. 18, § 4º), o irmão do prefeito do Município-mãe não poderá candidatar-se a Chefe do Executivo do Município recém-criado,[93] pois como salientou o Supremo Tribunal Federal,

> "o regime jurídico das inelegibilidades comporta interpretação construtiva dos preceitos que lhe compõem a estrutura normativa. Disso resulta a plena validade da exegese que, sorteada por parâmetros axiológicos consagrados pela própria Constituição, visa a impedir que se formem grupos hegemônicos nas instâncias políticas locais. O primado da ideia republicana – cujo

> fundamento ético-político repousa no exercício do regime democrático e no postulado da igualdade – rejeita qualquer prática que possa monopolizar o acesso aos mandatos eletivos e patrimonializar o poder governamental, comprometendo, desse modo, a legitimidade do processo eleitoral".[94]

Da mesma forma, será inelegível para o mandato de Chefe do Poder Executivo alguém que vive maritalmente[95] ou em união estável,[96] inclusive na hipótese de união estável homoafetiva, com o Chefe do Poder Executivo, ou mesmo com seu irmão (afim de 2º grau), pois a Constituição Federal estende o conceito de entidade familiar, nos termos do art. 226, § 3º,[97] e também, no caso da *filiação socioafetiva*, pois como decidiu o Tribunal Superior Eleitoral, "ao se admitirem os direitos oriundos da filiação socioafetiva, reconhecem-se também, no âmbito do Direito Eleitoral, todos os deveres inerentes ao parentesco, inclusive para as hipóteses de inelegibilidades".[98] O mesmo ocorrendo no caso de *casamento* religioso, pois

> "no casamento eclesiástico há circunstâncias especiais, com características de matrimônio de fato, no campo das relações pessoais e, às vezes, patrimoniais, que têm relevância na esfera da ordem política, a justificar a incidência da inelegibilidade".[99]

- *Norma excepcional e permissiva*: no caso do cônjuge, parente ou afim já possuir mandato eletivo, não haverá qualquer impedimento para que pleiteie a *reeleição*, ou seja, candidate-se ao *mesmo cargo*, mesmo que dentro da circunscrição de atuação do chefe do Poder Executivo. Note-se que a exceção constitucional se refere à *reeleição para o mesmo cargo na mesma circunscrição eleitoral.* A título exemplificativo, o cônjuge, parente ou afim até segundo grau de Governador de

> Estado somente poderá disputar a reeleição para Deputado Federal ou Senador por esse Estado se já for titular desse mandato nessa mesma circunscrição. Caso, porém, seja titular do mandato de Deputado Federal ou Senador por outro Estado e pretenda, após transferir seu domicílio eleitoral, disputar novamente as eleições à Câmara dos Deputados ou ao Senado Federal pelo Estado onde seu cônjuge, parente ou afim até segundo grau seja Governador do Estado, incidirá a inelegibilidade reflexa (CF, art. 14, § 7º), uma vez que não se tratará juridicamente de reeleição, mas de uma *nova e primeira eleição para o Congresso Nacional por uma nova circunscrição eleitoral.*

Nesse sentido decidiu o Egrégio Tribunal Superior Eleitoral, afirmando que

> "O conceito de reeleição de Deputado Federal ou de Senador implica renovação do mandato para o mesmo cargo, por mais um período subsequente, no mesmo Estado ou no Distrito Federal, por onde se elegeu. Se o parlamentar federal transferir o domicílio eleitoral para outra Unidade da Federação e, aí, concorrer, não cabe falar em reeleição, que pressupõe pronunciamento do corpo de eleitores da mesma circunscrição, na qual, no pleito imediatamente anterior se elegeu. Se o parlamentar federal, detentor de mandato por uma Unidade Federativa, transferir o domicílio eleitoral para Estado diverso ou para o Distrito Federal, onde cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, até o segundo grau, ou por adoção, seja Governador, torna-se inelegível, *no território da respectiva jurisdição*, por não se encontrar, nessas circunstâncias, em situação jurídica de reeleição, embora titular de mandato."[100]

Observe-se, ainda, que o TSE entendeu enquadrar-se na exceção – e, portanto, elegível – candidata eleita a suplente de vereador, que no curso da legislatura tenha assumido o mandato e queira se reeleger vereadora.[101]

8.5.2.1 Inelegibilidade reflexa e renúncia do detentor de mandato executivo

A antiga redação da Súmula 6 do Tribunal Superior Eleitoral ("É inelegível para o cargo de Prefeito, o cônjuge e os parentes indicados no § 7º do art. 14 da Constituição, do titular do mandato, ainda, que este haja renunciado ao cargo há mais de seis meses do pleito"), não concedendo qualquer efeito a renúncia do titular do mandato Executivo para fins de afastamento da inelegibilidade reflexa, mantinha a impossibilidade da candidatura de seu cônjuge e parentes ou afins até segundo grau para o idêntico cargo de Chefe do Executivo.[102]

Essa previsão não se aplicava para todas as candidaturas a outros mandatos eletivos, mas somente ao mesmo cargo de Chefe do Executivo.

A atual redação da Súmula 6 iguala a situação da renúncia do Chefe do Executivo seis meses antes do término do mandato para todas as eventuais candidaturas de seu cônjuge, parentes ou afins até segundo grau.

Dessa forma, se o chefe do Executivo renunciar seis meses antes da eleição, seu cônjuge e parente ou afins até segundo grau poderão candidatar-se a todos os cargos eletivos,[103] inclusive à chefia do Executivo até então por ele ocupada, desde que esse pudesse concorrer a sua própria reeleição, afastando-se totalmente a inelegibilidade reflexa.[104]

Caso, porém, o Chefe do Executivo estiver exercendo o 2º mandato consecutivo, a renúncia não terá nenhum efeito para a finalidade de afastar a inelegibilidade reflexa quanto a disputa para a chefia do Executivo.[105] Nessa hipótese, se ao próprio chefe do Executivo está vedada a tentativa de perpetuação no cargo por mais de dois mandatos, igualmente, não se permitirá essa continuidade via reflexa.[106]

Assim, ampliou-se o entendimento anterior do Tribunal Superior Eleitoral ao afirmar que, "somente com o afastamento do titular do cargo eletivo do Poder Executivo, seis meses antes do pleito, ficam elegíveis o cônjuge e os parentes, consanguíneos ou afins",[107] pois a renúncia do chefe do Poder Executivo, nos seis meses anteriores à eleição, somente produzirá efeitos de afastamento da inelegibilidade reflexa, para a disputa de cargos eletivos diversos daquele renunciado pelo titular do mandato.[108] Assim, por exemplo, irmão do Governador do Estado poderá candidatar-se a Deputado Federal,[109] Senador da República[110] ou Prefeito de município,[111] desde que haja renúncia do Governador nos seis meses anteriores ao pleito eleitoral.

O mesmo, segundo o TSE, ocorre na hipótese de separação judicial no curso do 1º mandato. Porém, se isso ocorrer no curso do 2º mandato, será "inelegível, no território de jurisdição do titular, o ex-cônjuge do chefe do Executivo reeleito, visto que em algum momento do mandato existiu o parentesco, podendo comprometer a lisura eleitoral",[112] inclusive ao cargo de vice-chefe do Executivo.[113]

Da mesma forma, entende o Tribunal Superior Eleitoral ser "inelegível o cônjuge de chefe do Poder Executivo em primeiro mandato que não exerceu o mandato para o qual foi reeleito, por ter tido o seu diploma cassado", uma vez que, "o objetivo do § 7º do art. 14 da CF é impedir o continuísmo familiar na chefia do Poder Executivo, em benefício da garantia da lisura e higidez do processo eleitoral".[114]

8.5.3 Militar

O militar é alistável, podendo ser eleito, conforme determina o art. 14, § 8º. Ocorre, porém, que o art. 142, § 3º, V, da Constituição Federal proíbe aos membros das Forças Armadas, enquanto em serviço ativo, estarem filiados a partidos políticos. Essa proibição, igualmente, aplica-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, em face do art. 42, §

1º,[115] não se aplicando aos Policiais Federais, Rodoviários Federais, Civis, Penais e aos Guardas Civis.[116]

Como solucionar este aparente conflito constitucional: a necessidade de o militar estar filiado a partido político para exercer sua capacidade eleitoral passiva (CF, art. 14, § 3º, V), garantida pelo art. 14, § 8º, da CF e a impossibilidade de filiar-se a partidos políticos enquanto em serviço ativo?

O assunto já foi reiteradamente julgado pelo Tribunal Superior Eleitoral, na vigência da antiga redação do art. 42, § 6º, substituído pela EC nº 18/98, por semelhante redação pelos atuais arts. 42, § 1º, e 142, § 3º, V, onde se indica "como suprimento da prévia filiação partidária, o registro da candidatura apresentada pelo partido e autorizada pelo candidato".[117] Assim, do registro da candidatura até a diplomação do candidato ou seu regresso às Forças Armadas, o candidato é mantido na condição de agregado,[118] ou seja, afastado temporariamente, caso conte com mais de dez anos de serviço, ou ainda, será afastado definitivamente, se contar com menos de dez anos.

Fixada esta premissa, a Constituição Federal determina que o militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições:

- se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade de forma definitiva;[119]
- se contar mais de dez anos, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade.

8.5.4 Previsões de ordem legal

A Constituição Federal, no § 9º do art. 14, autorizou a edição de lei complementar (LC nº 64/90, LC nº 81/94 e LC nº 135/2010) para dispor sobre outros casos de inelegibilidades e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do

mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou do abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

A lei complementar é a única espécie normativa autorizada constitucionalmente a disciplinar a criação e estabelecer os prazos de duração de outras *inelegibilidades relativas,* sendo-lhe vedada a criação de inelegibilidade absoluta, pois estas são previstas taxativamente pela própria Constituição.

Existe, portanto, uma autêntica *reserva de Lei Complementar*, e, consequentemente, qualquer outra lei, regulamento, regimento, portaria ou resolução que verse o assunto será inconstitucional, por invasão de matéria própria e exclusiva daquela espécie normativa.[120]

Nesse sentido, em relação ao pedido da Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) para que fossem inelegíveis os candidatos que estivessem sendo processados por improbidade administrativa – mesmo sem o respectivo trânsito em julgado – "O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF 144/DF, declarou-a improcedente, em decisão impregnada de efeito vinculante e que estabeleceu conclusões assim proclamadas por esta Corte: (1) a regra inscrita no § 9º do art. 14 da Constituição, na redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4/94, não é autoaplicável, pois a definição de novos casos de inelegibilidade e a estipulação dos prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, dependem, exclusivamente, da edição de lei complementar, cuja ausência não pode ser suprida mediante interpretação judicial; (2) a mera existência de inquéritos policiais em curso ou de processos judiciais em andamento ou de sentença penal condenatória ainda não transitada em julgado, além de não configurar, por si só, hipótese de inelegibilidade, também não impede o registro de candidatura de qualquer cidadão; (3) a

exigência de coisa julgada a que se referem as alíneas *d*, *e* e *h* do inciso I do art. 1º e o art. 15, todos da Lei Complementar nº 64/90, não transgride nem descumpre os preceitos fundamentais concernentes à probidade administrativa e à moralidade para o exercício de mandato eletivo;[121] (4) a ressalva a que alude a alínea *g* do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64/90, mostra-se compatível com o § 9º do art. 14 da Constituição, na redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4/94."[122]

A Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010 (Lei da "Ficha Limpa"), que altera a LC nº 64/90, estabeleceu outros casos de inelegibilidades, prazos de cessação, determinando outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato.[123] Sobre sua aplicabilidade imediata, em virtude do art. 16 da Constituição Federal, conferir discussão importantíssima no Supremo Tribunal Federal, que, em uma de suas hipóteses (renúncia a mandato eletivo), terminou seu julgamento empatado em 5 × 5, e, por fim, deixando seu Presidente exercer o "*Voto de Minerva*", o Colegiado, por maioria, optou pela aplicação da regra regimental de manutenção da decisão do Tribunal Superior Eleitoral, que havia decretado a inelegibilidade.[124]

9 PRIVAÇÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS

O cidadão pode ser privado, *definitiva ou temporariamente*, de seus direitos políticos, em face de hipóteses taxativamente previstas no texto constitucional.

A Constituição Federal não aponta as hipóteses de perda ou suspensão dos direitos políticos, porém a natureza, forma e, principalmente, efeitos delas possibilitam a diferenciação entre os casos de *perda* e *suspensão*.

O art. 15 da Constituição Federal estabelece ser vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de

cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; incapacidade civil absoluta; condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, inc. VIII, e improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Ocorrendo uma das hipóteses previstas na Constituição Federal, o fato deverá ser comunicado ao Juiz Eleitoral competente, que determinará sua inclusão no sistema de dados, para que aquele que estiver privado de seus direitos políticos seja definitivamente (perda), seja temporariamente (suspensão), não figure na folha de votação.

A privação dos direitos políticos, seja nas hipóteses de perda seja nas de suspensão, engloba a perda do mandato eletivo, determinando, portanto, imediata cessação de seu exercício.[125] Note-se que, no caso de tratar-se de parlamentares federais, a própria Constituição Federal regulamenta o mecanismo da perda do mandato, afirmando em seu art. 55, § 3º, que perderá o mandato o Deputado ou Senador que perder ou tiver suspensos os direitos políticos, por declaração da Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada a ampla defesa. Essa previsão somente não é aplicável na hipótese de suspensão dos direitos políticos por condenação criminal em sentença transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos, como será analisado no item 9.2.2.

Aquele que estiver com sua inscrição cancelada, por ter perdido seus direitos políticos, ou suspensa, por estar com seus direitos políticos suspensos, cessado o motivo ensejador da privação, poderá regularizar sua situação junto à Justiça Eleitoral.[126]

9.1 Perda

A perda dos direitos políticos configura a privação definitiva deles e ocorre nos casos de cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado e recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII, da Constituição Federal.

9.1.1 Cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional (CF, art. 12, § 4º)

A hipótese de perda da nacionalidade brasileira por esse motivo já foi estudada anteriormente. Como consequência desta perda, o indivíduo retorna à situação de estrangeiro perdendo os direitos políticos, pois o atributo da cidadania é próprio dos que possuem nacionalidade. Somente o Poder Judiciário (Justiça Federal, art. 109, X, da CF) poderá decretar a perda dos direitos políticos nessa hipótese.

9.1.2 Escusa de consciência

O art. 5º, inciso VIII, prevê que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

> "Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar" (CF, art. 143, § 1º).

A Lei nº 8.239, de 4-10-1991, com alterações da Lei nº 12.608, de 2012, regulamentada pela Portaria nº 2.681, de 28-7-1992, previu as obrigações alternativas para o caso de serviço militar obrigatório.

Assim, para que haja perda dos direitos políticos deverão estar presentes os dois requisitos:

- descumprimento de uma obrigação a todos imposta;
- recusa à realização de uma prestação alternativa fixada em lei: caso não tenha sido editada a lei regulamentando a prestação alternativa, não há possibilidade de o cidadão ser afetado em seus direitos políticos por inércia estatal. Dessa forma, ficará aguardando a edição legislativa.

Diferentemente da constituição anterior, em que havia expressa previsão da competência do Presidente da República para decretar a perda dos direitos políticos nessa hipótese (CF/67-69, art. 144, § 2º),[127] a atual silenciou a respeito.

Analisando a questão, José Afonso da Silva entende que se a Constituição não autorizou o Presidente da República a fazê-lo,

> "só resta ao Poder Judiciário, único que tem poder para dirimir a questão, em processo suscitado pelas autoridades federais em face de caso concreto",[128] esta competência.

Data venia desse entendimento, concordamos com Fávila Ribeiro, para quem

> "o legislador constituinte deixando de estabelecer, cedeu à lei federal, com base no art. 22, XIII, da Constituição Federal, a competência para regular esse procedimento".[129]

Mesmo porque, lembre-se que no caso de perda da nacionalidade por naturalização voluntária (CF, art. 12, § 4º, II), e consequente perda dos direitos políticos, é competente a autoridade administrativa, como já visto.

A Lei nº 8.239, de 4-10-1991, que regulamentou o art. 143, § 1º, da Constituição Federal, acolhendo esse entendimento, determina que a recusa ou cumprimento incompleto do serviço alternativo, sob qualquer pretexto, por motivo de responsabilidade pessoal do convocado, implicará o não fornecimento do certificado correspondente, pelo prazo de dois anos após o vencimento do período estabelecido. Findo o prazo previsto, o certificado só será emitido após a decretação, pela autoridade administrativa competente, da suspensão dos direitos políticos do inadimplente, que poderá, a qualquer tempo, regularizar sua situação mediante cumprimento das obrigações devidas. Apesar de a lei referir-se à *suspensão*, trata-se de *perda*, pois não configura uma sanção com prazo determinado para terminar. O que a lei possibilita é a reaquisição dos direitos políticos, a qualquer tempo, mediante *o cumprimento das obrigações devidas*.[130]

9.1.3 Outros casos de perda

Tanto a perda quanto a suspensão dos direitos políticos, como já ressaltado, somente poderão ocorrer nos casos taxativamente previstos na Constituição. Logicamente, não necessariamente nas previsões do art. 15, como é o caso da hipótese prevista no art. 12, § 4º, II. Assim, determina essa norma legal que será declarada a perda da nacionalidade brasileira administrativamente, quando a pessoa adquirir outra nacionalidade por naturalização voluntária. Como consequência desta alteração em sua condição jurídica, tornando-se *estrangeiro*, por óbvio não mais terá direitos políticos no Brasil.[131]

O mesmo ocorrerá nas hipóteses em que o procedimento de naturalização vier a ser anulado judicialmente por vício de consentimento

no ato jurídico (erro, dolo, coação, fraude ou simulação). A pessoa retornará à condição de estrangeiro, deixando, pois, de ostentar direitos políticos perante o ordenamento brasileiro.

9.2 Suspensão

A suspensão dos direitos políticos caracteriza-se pela *temporariedade* da privação dos direitos políticos e ocorre nas seguintes hipóteses: incapacidade civil absoluta; condenação criminal com trânsito em julgado, enquanto durarem seus efeitos; improbidade administrativa.

9.2.1 Incapacidade civil absoluta

Um dos efeitos secundários da sentença judicial que decreta a interdição é a suspensão dos direitos políticos. Assim, basta a decretação da interdição do incapaz, nos termos da legislação civil, para que decorra, como efeito secundário e específico da sentença judicial, a suspensão dos direitos políticos, enquanto durarem os efeitos da interdição.

9.2.2 Condenação criminal com trânsito em julgado enquanto durarem seus efeitos

Todos os sentenciados que sofrerem condenação criminal com trânsito em julgado estarão com seus direitos políticos suspensos até que ocorra a extinção da punibilidade, como consequência automática e inafastável da sentença condenatória.[132] A duração dessa suspensão cessa com a já citada ocorrência da extinção da punibilidade, seja pelo cumprimento da pena, seja por qualquer outra das espécies previstas no Código Penal, independentemente de reabilitação ou de prova de reparação de danos (Súmula 9 do TSE: “A suspensão de direitos políticos decorrente de condenação criminal transitada em julgado cessa com o cumprimento ou a

extinção da pena, independendo de reabilitação ou de prova de reparação dos danos").

Os requisitos para a ocorrência dessa hipótese de suspensão dos direitos políticos são:

- *condenação criminal com trânsito em julgado*: O art. 15, inciso III, da Constituição Federal é autoaplicável, sendo consequência direta e imediata da decisão condenatória transitada em julgado,[133] não havendo necessidade de manifestação expressa a respeito de sua incidência na decisão condenatória e prescindindo-se de quaisquer formalidades.[134] Assim, a condenação criminal transitada em julgado acarreta a suspensão de direitos políticos pelo tempo em que durarem seus efeitos, independentemente de estar em curso ação de revisão criminal.[135] Não transitada em julgado a sentença condenatória, pode ser concedido o registro do candidato, uma vez que a suspensão dos direitos políticos prevista pelo inciso III, do art. 15, da Constituição Federal, ainda não terá incidência.[136] O disposto no art. 15, inciso III, da Constituição Federal, ao referir-se ao termo "*condenação criminal transitada em julgado*" não distingue quanto ao tipo de infração penal cometida,[137] abrangendo não só aquelas decorrentes da prática de crimes dolosos ou culposos,[138] mas também as decorrentes de contravenção penal,[139] independentemente da aplicação de pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos,[140] pois a *ratio* do citado dispositivo é permitir que os cargos públicos eletivos sejam reservados somente para os cidadãos insuspeitos, preservando-se a dignidade da representação democrática. Importante, portanto, relembrar a lição do Ministro Carlos Velloso que, ao defender a aplicabilidade do art. 15, inciso III, tanto aos crimes dolosos quanto aos crimes culposos, afirma que

"sou daqueles que entendem que os cargos públicos deveriam ser reservados para os cidadãos insuspeitos. Não posso entender que a administração pública possa impedir que, para cargos menores, sejam empossados cidadãos com maus antecedentes e que os altos cargos eletivos possam ser exercidos por cidadãos que estão sendo processados e por cidadão até condenados".[141]

- Igualmente, a suspensão dos direitos políticos é aplicável, segundo o TSE, na hipótese de sentença absolutória imprópria, uma vez que "a decisão que impõe medida de segurança ostenta natureza condenatória, atribuindo sanção penal, razão por que enseja suspensão de direitos políticos nos termos do art. 15, III, da Constituição Federal".[142]
- *Efeitos da condenação criminal*:[143] a suspensão dos direitos persistirá enquanto durarem as sanções impostas ao condenado, tendo total incidência durante o período de livramento condicional, e ainda, nas hipóteses de prisão albergue ou domiciliar,[144] pois somente a execução da pena afasta a suspensão dos direitos políticos com base no art. 15, inc. III, da Constituição Federal.[145] Em relação ao período de prova do *sursis*, por tratar-se de forma de cumprimento da pena, o sentenciado igualmente ficará privado temporariamente de seus direitos políticos.[146] Anote-se que, diferentemente da Constituição anterior, não se trata atualmente de norma constitucional de eficácia limitada à edição de uma futura lei complementar, o que impediria a aplicação imediata da suspensão dos direitos políticos como ocorria. O art. 149, § 2º, *c*, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 01, de 1969, determinava que: "Assegurada ao paciente ampla defesa, poderá ser declarada a perda ou a suspensão dos seus direitos políticos por motivo de condenação criminal, enquanto durarem seus

efeitos." Porém, o § 3º desse mesmo artigo estipulava a necessidade de edição de lei complementar para dispor sobre a especificação dos direitos políticos, o gozo, o exercício, a perda ou suspensão de todos ou de qualquer deles e os casos e as condições de sua reaquisição. Em virtude dessa redação, entendia o Supremo Tribunal Federal que a condenação criminal transitada em julgado não importava na automática suspensão dos direitos políticos, em face da inexistência da lei complementar exigida pela Constituição Federal.[147] A partir da Constituição Federal de 1988, a suspensão dos direitos políticos em virtude de condenação criminal transitada em julgado se dá ainda que em curso o período de prova do *sursis,* conforme destacado pelo Supremo Tribunal Federal: "Em face do disposto no artigo 15, III, da Constituição Federal, a suspensão dos direitos políticos se dá ainda quando, com referência ao condenado por sentença criminal transitada em julgado, esteja em curso o período da suspensão condicional da pena."[148]

A. Condenação criminal com trânsito em julgado e perda de mandato eletivo

Lembremo-nos que, como *regra geral,* a privação dos direitos políticos, inclusive na hipótese de condenação criminal transitada em julgado enquanto durarem seus efeitos, engloba a perda do mandato eletivo, determinando, portanto, imediata cessação de seu exercício.[149]

Porém, os parlamentares federais no exercício do mandato que forem condenados criminalmente incidem na hipótese do art. 55, inciso VI e § 2º, da CF, não perdendo automaticamente o mandato, mas não podendo disputar novas eleições enquanto durarem os efeitos da decisão condenatória.[150] Isso ocorre pois a própria Constituição Federal estabelece que perderá o mandato o Deputado ou Senador que sofrer condenação

criminal em sentença transitada em julgado, sendo que a perda será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por *voto aberto*[151] e *maioria absoluta,* mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

Assim, em face de duas normas constitucionais aparentemente conflitantes (CF, arts. 15, III, e 55, VI) deve-se procurar delimitar o âmbito normativo de cada uma, vislumbrando-se sua razão de existência, finalidade e extensão, para então interpretá-las no sentido de garantir-se a unidade da constituição e a máxima efetividade de suas previsões. A partir dessa análise, percebe-se que a razão de existência do art. 55, inciso VI, e § 2º, da Constituição Federal é de garantir ao Congresso Nacional a durabilidade dos mandatos de seus membros (deputados federais e senadores da República), com a finalidade de preservar a independência do Legislativo perante os demais poderes, tendo sua extensão delimitada, tão somente, aos próprios parlamentares federais, por expressa e taxativa previsão constitucional. Trata-se, pois, de uma norma constitucional especial e excepcional em relação à previsão genérica do art. 15, inciso III.

Dessa forma, em relação aos Congressistas condenados criminalmente, com trânsito em julgado, não será automática a perda do mandato, pois a própria Constituição, estabelecendo que "*a perda será decidida*", exigiu a ocorrência de um ato político e discricionário da respectiva Casa Legislativa Federal, absolutamente independente da decisão judicial. Como destacou o Ministro Nelson Jobim, no caso de parlamentares federais, "a perda do mandato, por condenação criminal, não é automática: depende de um juízo político do plenário da casa parlamentar. A Constituição outorga ao Parlamento a possibilidade da emissão de um juízo político de conveniência sobre a perda do mandato. Desta forma, a rigor, a condenação criminal, transitada em julgado, não causará a suspensão dos direitos políticos, tudo porque a perda do mandato depende de uma decisão da Casa parlamentar respectiva e não da condenação criminal".[152]

Nesse sentido, importante destacar a lição trazida pelo Ministro Moreira Alves, relator do Rextr. nº 179.502-6/SP, em cuja decisão o Supremo Tribunal Federal havia pacificado o assunto:

> "Assim sendo, tem-se que, por esse critério da especialidade – sem retirar a eficácia de qualquer das normas em choque, o que só se faz em último caso, pelo princípio dominante no direito moderno, de que se deve dar a máxima eficácia possível às normas constitucionais –, o problema se resolve excepcionando-se da abrangência da generalidade do art. 15, III, os parlamentares referidos no art. 55, para os quais, enquanto no exercício do mandato, a condenação criminal por si só, e ainda quando transitada em julgado, não implica a suspensão dos direitos políticos, só ocorrendo tal se a perda do mandato vier a ser decretada pela Casa a que ele pertencer."[153]

Ressalte-se, porém, que alterando seu anterior posicionamento, o Supremo Tribunal Federal, na Ação Penal 470 ("mensalão"), por maioria de votos (5 × 4), deu nova interpretação constitucional aos citados dispositivos, entendendo pela possibilidade de perda automática do mandato, a partir do trânsito em julgado, de parlamentares federais condenados criminalmente, em especial pela prática de crimes contra a administração pública, em virtude da impossibilidade de manterem o mandato parlamentar face a suspensão dos direitos políticos derivados da sentença condenatória transitada em julgado.

Conforme destacado no julgamento, "é ao Supremo Tribunal Federal que compete a aplicação das penas cominadas em lei, em caso de condenação. A perda do mandato eletivo é uma pena acessória da pena principal (privativa de liberdade ou restritiva de direitos), e deve ser decretada pelo órgão que exerce a função jurisdicional, como um dos efeitos da condenação, quando presentes os requisitos legais para tanto".[154]

A mesma situação deve ser estendida em relação aos deputados estaduais e distritais,[155] por força dos arts. 27, § 1º, e 32, § 3º, que determinam a aplicação das mesmas regras referentes à perda do mandato do deputado federal.[156]

Diversa, porém, é a hipótese em relação aos parlamentares municipais ou detentores de mandatos no âmbito do Poder Executivo,[157] uma vez que a Constituição Federal não os excepcionou da total incidência do referido inciso III, do art. 15, não havendo, portanto, em relação aos vereadores, presidente,[158] governadores e prefeitos, o que justifique o afastamento da regra geral aplicável na hipótese de suspensão dos direitos políticos, qual seja, imediata cessação do exercício do mandato.[159] Dessa forma, uma vez transitada em julgado a sentença condenatória por infração penal praticada por detentor de mandato eletivo, serão remetidas certidões à Justiça Eleitoral, que as encaminhará ao Juiz Eleitoral competente, que oficiará no caso de tratar-se de parlamentares o Presidente da respectiva Casa Legislativa, para que declare a extinção do mandato e, consequentemente, efetive o preenchimento da vaga. Trata-se de ato vinculado do Poder Legislativo municipal que deverá, obrigatoriamente, aplicar a efeitos decorrentes do art. 15, inciso III, da Constituição Federal, independentemente de qualquer deliberação política.[160]

B. Diferenciação entre suspensão dos direitos políticos por condenação criminal transitada em julgado (CF, art. 15, inciso III) e inelegibilidade legal em face de condenação criminal por determinadas infrações penais (Lei Complementar nº 64/90, art. 1º, inciso I, e)

Por fim, a presente hipótese de suspensão dos direitos políticos em virtude de condenação criminal transitada em julgado enquanto durarem seus efeitos não se confunde com a previsão de inelegibilidade da Lei Complementar nº 64/90, que prevê serem inelegíveis para qualquer cargo os

que forem condenados criminalmente, com sentença transitada em julgado, pela prática de crimes contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência; contra o meio ambiente e a saúde pública; eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade; de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública; de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos; de redução à condição análoga à de escravo; contra a vida e a dignidade sexual; e praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando.

Enquanto a primeira hipótese tem seu fundamento no art. 15, inciso III, da Constituição Federal (*suspensão*), a segunda tem seu fundamento no § 9º do art. 14 (*inelegibilidade legal*) e somente abrange uma situação de inelegibilidade, posterior ao término da suspensão dos direitos políticos, aos condenados pela prática dos crimes previstos no já citado art. 1º, da LC nº 64/90.[161]

Ressalte-se a possibilidade de cumulação de inelegibilidades e suspensão de direitos políticos, pois conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal, "a inelegibilidade tem as suas causas previstas nos §§ 4º a 9º do art. 14 da Carta Magna de 1988, que se traduzem em condições objetivas cuja verificação impede o indivíduo de concorrer a cargos eletivos ou, acaso eleito, de os exercer, e não se confunde com a suspensão ou perda dos direitos políticos, cujas hipóteses são previstas no art. 15 da Constituição da República, e que importa restrição não apenas ao direito de concorrer a cargos eletivos (*ius honorum*), mas também ao direito de voto (*ius sufragii*). Por essa razão, não há inconstitucionalidade na cumulação entre a inelegibilidade e a suspensão de direitos políticos".[162]

9.2.3 Improbidade administrativa

A Constituição Federal, no art. 37, § 4º, prevê que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da sanção penal cabível, reforçando a previsão de suspensão dos direitos políticos do art. 15, V.[163]

A questão da improbidade administrativa será amplamente analisada no capítulo da Administração Pública, somente anotando desde já que a competência para essa hipótese será do próprio Poder Judiciário, nas ações envolvendo atos de improbidade.

Ressalte-se, ainda, inexistir previsão constitucional de foro privilegiado para a propositura de ações por ato de improbidade administrativa movidas contra quaisquer autoridades.[164]

10 PARTIDOS POLÍTICOS[165]

A Constituição Federal regulamentou os partidos políticos, como instrumentos necessários e importantes para preservação do Estado Democrático de Direito,[166] afirmando a liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos,[167] resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os preceitos de caráter nacional; proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; prestação de contas à Justiça Eleitoral e funcionamento parlamentar de acordo com a lei.[168]

A previsão constitucional do “caráter nacional” dos partidos políticos, estabelecida no art. 17, inciso I, da Constituição Federal não acarreta, segundo decisão do STF, responsabilidade solidária entre os diretórios partidários nacional, estaduais e municipais.[169]

O texto constitucional assegura aos partidos políticos autonomia[170] para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedando, a partir da EC nº 97/2017, a possibilidade de coligações nas eleições proporcionais. Observe-se que, nos termos do art. 2º da EC nº 97/2017, a vedação à celebração de coligações nas eleições proporcionais, prevista no § 1º do art. 17 da Constituição Federal, foi aplicada a partir das eleições de 2020.

A autonomia partidária consagrada constitucionalmente não impede o exercício pleno de função fiscalizatória pela Justiça Eleitoral, pois, como decidiu o STF, "são constitucionais as normas pelas quais se fortaleça o controle quantitativo e qualitativo dos partidos, sem afronta ao princípio da igualdade ou ingerência no funcionamento interno", objetivando, inclusive, "impedir a proliferação de agremiações sem expressão política, que podem atuar como "legendas de aluguel", fraudando a representação, base do regime democrático.[171]

O texto constitucional também afasta a obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo os estatutos partidários estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária;[172] bem como a possibilidade de previsão legal da vedada a denominada "candidatura nata", ou seja, da indicação partidária automática de detentor de mandato eletivo para concorrer à reeleição sem necessidade de aprovação em convenção, por ser incompatível com a autonomia partidária e a isonomia entre possíveis candidatos.[173]

Em relação ao funcionamento parlamentar, o STF vedou a possibilidade de lei estabelecer "cláusula de desempenho", que configure *desnaturamento da própria sobrevivência dos partidos políticos,* pois, conforme entendeu, "a previsão quanto à competência do legislador ordinário para tratar do funcionamento parlamentar não deve ser tomada a

ponto de esvaziar-se os princípios constitucionais, notadamente o revelador do pluripartidarismo, e inviabilizar, por completo, esse funcionamento, acabando com as bancadas dos partidos minoritários e impedindo os respectivos deputados de comporem a Mesa Diretiva e as comissões".[174]

Em virtude desse posicionamento de nossa Corte Suprema, o Congresso Nacional promulgou a EC nº 97/2017, estabelecendo regras "transitórias" e "permanentes" em relação aos recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão.

Na forma da lei, *transitoriamente,* terão acesso aos recursos do fundo partidário e à propaganda gratuita no rádio e na televisão os partidos políticos que:

(I) N*a legislatura seguinte às eleições de 2018*:

a) obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 1,5% (um e meio por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 1% (um por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou

b) tiverem elegido pelo menos nove Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação;

(II) *Na legislatura seguinte às eleições de 2022:*

a) obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 2% (dois por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 1% (um por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou

b) tiverem elegido pelo menos onze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da

Federação;

(III) *Na legislatura seguinte às eleições de 2026:*

a) obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 2,5% (dois e meio por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 1,5% (um e meio por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou

b) tiverem elegido pelo menos treze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação.

A partir da *legislatura seguinte a 2030*, a regra será *permanente, e* os partidos políticos terão direito aos recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão desde que, alternativamente, tenham:

(a) obtido, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou

(b) tiverem elegido pelo menos quinze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação.

A Emenda Constitucional nº 111, de 28 de setembro de 2021, para fins de distribuição entre os partidos políticos dos recursos do fundo partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), determinou que os votos dados a candidatas mulheres ou a candidatos negros para a Câmara dos Deputados nas eleições realizadas de 2022 a 2030 serão contados em dobro. A contagem em dobro de votos somente se aplica uma única vez. Consultar item 6.4.1, do Capítulo 3, em relação ao “Princípio da Igualdade e financiamento isonômico às candidaturas de pessoas negras

como instrumento de efetividade da plena cidadania e combate à discriminação".

Nos termos da Emenda Constitucional nº 117, de 5 de abril de 2022, os partidos políticos devem aplicar no mínimo 5% (cinco por cento) dos recursos do fundo partidário na criação e na manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres, de acordo com os interesses intrapartidários. O montante do Fundo Especial de Financiamento de Campanha e da parcela do fundo partidário destinada a campanhas eleitorais, bem como o tempo de propaganda gratuita no rádio e na televisão a ser distribuído pelos partidos às respectivas candidatas, deverão ser de no mínimo 30% (trinta por cento), proporcional ao número de candidatas, e a distribuição deverá ser realizada conforme critérios definidos pelos respectivos órgãos de direção e pelas normas estatutárias, considerados a autonomia e o interesse partidário.

A EC nº 117/2022 prevê ainda que aos partidos políticos que não tenham utilizado os recursos destinados aos programas de promoção e difusão da participação política das mulheres ou cujos valores destinados a essa finalidade não tenham sido reconhecidos pela Justiça Eleitoral é assegurada a utilização desses valores nas eleições subsequentes, vedada a condenação pela Justiça Eleitoral nos processos de prestação de contas de exercícios financeiros anteriores que ainda não tenham transitado em julgado até a data de promulgação desta Emenda Constitucional.

Por fim, o novo texto constitucional isentou da aplicação de sanções de qualquer natureza, inclusive de devolução de valores, multa ou suspensão do fundo partidário, aos partidos que não preencheram a cota mínima de recursos ou que não destinaram os valores mínimos em razão de sexo e raça em eleições ocorridas antes da promulgação desta Emenda Constitucional.

Observe-se, ainda, que ao eleito por partido que não preencher os requisitos citados anteriormente, e consequentemente não tiver direito aos recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, é

assegurado o mandato e facultada a filiação, sem perda do mandato, a outro partido que os tenha atingido, não sendo essa filiação considerada para fins de distribuição dos recursos do fundo partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e de televisão.

Em relação à fidelidade partidária, o Tribunal Superior Eleitoral reconheceu que os mandatos pertencem aos Partidos Políticos que, consequentemente, tem direito de preservá-los se ocorrer cancelamento da filiação partidária ou transferência de legenda,[175] ou seja, podem requerer à Justiça Eleitoral a cassação do mandato do parlamentar infiel e a imediata determinação de posse do suplente.[176]

O Supremo Tribunal Federal confirmou esse entendimento, tendo o Ministro Celso de Mello destacado que essa possibilidade surge de "emanação direta do próprio texto da Constituição, que a esse mesmo direito confere realidade e dá suporte legitimador, especialmente em face dos fundamentos e dos princípios estruturantes em que se apoia o Estado Democrático de Direito, como a soberania popular, a cidadania e o pluralismo político (CF, art. 1º, I, II e V). Não se trata, portanto, de impor, ao parlamentar infiel, a sanção da perda de mandato", para concluir que "O ato de infidelidade, seja ao Partido Político, seja, com maior razão, ao próprio cidadão-eleitor, mais do que um desvio ético-político, representa um inadmissível ultraje ao princípio democrático e ao exercício legítimo do poder, na medida em que migrações inesperadas, nem sempre motivadas por razões justas, não só surpreendem o próprio corpo eleitoral e as agremiações partidárias de origem – desfalcando-as da representatividade por elas conquistada nas urnas –, mas culminam por gerar um arbitrário desequilíbrio de forças no Parlamento, vindo, até, em clara fraude à vontade popular, e em frontal transgressão ao sistema eleitoral proporcional, a asfixiar, em face de súbita redução numérica, o exercício pleno da oposição política".[177]

Posteriormente, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução nº 22.610/DF, de 25 de outubro de 2007, relatada pelo Ministro Cezar Peluso, disciplinando o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária,[178] sendo o Tribunal Superior Eleitoral competente para processar e julgar os pedidos relativos a mandatos federais e os Tribunais Regionais Eleitorais competentes para os demais casos.

A resolução estabeleceu que o partido político interessado possa pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de *desfiliação partidária sem justa causa.*

O Tribunal Superior Eleitoral, na citada resolução, optou por não definir o conceito de *ausência de justa causa,* preferindo, *a contrario sensu*, estabelecer como *justa causa* as seguintes hipóteses:[179] incorporação ou fusão do partido; criação de novo partido; mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; grave discriminação pessoal.[180]

A Resolução nº 22.610/DF estabeleceu, ainda, como primeiro legitimado para o pedido perante a Justiça Eleitoral o próprio partido político pelo qual foi eleito o político que se desfiliou, permitindo, porém, na hipótese de sua inércia no período de 30 dias, que o pedido seja feito por quem tenha interesse jurídico ou pelo Ministério Público eleitoral.

A Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015, alterou a Lei nº 9.096/95, fixando a "fidelidade partidária" legal, em sentido semelhante ao apontado pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Dessa maneira, a lei determina que perderá o mandato o detentor de cargo eletivo que se desfiliar, sem justa causa, do partido pelo qual foi eleito, apontando, porém, as hipóteses de justa causa para a "desfiliação partidária": (a) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; (b) grave discriminação política pessoal; (c) mudança de partido efetuada durante o período de trinta dias que antecede o prazo de filiação exigido em lei para concorrer à eleição, majoritária ou proporcional, ao término do mandato vigente.

A terceira hipótese de "justa causa" legal exige a presença de dois requisitos simultâneos: (a) requisito circunstancial: o titular do mandato deve estar no último ano de seu exercício; (b) requisito temporal: a mudança de partido deve ser realizada no período de 30 dias anterior ao prazo de filiação partidária, que, atualmente, se encerra seis meses antes das eleições.

A Emenda Constitucional nº 111, de 28 de setembro de 2021, definiu a questão, ao disciplinar o instituto da fidelidade partidária, prevendo que os Deputados Federais, os Deputados Estaduais, os Deputados Distritais e os Vereadores que se desligarem do partido pelo qual tenham sido eleitos perderão o mandato, salvo nos casos de anuência do partido ou de outras hipóteses de justa causa estabelecidas em lei, não computada, em qualquer caso, a migração de partido para fins de distribuição de recursos do fundo partidário ou de outros fundos públicos e de acesso gratuito ao rádio e à televisão.

Observe-se, porém, que a perda do mandato por infidelidade partidária, ou seja, em razão de mudança de partido, não deve ser aplicada aos detentores de mandatos que tenham sido eleitos pelo sistema majoritário.[181]

A Emenda Constitucional nº 91, de 18 de fevereiro de 2016, criou uma "janela de infidelidade" ao estabelecer a possibilidade do detentor de mandato eletivo se desfiliar do partido político pelo qual foi eleito nos 30 dias seguintes à promulgação da própria Emenda Constitucional, sem prejuízo do mandato.

Importante salientar que essa esdrúxula "janela de infidelidade" apresenta algumas características:

a) **Excepcionalidade:** trata-se de norma constitucional temporária, com vigência definida pelo próprio texto da emenda, ou seja, somente será possível a total liberdade para migrações

partidárias dos detentores de mandatos eletivos, durante os 30 dias após a promulgação da EC nº 91;

b) **Amplitude:** a "janela de infidelidade partidária" se aplica tanto a detentores de mandatos majoritários – cujo entendimento do STF já garantia a migração partidária – quanto aos detentores de mandatos proporcionais (deputados e vereadores);

c) **Desnecessidade de motivação:** a desfiliação partidária, durante o período previsto na EC nº 91, independe de qualquer alegação de justa causa;

d) **Ausência de efeitos reflexos:** as alterações partidárias ocorridas durante o período de 30 dias previsto na EC nº 91/16 não serão consideradas para fins de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e televisão.

Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral e terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.

Conforme salienta Miguel Reale Junior,

> "enquanto na Europa vive-se a *crise da democracia dos partidos*, partidos de massa que se revelam incapazes de satisfatoriamente aglutinar os segmentos sociais, de se fazerem intérpretes das aspirações concretas, veículos impróprios para efetiva participação política, no Brasil é mister iniciar a obra da *ligação entre a Sociedade Civil e o Estado pelo fortalecimento dos partidos políticos*".[182]

Com esse intuito, o legislador constituinte fortaleceu a autonomia dos partidos políticos, diminuindo extraordinariamente o controle do Poder Público sobre eles, visando, como ressaltado por Michel Temer,

> "tentar criar (ou fortalecer) partidos políticos sólidos, comprometidos com determinada ideologia político-administrativa, uma vez que o partido há de ser o canal condutor a ser percorrido por certa parcela da opinião pública para chegar ao governo e aplicar o seu programa",[183]

uma vez que é essencial lembrar a lição de Raul Machado Horta de que

> "o sistema de partidos repercute de igual modo no funcionamento do regime presidencial, tornando mais flexíveis as relações entre o Presidente e o Congresso, ou concorrendo para abrandar as dimensões imperiais do poder presidencial, em regime de pluripartidarismo".[184]

Na ADI nº 4650/DF, Rel. Min. Luiz Fux, 16 e 17-9-2015 (ADI-4650), o Plenário do STF definiu os critérios e limites de contribuições financeiras eleitorais, inclusive declarando a inconstitucionalidade de contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais.

Por fim, importante lembrarmos que, apesar de serem os principais operadores políticos em um regime democrático, os partidos não são os únicos, havendo a possibilidade de tutela de interesses setoriais (grupos ecológicos, feministas, pacifistas), através de associações e grupos de pressão.

10.1 Princípio da anualidade eleitoral e fim da verticalização[185]

O § 1º do art. 17 do texto constitucional, com as alterações de redação dadas pela EC nº 52/2006 e EC nº 97/2017, seguindo a lógica constituinte de definição dos partidos políticos como entidades de direito privado, cuja

institucionalização jurídica permite sua atuação como entes de intermediação representativa com a sociedade civil, deixou de considerá-los órgãos estatais, como no regime anterior, e, consequentemente, vedou a ingerência indevida do Poder Público nas agremiações partidárias, consagrando plena autonomia a todos os partidos políticos, para que possam definir sua estrutura interna, organização e funcionamento – obviamente, com absoluto respeito aos princípios constitucionais, em especial, a regra da dignidade da pessoa humana –, e previu, como norma programática, a necessidade dos mesmos instituírem em seus estatutos normas de fidelidade e disciplina partidárias, a fim de se garantir maior coesão nos diversos partidos e, por conseguinte, um maior amadurecimento partidário no país.

Analisando o *caráter nacional* das agremiações partidárias, o Tribunal Superior Eleitoral entendeu que, para as eleições gerais – iniciando-se em 2002 –, "os partidos políticos que ajustarem coligação para eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador de estado ou do Distrito Federal, senador, deputado federal e deputado estadual ou distrital com outros partidos políticos que tenham, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato à eleição presidencial", criando a denominada *regra da verticalização*, de maneira a impedir que partidos políticos com candidatos opostos à Presidência da República pudessem – regionalmente – apoiar o mesmo candidato ao governo do Estado. Foi o que o TSE enunciou como aplicação do "*Princípio da coerência na formação de coligações*".[186]

O *princípio da coerência na formação de coligações*, segundo entendimento do TSE, não se aplicava às eleições municipais, pois, nessas, "o eleitor vota somente em cargos da mesma circunscrição, razão pela qual não incidirá o princípio da coerência na formação de coligações, que impede que partidos adversários na circunscrição nacional sejam aliados nas circunscrições estaduais", concluindo que, "no pleito municipal, é

permitido realizar coligações partidárias diferenciadas nos municípios do mesmo Estado Federativo. Questão respondida afirmativamente".[187]

A inconstitucionalidade do art. 4º, § 1º, da Resolução nº 20.993, do TSE, que veiculou a Instrução nº 55, normatizando essa nova interpretação e a consagração do *princípio da coerência na formação de coligações*, foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal, que entendeu tratar-se de ato normativo secundário regulamentador da Lei nº 9.504/97.[188]

Em nova consulta sobre o tema, para as eleições presidenciais de 2006, o Tribunal Superior Eleitoral negou o pedido de *declaração de insubsistência do princípio da verticalização*, mantendo, dessa forma, as mesmas regras da eleição passada,[189] e, posteriormente, em março de 2006, por 5 × 2, o TSE manteve – *com base na segurança jurídica e no art. 16 da Constituição Federal* – o *princípio da verticalização para as próximas eleições gerais.*

Ocorre, porém, que após a reiteração do posicionamento do TSE, sobre a aplicação do *princípio da verticalização para as eleições gerais de 2006*, o Congresso Nacional promulgou a EC nº 52, em 8-3-2006, que expressamente prevê – como componente de *autonomia dos Partidos Políticos* – a inexistência de obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, ou seja, a referida emenda constitucional transferiu para o âmbito interno de cada uma das agremiações partidárias a escolha discricionária e política de aplicação ou não do *princípio da verticalização*, sem que houvesse a possibilidade de qualquer obrigatoriedade nesse sentido.

A EC nº 52/06, em seu art. 2º, expressamente previu sua entrada em vigor na data de sua publicação, e determinou sua aplicação nas eleições que "*ocorrerão no ano de 2002*".

Independentemente do claro erro de redação – pelo aproveitamento de texto antigo sobre a verticalização –, a finalidade do art. 2º da EC nº 52/06 foi permitir o afastamento do *princípio da verticalização* para as eleições

gerais de 2006, ou seja, para as próximas eleições, em claro antagonismo com a decisão do Tribunal Superior Eleitoral.

Trata-se de, em última análise, determinar a amplitude da incidência do art. 16 da Constituição Federal, que estabelece que "*a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até 1 (um) ano da data de sua vigência*".

Da mesma forma que em diversos dispositivos legais o legislador constituinte referiu-se à *lei* como sinônimo de *espécie normativa primária* (por ex.: art. 5º, II; art. 150, I), o art. 16 pretende consagrar a *segurança jurídica* nos pleitos eleitorais, permitindo que as regras do jogo democrático sejam conhecidas antecipadamente por todos aqueles que dele participam, sejam eleitores e candidatos, sem as autoridades responsáveis pela fiscalização do pleito eleitoral (Ministério Público e Poder Judiciário).

A *subtração implícita* da incidência do art. 16 em relação à EC nº 52/06, permitindo que as *regras eleitorais* sejam alteradas 6 meses antes da eleição, com o afastamento do *princípio da verticalização*, afronta claramente com a *ratio* da referida norma constitucional e atenta contra o princípio da segurança jurídica consagrado no *caput* do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, e, consequentemente, desrespeita uma das cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º, IV).

Note-se que não se revogou o art. 16, tampouco se diminuiu sua incidência genérica, mas, sim, tão somente a EC nº 52/06 excluiu sua aplicação para um caso específico, qual seja, o *princípio da verticalização* para as próximas eleições.

Dessa forma, mesmo permanecendo no ordenamento constitucional a proteção do art. 16 à *segurança jurídica das eleições*, o art. 2º da EC nº 52/06 diminuiu sua eficácia, tornando-o inaplicável para o ano de 2006, o que constitui afastamento de um princípio jurídico consubstanciado em *cláusula pétrea*, e, consequentemente, deve ser declarado inconstitucional.

Nesse sentido, salientou a Ministra Cármem Lúcia, em relação às alterações da legislação eleitoral com desrespeito ao art. 16 da Constituição Federal, que: "*as modificações no período*" – no período de 12 meses que antecedem a abertura do processo – "*agridem assim: a) à segurança jurídica do cidadão que não tem ciência das normas que prevalecem no processo; b) à segurança jurídica do interessado em se candidatar, que não sabe a que normas deve se submeter; c) à certeza dos órgãos judiciários que cuidam especificamente da legislação eleitoral, que pode se ver às voltas com novas normas para as quais haverão de emitir resoluções que as densifiquem e esclareçam a sua forma de aplicação*".[190]

Esse foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ao proclamar que "o princípio eleitoral extraído norma inscrita no art. 16 da CF, consubstancia garantia individual do cidadão-eleitor – detentor originário do poder exercido por seus representantes eleitos (CF, art. 1º, parágrafo único) – e protege o processo eleitoral", para concluir que "a temática das coligações está ligada ao processo eleitoral e que a alteração a ela concernente interfere na correlação das forças políticas e no equilíbrio das posições de partidos e candidatos e, portanto, da própria competição, entendeu-se que a norma impugnada afronta o art. 60, § 4º, IV, c/c art. 5º, LIV e § 2º, todos da CF. Por essa razão, deu-se interpretação conforme à Constituição, no sentido de que o § 1º do art. 17 da CF, com a redação dada pela EC 52/2006, não se aplica às eleições de 2006, remanescendo aplicável a estas a redação original do mesmo artigo".[191]

A EC nº 97, de 4 de outubro de 2017, alterou a redação do § 1º do artigo 17 da CF, porém, manteve a mesma disciplina em relação à questão da *verticalização,* afastando expressamente a obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal.

11 LÍNGUA E SÍMBOLOS OFICIAIS

O art. 13 da Constituição proclama a língua portuguesa como idioma oficial da República Federativa do Brasil e estabelece a bandeira, o hino, as armas e o selo nacionais como símbolos da República Federativa do Brasil. Igualmente, autoriza os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a estabelecerem símbolos próprios.

Em relação à importância do idioma oficial, ressaltava Miguel Reale, no período anterior à Assembleia Nacional Constituinte, que

> "a questão da língua é essencial, sugerindo eu se declare que 'o Português é a língua oficial do Brasil', porque há uma grande luta para saber se é o Português. Há quem diga que não, que a língua oficial é 'o Brasileiro', e outros que é o 'Português falado no Brasil'. Ainda recentemente os Estados Unidos da América aprovaram emenda constitucional dizendo que 'o Inglês é a língua oficial', porque havia quem quisesse que fosse o Espanhol e outras línguas. Essa experiência parece-me necessária, porque a língua é o solo da cultura, é o ponto de partida da cultura. Toda cultura está fundamentada na linguagem. É a razão pela qual os filósofos neopositivistas dizem, com exagero, que 'quem diz Ciência, diz Linguagem', pois, na realidade, cada Ciência corresponde a um sistema de signos, a um conjunto próprio de termos específicos, isto é, à sua linguagem".[192]

Em complementação à regra prevista no citado art. 13, a Constituição Federal prevê em seu art. 210, § 2º, que o ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada, porém, às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

Ressalte-se, portanto, que nas comunidades indígenas ambas as línguas serão ministradas, permanecendo, porém, o caráter de idioma oficial à língua portuguesa.

Conforme salientado pelo Ministro Celso de Mello, "a imprescindibilidade do uso do idioma nacional nos atos processuais, além de corresponder a uma exigência que decorre de razões vinculadas à própria soberania nacional, constitui projeção concretizadora da norma inscrita no art. 13, *caput*, da Carta Federal, que proclama ser a língua portuguesa o *idioma oficial da República Federativa do Brasil"*.[193]

[1] BUENO, Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da constituição do império*. Rio de Janeiro: Nova Edição, 1958. p. 459.

[2] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 3.

[3] Cf. Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998, que regulamentou o disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal.

[4] SILVA, José Afonso. *Curso...* Op. cit. p. 309.

[5] Não foi com a CF/88 que os analfabetos adquiriram o direito de eleger seus representantes. Com a Emenda Constitucional nº 25, de 15-5-1985, os analfabetos passaram a ter acesso, embora limitado, à cidadania. Puderam alistar-se como eleitores em qualquer eleição, e, nessa condição, passaram a exercer o direito de sufrágio, através do voto. Os analfabetos, contudo, permaneceram privados da capacidade eleitoral passiva, o que significa que não poderiam disputar qualquer cargo eletivo.

[6] Por exemplo: CF/1891, art. 70, § 1º, item 1; CF/1934, art. 108, parágrafo único, *c*: expressamente excluíam os mendigos do direito de sufrágio.

[7] STF – Pleno – ADI 4467 MC/DF – Rel. Min. Ellen Gracie, 29 e 30-9-2010.

[8] Resolução TSE nº 15.850, Rel. Min. Roberto Rosas.

[9] TSE, PA – Processo Administrativo nº 180681 – Curitiba/PR, Acórdão de 6-12-2011, Rel. Min. Fátima Nancy Andrigui, *DJe* 8-3-2012.

[10] STF – ADI 4.467-MC, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 30-9-2010, Plenário, *DJE* de 1º-6-2011.

[11] STF – Pleno – ADI 4467, Rel. Min. Rosa Weber, j. 20-10-2020.

[12] NIESS, Pedro Henrique Távora. *Direitos políticos*: condições de elegibilidade e inelegibilidade. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 3.

[13] STF, Pleno, ADI 4543/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, 6-11-2013; STF, Pleno, ADI 5889 MC/DF, red. p/ ac. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 6-6-2018.

[14] STF – Pleno – ADI 5889, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 16-9-2020.

[15] SILVA, José Afonso. *Curso...* Op. cit. p. 319.

[16] STF – Pleno – ADI 4298-MC/TO e ADI 4309-MC/TO – Rel. Min. Cezar Peluso, decisão: 7-10-2009.

[17] Consultar a Emenda Constitucional nº 111, de 28 de setembro de 2021, que disciplinou a realização de consultas populares concomitantes às eleições municipais. A Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998, regulamentou a execução dos plebiscitos e referendos. Em 11 de dezembro de 2011, foram realizados dois plebiscitos no Estado do Pará com consultas sobre a hipótese de "desmembramento formação", para que os eleitores paraenses decidissem sobre a criação ou não dos novos Estados de Carajás e Tapajós, a serem formados a partir de desmembramento territorial do Estado do Pará. Ampla maioria (2/3) decidiu pela manutenção do Estado do Pará com sua atual conformação. Sobre a organização do Plebiscito, consultar: Resolução TSE nº 23.347 (organização), Resolução nº 23.348 (sobre a arrecadação e a aplicação de recursos e sobre prestações de contas nos plebiscitos do Estado do Pará), Resolução nº 23.350 (sobre pesquisas eleitorais), Resolução nº 23.351 (sobre os formulários a serem utilizados), Resolução nº 23.352 (sobre representações, reclamações e pedidos de resposta relativos aos plebiscitos no Estado do Pará), Resolução nº 23.355 (sobre cerimônia de assinatura digital e fiscalização do sistema eletrônico de votação), todas relatadas pelo Ministro Arnaldo Versiani e Resolução nº 23.385, de 16 de agosto de 2012 – Brasília/DF.

[18] O art. 2º, § 1º, da Lei nº 9.709/98 definiu que "o plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido".

[19] O art. 2º, § 2º, da Lei nº 9.709/98 definiu que "o referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição". Em relação à regulamentação do *referendo sobre o desarmamento:* TSE – Consulta nº 1.172/DF – Rel. Min. Luiz Carlos Madeira, *Diário da Justiça*, Seção I, 20 set. 2005, p. 96.

[20] TSE – Recurso Ordinário nº 90346, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Publicado em Sessão, Data 12-09-2014.

[21] Conforme decidiu o TSE, "as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas ao tempo da eleição. Precedentes: Acórdãos n°s 18.847 e 647" (TSE – AgRegAI nº 4.598/PI – Rel. Min. Fernando Neves, *Diário da Justiça*, Seção I, 13-8-2004, p. 401).

[22] O Plenário do STF reconheceu repercussão geral da questão constitucional sobre a discussão da possibilidade de candidato sem filiação partidária disputar eleições (ARE 1054490 QO/RJ – Rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 5-10-

2017). Em 09-08-2021 foi determinada a substituição do paradigma de repercussão geral para o RE 1238853.

[23] TSE – Pleno – Recurso Especial Eleitoral 3091-23/SP – Rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* 13-9-2011.

[24] TSE – Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 060016102, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 27-09-2021; Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 060019096, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 30-06-2021.

[25] Atualmente, "de acordo com a lei e a jurisprudência deste Tribunal, deve ser observado o prazo mínimo de um ano de filiação ao partido pelo qual se pretende concorrer a cargo eletivo" (TSE – Pleno – CT nº 1.197/DF – Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, *Diário da Justiça*, Seção I, 22 jun. 2006, p. 52).

[26] Conforme decidiu o Tribunal Superior Eleitoral: "Magistrados e membros dos Tribunais de Contas, por estarem submetidos à vedação constitucional de filiação partidária, estão dispensados de cumprir o prazo de filiação fixado em lei ordinária, devendo satisfazer tal condição de elegibilidade até seis meses antes das eleições, prazo de desincompatibilização estabelecido pela Lei Complementar nº 64/90" (TSE – Pleno – Consulta nº 353/DF – Rel. Min. Costa Leite, *Diário da Justiça*, Seção I, 21 out. 1997, p. 53.430).

[27] Nesse sentido: CÂNDIDO, Joel J. *Inelegibilidades no direito brasileiro*. Bauru: Edipro, 1999. p. 95.

[28] TSE – AgRegAI nº 4.598/PI – Rel. Min. Fernando Neves, *Diário da Justiça*, Seção I, 13 ago. 2004, p. 401.

[29] Nesse sentido, Resolução/TSE nº 14.371, de 1994 (Rel. Ministro Marco Aurélio): "Relativamente à elegibilidade, os precedentes desta Corte assentam que a idade mínima há que estar atendida na data do certame eleitoral e não do alistamento ou mesmo na do registro" – Resolução nº 16.468, de 10-5-90, Rel. Min. Bueno de Souza, *Diário da Justiça*, 7 jun. 1990 e Acórdão nº 4.617, prolatado no Recurso nº 3.420-GO, Rel. Min. Antonio Neder, de 2 out. 1970, BE nº 231, p. 219.

[30] Cf. nesse mesmo sentido: NIESS, Pedro Henrique Távora. *Direitos políticos*. 2. ed. Bauru: Edipro, 2000. p. 95; NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro. *Lineamentos de direito eleitoral*. São Paulo: Síntese, 1996. p. 63.

[31] TSE – Recurso Ordinário nº 90346, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Publicado em Sessão, Data 12-09-2014.

[32] TSE – RespE nº 060008754, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 23-03-2021.

[33] TSE – Pleno – Recurso Ordinário 2514-57/AM – Rel. Min. Gilson Dipp, *DJe* de 28-10-2011.

[34] Conforme decidiu o TSE, “a Carteira Nacional de Habilitação para dirigir gera presunção de escolaridade necessária ao deferimento do registro da candidatura” (Agravo Regimental no Recurso Ordinário 4459-25/CE, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJe*, 13-9-2011).

[35] Recurso Ordinário nº 060247518, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Publicado em Sessão, Data 18-09-2018.

[36] Em virtude da pandemia da Covid-19, o Congresso Nacional editou a EC nº 107, de 2 de julho de 2020, adiando as eleições municipais de 2020 e estabelecendo as novas datas de 15 de novembro, em primeiro turno, e 29 de novembro de 2020, em segundo turno, onde houvesse. A Emenda Constitucional regulamentou os novos prazos eleitorais e de desincompatibilização.

[37] BARBOSA, Ruy. *Commentários à constituição federal brasileira.* São Paulo: Saraiva, 1933. p. 162. v. 3.

[38] *Constituição federal e anteprojeto da comissão Afonso Arinos:* índice analítico comparativo. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

[39] Cf. *Constitucion politica de la republica de Chile.* Santiago: Juridica de Chile, 1996.

[40] Cf. *Constituições estrangeiras.* Brasília: Senado Federal, 1988. v. 6.

[41] Idem.

[42] TEMER, Michel. *Constituição e...* Op. cit. p. 27.

[43] Cf. *Constituição dos Estados Unidos da América.* Bauru: Jalovi, 1987.

[44] Cf. *Constituições estrangeiras.* Brasília: Senado Federal, 1988. v. 5.

[45] Cf. *Constituição de la Nación Argentina.* Buenos Aires: Depalma, 1995.

[46] LAVIÉ, Humberto Quiroga. *Estudio analitico de la reforma constitucional.* Buenos Aires: Depalma, 1994. p. 40.

[47] CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA. Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada.* 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 561.

[48] Cf. *Constituição da República Popular da China*. Rio de Janeiro: Trabalhistas, 1987.

[49] TSE – Pleno – Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 35880/PI – Rel. Min. Arnaldo Versiani, *DJe*, 25-3-2011. Ressalte-se, que o Ministro Marco Aurélio, no julgamento no TSE, foi voto vencido, alegando que “preceito da

Constituição Federal que limita algo ligado à cidadania somente pode ser interpretado de forma estrita. O que a Constituição veda é a reeleição. Não impede que o cidadão concorra a mandato em Município diverso", no que foi seguido pelo Ministro Marcelo Ribeiro, que alegou entender que "a Constituição Federal proíbe a eleição para o mesmo cargo, e no tocante ao município vizinho, não é o mesmo cargo". Essa questão, decidida por maioria no TSE, porém, encontra-se pendente de definição no Supremo Tribunal Federal após voto do Ministro-relator Luiz Fux que, confirmando posicionamento do TSE, entendeu que a conduta do "Prefeito Itinerante" pretende burlar a determinação constitucional e pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes (AC 2821 MC-AgR/AM – Rel. Min. Luiz Fux, decisão: 25-8-2011).

[50] STF – Pleno – RE 637485/RJ – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 1º-8-2012.

[51] TSE – RESPE nº 128, Rel. Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, *DJE* 19-12-2018; TSE – Resolução nº 19.952, de 2-9-1997 – Consulta nº 327/DF – Rel. Min. Néri da Silveira, *Diário da Justiça*, Seção I, 21 out. 1997, p. 53.428.

[52] Ressaltando a impossibilidade de três mandatos sucessivos, decidiu o Tribunal Superior Eleitoral que: "O titular do mandato executivo que renuncia, se eleito para o mesmo cargo, vindo assim, a exercê-lo no período imediatamente subsequente, não poderá, entretanto, ao término desse novo mandato, pleitear reeleição, porque do contrário, seria admitir-se, contra a letra do art. 14, § 5º, da Constituição, o exercício do cargo em três períodos consecutivos" (TSE – Resolução nº 20.114, de 10-3-98 – Consulta nº 366 – Classe 5ª – Distrito Federal – Rel. Min. Néri da Silveira*, Diário da Justiça*, Seção I, 3 jun. 1998, p. 63).

[53] *RTJ* 153/298, Rec. Extr. nº 157.959/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão.

[54] TSE – Cons. 18.082 – DF – Classe 10ª – Rel. Min. Américo Luz – *DJU*, 28 maio 1992.

[55] Nesse sentido, decidiu o TSE: "Ex-prefeito reeleito que renuncia ao cargo não poderá candidatar-se a vice-prefeito do mesmo município na eleição subsequente" (TSE – Resolução nº 21.438 – Consulta nº 900 – Classe 5ª – Distrito Federal (Brasília) – Rel. Min. Carlos Velloso).

[56] Cf. Capítulo 10 – Organização dos Poderes e do Ministério Público – item 3.1.3 – Vacância da Presidência da República.

[57] JOBIM, Nelson. *Relatório da revisão constitucional*: pareceres produzidos. Brasília: Senado Federal, 1994. p. 57-58. t. I.

[58] Logicamente, nada obsta o chefe do Executivo a solicitar ao Poder Legislativo uma licença para poder concorrer à reeleição, ou mesmo, renunciar para esse fim. Nesse sentido decidiu o Tribunal Superior Eleitoral: "A renúncia do Presidente da República, dos Governadores de Estado ou do Distrito Federal e dos Prefeitos, ao respectivo mandato, seis meses antes do pleito, não os torna inelegíveis ao mesmo cargo, para o período imediatamente subsequente. A Constituição Federal não prevê como causa de inelegibilidade a renúncia ao mandato executivo" (TSE – Resolução nº 20.114, de 10-3-98 – Consulta nº 366 – Classe 5ª – Distrito Federal – Rel. Min. Néri da Silveira, *Diário da Justiça*, Seção I, 3 jun. 1998, p. 63).

[59] TSE – Resolução nº 19.952, de 2-9-1997 – Consulta nº 327/DF – Rel. Min. Néri da Silveira, *Diário da Justiça*, Seção I, 21 out. 1997, p. 53.428.

[60] STF – Pleno – ADInMC 1.805-DF, Rel. Min. Néri da Silveira. 26-3-98 – *Informativo STF* nº 104 – Capa, abril de 1998.

[61] Conferir, nesse sentido: TSE – "Consulta. Vice-candidato ao cargo de titular. 1. Vice-presidente da República, vice-governador de Estado ou do Distrito Federal ou vice-prefeito, reeleito ou não, pode se candidatar ao cargo do titular, mesmo tendo substituído aquele no curso do mandato. 2. Se a substituição ocorrer nos seis meses anteriores ao pleito, o vice, caso eleito para o cargo do titular, não poderá concorrer à reeleição. 3. O mesmo ocorrerá se houver sucessão, em qualquer tempo do mandato. 4. Na hipótese de o vice pretender disputar outro cargo que não o do titular, incidirá a regra do art. 1º, § 2º, da Lei Complementar nº 64, de 1990. 5. Caso o sucessor postule concorrer a cargo diverso, deverá obedecer ao disposto no art. 14, § 6º, da Constituição da República" (TSE – Resolução nº 20.889 – Consulta nº 689 – Classe 5ª – Distrito Federal – Rel. Min. Fernando Neves, *Diário da Justiça*, Seção I, 14 dez. 2001, p. 205). No mesmo sentido: TSE – Consulta nº 749/DF – Rel. Min. Fernando Neves, *Diário da Justiça*, Seção I, 22 mar. 2002, p. 157; TSE – Pleno – Consulta nº 707 – Classe 5ª/DF – Rel. Min. Ellen Gracie, *Diário da Justiça*, Seção 1, 7 fev. 2003, p. 133.

[62] TSE – Consulta nº 1.577 – Rel. Min. Caputo Bastos, decisão: 15-5-2008.

[63] TSE – Consulta nº 1.604 – Rel. Min. Ari Pargendler, decisão: 3-6-2008.

[64] **O Supremo Tribunal Federal confirmou esse entendimento:** STF – "Constitucional. Eleitoral. Vice-Governador eleito duas vezes consecutivas: exercício do cargo de governador por sucessão do titular. Reeleição. Possibilidade. CF, art. 14, § 5º, I. – Vice-governador eleito duas vezes para o cargo de vice-governador. No segundo mandato de vice, sucedeu o titular. Certo que, no seu primeiro mandato de vice, teria substituído o governador.

Possibilidade de reeleger-se ao cargo de governador, porque o exercício da titularidade do cargo dá-se mediante eleição ou por sucessão. Somente quando sucedeu o titular é que passou a exercer o seu primeiro mandato como titular do cargo. II – Inteligência do disposto no § 5º do art. 14 da Constituição Federal" (STF – 2ª T. – Rextr. nº 366.488/SP – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 28 out. 2005, p. 61). Conferir, nesse sentido: STF – 2ª T. – Rextr. nº 366.488 – Rel. Min. Carlos Velloso, decisão: 4-10-2005. *Informativo STF* nº 404, p. 4.

[65] TSE – Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 060022282, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, *DJe* 17-08-2021; Embargos de Declaração no Recurso Especial Eleitoral nº 060014724, Rel. Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, *DJe* 26-03-2021.

[66] Essa inelegibilidade aplica-se a qualquer cargo eletivo, inclusive a suplente de Senador, conforme decidiu o TSE: "EMENTA – Inelegibilidade. Prefeito candidato a suplente de Senador. É inelegível para suplente de Senador o prefeito que não tiver renunciado ao mandato 'até seis meses antes do pleito'. Aplicação do disposto aos arts. 14, § 6º, da Constituição e 1º, § 1º da Lei Complementar nº 64/90" (TSE – Consulta nº 364 – Classe 5ª – Distrito Federal (Brasília) – Rel. Min. Nilson Naves – *Diário da Justiça*, Seção I, 4 mar. 1998. p. 26).

[67] MELLO FILHO, José Celso. *Constituição...* Op. cit. p. 415. O autor cita, inclusive, os Boletins Eleitorais do TSE: 369/242; 370/266; 231/213.

[68] TSE – Resolução nº 21.053 – Consulta nº 771 – Classe 5ª – Distrito Federal (Brasília) – Rel. Min. Barros Monteiro, *Diário da Justiça*, Seção I, 26 abril 2002, p. 183; TSE – Resolução nº 18.019 – Consulta nº 12.499 – Distrito Federal (Brasília) – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 abril 1992.

[69] TSE – Consulta nº 112 – Distrito Federal – Brasília – Resolução nº 19.491 (28-3-96) – Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, Seção I, 26 abr. 1996, p. 13.170. No mesmo sentido: "Ementa: Consulta. Vice-Presidente da República, Vice-Governadores dos Estados e do Distrito Federal e Vice-Prefeitos Municipais podem candidatar-se a outros cargos estando no pleno exercício de seus mandatos, desde que não venham a substituir ou suceder os titulares nos seis meses anteriores ao pleito (§ 2º, do art. 1º da LC 64/90)" – (TSE – Consulta nº 397 – Classe 5ª – Distrito Federal (Brasília) – Resolução nº 20.144 – Rel. Min. Eduardo Alckim, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 abr. 1998, p. 4). E, ainda, "O Vice-Prefeito que não substituiu o Prefeito nos seis meses anteriores ao pleito pode candidatar-se a Prefeito sem perda do mandato exercido. Se o sucedeu, em

qualquer tempo, é inelegível para o mesmo cargo" (TSE – Consulta nº 115 – Distrito Federal – Brasília – Resolução nº 19.507 (16-4-96) – Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, Seção I, 10 maio 1996, p. 15.167).

[70] Inclusive para fins de inelegibilidades reflexas, como decidiu o TSE – "É inelegível o filho de vice-governador que substitui o titular nos seis meses anteriores ao pleito (CF/88, art. 14, § 7º). 2. Não há que se falar em impedimento àquele eleito, mas ainda não empossado, para assumir o cargo de prefeito, caso seu genitor assuma a titularidade do governo nesse período" (TSE – Consulta nº 1.053/DF – Rel. Min. Fernando Neves, *Diário da Justiça*, Seção I, 21 jun. 2004, p. 90).

[71] Conferir, nesse sentido: TSE – "O vice que não substituiu o titular dentro dos seis meses anteriores ao pleito poderá concorrer ao cargo deste, sendo-lhe facultada, ainda, a reeleição, por um único período. – Na hipótese de havê-lo substituído, o vice poderá concorrer ao cargo do titular, vedada a reeleição e a possibilidade de concorrer ao cargo de vice" (TSE – Consulta nº 1.058/DF – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *Diário da Justiça*, Seção I, 5 jul. 2004, p. 1).

[72] Conferir nesse sentido: TSE – Consulta nº 953 – Distrito Federal (Brasília) – Rel. Luiz Carlos Madeira.

[73] TSE – Consulta nº 1.586 – Rel. Min. Caputo Bastos, decisão: 20-5-2008.

[74] TSE: "Vice-prefeito. Primeiro mandato. Substituição. Prefeito. Segundo mandato. Reeleição no cargo de vice-prefeito. Sucessão. Titular. Candidatura. Pleito subsequente. 1. É admitido que o vice-prefeito que substituiu o prefeito no exercício do primeiro mandato, sendo reeleito para o mesmo cargo de vice-prefeito e vindo a assumir definitivamente a chefia desse Poder Executivo no exercício do segundo mandato, candidate-se ao cargo de prefeito no pleito subsequente. 2. A candidatura somente lhe é vedada para o próprio cargo de vice-prefeito, por caracterizar um terceiro mandato consecutivo, o que é vedado pelo art. 14, § 5º, da Constituição Federal" (TSE – Consulta nº 1.047/DF – Rel. Min. Fernando Neves, *Diário da Justiça*, Seção I, 21 jun. 2004, p. 90).

[75] *RTJ*, 112/791. No mesmo sentido: TSE – Consulta nº 899/DF – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *Diário da Justiça*, Seção I, 5 jun. 2004, p. 1.

[76] Ressalte-se que a EC nº 16/97 (reeleição) não alterou em nada a disciplina jurídico-constitucional das inelegibilidades reflexas, decorrentes de casamento, parentesco ou afinidade (TSE – Pleno – Consultas n°s 341/DF e 347/DF – Rel. Min. Costa Leite, *Diário da Justiça*, Seção I, 23 out. 1997, p. 53.880). Conferir,

ainda: TSE – Pleno – Consulta nº 398 – Classe 5ª – Distrito Federal (Brasília) – Rel. Min. Costa Porto, *Diário da Justiça*, Seção I, 4 maio 1998, p. 66.

[77] TSE – Consulta nº 1.586 – Rel. Min. Caputo Bastos, decisão: 20-5-2008.

[78] STF – 2ª T. – Rextr. nº 446.999/PE, Rel. Min. Ellen Gracie, decisão: 28-6-2005 – *Informativo STF* nº 394, p. 3. Conferir, também: *Informativo STF* nº 392, p. 2.

[79] TSE – REspEl nº 060029631, Rel. Min. Carlos Horbach, *DJe* 03-11-2021.

[80] Nesse sentido, decidiu o TSE que "não há impedimento para que um filho lance sua candidatura a prefeito municipal tendo como candidato a vice-prefeito seu pai, vice-prefeito em primeiro mandato" (Consulta nº 1.530/DF, Rel. Min. Caputo Bastos, decisão: 15-5-2008).

[81] TSE – Consulta nº 393 – Classe 5ª – Distrito Federal (Brasília) – Rel. Min. Maurício Corrêa – *Diário da Justiça*, Seção I, 4 mar. 1998, p. 26.

[82] REspEl nº 060029631, Rel. Min. Carlos Horbach, *DJE* 03-11-2021; RESPEl nº 128, Rel. Min. Tarcísio Vieira De Carvalho Neto, *DJE* 19-12-2018; Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 060044191, Rel. designado Min. Alexandre de Moraes, *DJE* 18-10-2021; REspEl nº 060012772, Rel. designado Min. Alexandre de Moraes, *DJE* 22-09-2021; Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 060008295, Rel. Min. Sergio Silveira Banhos; Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 060002347, Rel. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, *DJE* 22-12-2021; TSE – Consulta nº 1.458 – Brasília – Distrito Federal – Rel. Min. Marcelo Ribeiro, decisão: 27-5-2008.

[83] TSE – REspEl nº 060029631, Rel. Min. Carlos Horbach, *DJE* 03-11-2021.

[84] TSE – Resolução nº 19.970, de 18-9-1997 – Consulta nº 346/DF – Rel. Min. Costa Porto – Relator designado: Min. Néri da Silveira, *Diário da Justiça*, Seção I, 21 out. 1997, p. 53.430.

[85] Nesse sentido, o TSE afastou a alegação de inelegibilidade reflexa, por influência política regional do grupo familiar, em hipótese envolvendo parente de Prefeito Municipal candidato a vereador em outro município (REspEl nº 060011220, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Publicado em Sessão, Data 14-12-2020).

[86] TSE – Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 060017422, Rel. Min. Alexandre de Moraes, *DJe* 23-03-2021.

[87] TSE – Consulta nº 924/DF – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 20 abr. 2004, p. 122.

[88] STF – Pleno – RE 568596/MG – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão: 1º-10-2008.

[89] TSE – Resolução nº 21.495 – Consulta nº 939 – Classe 5ª – DF – Rel. Min. Fernando Neves, decisão: 9-9-2003; TSE – Consulta nº 1.573 – Brasília – Distrito Federal – Rel. Min. Félix Fischer, decisão: 5-5-2008. O anterior posicionamento do TSE, que havia sido ratificado pelo STF (Pleno – RE 344.882/BA – Rel. Min. Carlos Velloso, *Informativo STF* nº 311) proclamava que a inelegibilidade não se aplicava à viúva do Chefe do Poder Executivo, pois, com a morte, a sociedade conjugal dissolvia-se, não mais se podendo considerar cônjuge a viúva (TSE – Rec. 10.245/AL – Rel. Min. Américo Luiz, *DJU*, 15-2-1993; TSE – Rec. 9.747/ES – Rel. Min. Américo Luiz, *DJU* 21-9-1992).

[90] STF – Pleno – RE 758461/PB – Rel. Min. Teori Zavascki, 22-5-2014.

[91] STF – 2ª T. – Rextr. nº 446.999/PE, Rel. Min. Ellen Gracie, decisão: 28-6-2005 – *Informativo STF* nº 394, p. 3. Conferir, também: *Informativo STF* nº 392, p. 2.

[92] TSE – REspEl nº 060012772, Rel. designado Min. Alexandre de Moraes, *DJe* 22-09-2021.

[93] Não há inelegibilidade, porém, na hipótese de desmembramento há dois ou mais pleitos (TSE – Consulta nº 926/DF – Rel. Min. Fernando Neves, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 set. 2003, p. 59; TSE – Resolução nº 21.465 – Distrito Federal (Brasília) – Rel. Min. Fernando Neves, *Diário da Justiça*, Seção I, 14 out. 2003).

[94] STF – RE 158.314-2 – PR – 1ª T. – Rel. Min. Celso de Mello – *Diário da Justiça*, Seção I, 12 fev. 1993. Nesse mesmo sentido: Súmula 12 do TSE. No mesmo sentido: TSE – Pleno – Consulta nº 997/DF – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 26 mar. 2004, p. 119.

[95] TSE – Pleno – Consulta 1212-82/DF – Rel. Min. Marcelo Ribeiro, *DJe*, 23-9-2011.

[96] TSE – Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 060009677, Rel. Min. Alexandre de Moraes, *DJe* 03-03-2021; TSE – Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 060002347, Rel. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, *DJe* 22-12-2021; TSE – Pleno – Recurso Especial Eleitoral 36038/AL – Rel. Min. Arnaldo Versiani, Rel. para Acórdão Min. Henrique Neves, decisão: 16-8-2011; TSE – Pleno – Consulta 1212-82/DF – Rel. Min. Marcelo Ribeiro, decisão: 30-8-2011.

[97] TSE – Cons. 12.626 – DF – Classe 10ª – Rel. Min. Marco Aurélio – *Diário da Justiça*, Seção I, 12 jun. 1992.

[98] TSE – Pleno – Recurso Especial Eleitoral 54101-03/PI – Rel. Min. Arnaldo Versiani, decisão: 15-2-2011.

[99] *RTJ* 148/844-845. Precedentes do Supremo Tribunal Federal – RE nº 106.043-BA; RE nº 98.935-8-PI e RE nº 98.968-PB.

[100] TSE – Resolução nº 19.970, de 18-9-1997 – Consulta nº 346/DF – Rel. Min. Costa Porto – Relator designado: Min. Néri da Silveira, *Diário da Justiça*, Seção I, 21 out. 1997, p. 53.430.

[101] TSE – Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 060044191, Rel. designado Min. Alexandre de Moraes, *DJe* 18-10-2021.

[102] TSE – Resolução nº 20.114, de 10-3-98 – Consulta nº 366 – Classe 5ª – Distrito Federal – Rel. Min. Néri da Silveira, *Diário da Justiça*, Seção I, 3 jun. 1998, p. 63; TSE – Acórdão nº 192, de 3-9-98 – Recurso ordinário nº 192 – Classe 27ª – Tocantins – Palmas – Rel. Min. Edson Vidigal.

[103] TSE – Consulta nº 916/DF – Rel. Min. Luiz Carlos Madeira, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 set. 2003, p. 59; TSE – Consulta nº 918/DF – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 set. 2003, p. 60.

[104] TSE – "Elegibilidade. Cônjuge. Chefe do Poder Executivo. Art. 14, § 7º da Constituição. O cônjuge do chefe do Poder Executivo é elegível para o mesmo cargo do titular, quando este for elegível e tiver renunciado até seis meses antes do pleito" (TSE – Acórdão nº 19.442, decisão: 21-8-01). Conferir, ainda: TSE – Consulta nº 939 – Classe 5ª – Distrito Federal – Brasília – Rel. Min. Fernando Neves, *Diário da Justiça*, Seção I, 11 nov. 2003.

[105] TSE – Consulta nº 920/DF – Rel. Min. Fernando Neves, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 set. 2003, p. 59; TSE – Consulta nº 922/DF – Rel. Min. Luiz Carlos Madeira, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 set. 2003, p. 60.

[106] TSE: "O cônjuge e os parentes, consanguíneos ou afins, até o segundo grau, são elegíveis no território de jurisdição do titular, desde que este não esteja no exercício de mandato fruto de reeleição" (TSE – Consulta nº 990/DF – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *Diário da Justiça*, Seção I, 5 jul. 2004, p. 1). Conferir, ainda: TSE – Consulta nº 1.035/DF – Rel. Min. Luiz Carlos Madeira, *Diário da Justiça*, Seção I, 21 jun. 2004, p. 904.

[107] Precedentes: Consultas n°s 327, 328 e 366 (Consulta nº 428 – Classe 5ª – Distrito Federal – Rel. Min. Néri da Silveira, *Diário da Justiça*, Seção I, 24 dez. 1998, capa).

[108] TSE – Resoluções n°s 15.120/89 e 15.284/89.

[109] TSE – Resolução nº 14.130/94.

[110] TSE – Resolução nº 18.804/92.

[111] TSE – Resolução nº 19.492/96.

[112] TSE – Resolução nº 21.441 – Consulta nº 888 – Classe 5ª – Distrito Federal (Brasília) – Rel. Min. Carlos Velloso, decisão: 12-8-03.

[113] TSE – Resolução nº 21.475 – Consulta nº 923 – Classe 5ª – Distrito Federal (Brasília) – Rel. Min. Barros Monteiro, decisão: 26-8-03. Conferir, ainda: TSE – Pleno – Consulta nº 1006/DF – Rel. Min. Ellen Gracie, *Diário da Justiça*, Seção I, 16 mar. 2004, p. 78. O mesmo entendimento aplica-se ao divórcio. Conferir: TSE – Resolução nº 21.567 – Classe 5ª – Distrito Federal (Brasília) – Rel. Min. Fernando Neves, decisão: 20-11-2003.

[114] TSE – Pleno – REsp Eleitoral nº 25.275/SP – Rel. Min. José Delgado, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 jun. 2006, p. 134.

[115] Ambos os artigos com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 18, de 5 de fevereiro de 1998.

[116] TSE – REspEl nº 060027827, Rel. Min. Campbell Marques, Publicado em Sessão, Data 18-12-2020.

[117] Acórdão TSE nº 11.314. Conferir, ainda: TSE – "A filiação partidária contida no art. 14, § 3º, V, Constituição Federal não é exigível ao militar da ativa que pretenda concorrer a cargo eletivo, bastando o pedido de registro de candidatura após prévia escolha em convenção partidária (Res.-TSE nº 21.608/2004, art. 14, § 1º)" (TSE – Consulta nº 1.014/DF – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *Diário da Justiça*, Seção I, 5 jul. 2004, p. 1).

[118] Resolução nº 17.904-TSE, de 10-3-92, Rel. Min. Américo Luz.

[119] STF – Pleno – RE 279469/RS – Rel. Min. Maurício Corrêa, Red. p/ Acórdão Min. Cezar Peluso, decisão: 16-3-2011.

[120] Conforme ensina o Tribunal Superior Eleitoral: "Legislar sobre matéria de inelegibilidade é da competência privativa da União Federal e somente pode ser regulada por lei complementar federal (Constituição Federal, art. 14, § 9º c/c art. 22, I)" – (TSE – Consulta nº 397 – Classe 5ª – Distrito Federal (Brasília) – Resolução nº 20.144 – Rel. Min. Eduardo Alckim, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 abr. 1998, p. 4).

[121] Em relação à alínea "d" do inciso I do art. 1º da LC 64/1990, com a redação dada pela LC 135/2010, o STF determinou, por maioria (6x5 - vencidos os

ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Alexandre de Moraes, Marco Aurélio e Celso de Mello, que entenderam inaplicável, pois presente a garantia fundamental da proteção à coisa julgada formal e material), sua aplicabilidade a fatos anteriores à sua publicação (STF – Pleno – RE 929670/DF – Rel. orig. Min. Ricardo Lewandowski, red. p/ o ac. Min. Luiz Fux, julgamento em 4-10-2017).

[122] Conferir: STF – Ag.Reg. Rcl. 6.534/MA – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 25-9-2008.

[123] STF – Pleno – ADI 4089, Rel. Min. Edson Fachin, j. 18-8-2020.

[124] STF – Pleno – RE 631.102/PA – Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão: 27-10-2010 e STF – Pleno – RE – 630.147/DF, Rel. Min. Ayres Britto. Conferir, ainda: "A condenação por abuso do poder econômico ou político em ação de investigação judicial eleitoral, transitada em julgado, *ex vi* do artigo 22, inciso XIV, da Lei Complementar 64/90, em sua redação primitiva, é apta a atrair a incidência da inelegibilidade do artigo 1º, inciso I, alínea 'd', na redação dada pela Lei Complementar 135/2010, aplicando-se a todos os processos de registros de candidatura em trâmite" (STF, Pleno, RE 929670/DF, red. p/ o ac. Min. Luiz Fux, julgamento em 1º-3-2018).

[125] STF – 1ª T. – Embs. Decl. em Embs. Decl. em Agr. Reg. em Ag. de inst. ou de pet. nº 177.313/MG – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 5 nov. 1996, p. 44.488 – *Ementário STF*, 1.850/1.900. No mesmo sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF – Pleno – Rextr. nº 225.019/GO – Rel. Min. Nelson Jobim, decisão: 8-8-99 – *Informativo STF* nº 161. Conferir, ainda, *Informativo STF* nº 162).

[126] Cf. Título III – Da perda e da suspensão de direitos políticos – Tribunal Superior Eleitoral Resolução nº 19.875, de 12-6-1997, modificada pela Resolução nº 19.975, de 23-9-1997.

[127] CF/67-69, art. 144, § 2º.

[128] SILVA, José Afonso. *Curso...* Op. cit. p. 338.

[129] RIBEIRO, Fávila. *Comentários...* Op. cit. v. 2. p. 268.

[130] Nesse sentido, conferir decisão do Tribunal Superior Eleitoral: "O nominado eximiu-se de prestar o serviço militar obrigatório em razão de convicção religiosa (Atestado – fls. 10), pelo que a regularização de sua situação eleitoral somente poderá ser deferida após ser promovida a quitação de suas obrigações para com o serviço militar e requerida ao Ministério da Justiça a reaquisição de seus direitos

políticos" (TSE – Pleno – Processo DP nº 2.420/01 – CGE/RJ – Protocolo: 14.012/01, Rel. Min. Garcia Vieira, *Diário da Justiça*, Seção I, 10 out. 2001, p. 95).

[131] Cf. TSE – Pleno – Processo DP nº 2.410/01 – CGE/DF – Protocolo: 14.921/01, Rel. Min. Garcia Vieira, *Diário da Justiça*, Seção I, 10 out. 2001, p. 95; TSE – Pleno – Processo DP nº 2.418/01 – CGE/DF – Protocolo: 14.920/01, *Diário da Justiça*, Seção I, 10 out. 2001, p. 95; TSE – Pleno – Processo DP nº 2.397/01 – CGE/DF – Protocolo: 14.939/01, Rel. Min. Garcia Vieira, *Diário da Justiça*, Seção I, 10 out. 2001, p. 95.

[132] ROLLO, Alberto, BRAGA, Enir*. Inelegibilidade à luz da jurisprudência.* São Paulo: Fiuza, 1995. p. 73-77. Citação de vários precedentes jurisprudenciais.

[133] TSE, Pleno, Recurso Especial Eleitoral nº 114-50, Selvíria/MS, Rel. Min. Laurita Vaz, decisão: 6-8-2013.

[134] STF, Pleno, AP 396 QO/RO, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento: 26-6-2013; STF, Pleno, AP 470/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento: 17-12-2012; STF, Pleno, AP 565/RO, Rel. Min. Cármen Lúcia, 7 e 8-8-2013; STF – Pleno – Rextr. nº 179.502/SP – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 8 set. 1995, p. 28.389; STF – 1ª T. – Rextr. nº 418.876-7/MT – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, 4 junho 2004 – Ementário nº 2154-4.

[135] TSE – Pleno – Resp. nº 0013924/PB – Rel. Min. Eduardo Andrade Ribeiro de Oliveira, *d.* 1º out. 1996.

[136] TSE – Pleno – Resp. nº 0001368/SP – Rel. Min. Haroldo Teixeira Valladão, *d*. 2 out. 1958; TSE – Pleno – Resp. nº 0000129/SP -61. Min. Antônio Vieira Braga, *d*. 30 set. 1958. No mesmo sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF – Pleno – Rextr. nº 225.019/GO – Rel. Min. Nelson Jobim, decisão: 8-8-99 – *Informativo STF* nº 161), tendo destacado o relator, que "a inelegibilidade só se configura com o trânsito em julgado" (*Informativo STF* nº 162).

[137] TSE – Pleno – MS nº 2.471/PR – Acórdão nº 2.471 (11-9-96) – Rel. Min. Eduardo Ribeiro.

[138] STF – Pleno – Rextr. nº 179.502-6/SP – Rel. Min. Moreira Alves – *Ementário* nº 1.799-09; TSE – Pleno – Recurso nº 9.900/RS – Acórdão nº 12.731 – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *d*. 24 set. 1992. Na hipótese tratava-se de suspensão dos direitos políticos em virtude de condenação transitada em julgado por lesões corporais culposas.

[139] TSE – Pleno – Resp. nº 0013293/MG – Rel. Min. Eduardo Andrade Ribeiro de Oliveira, *d*. 7 nov. 1996.

[140] Tema 370, Repercussão Geral. STF, Pleno, RE 601182/MG, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 8-5-2019.

[141] Citação no voto do Min Celso de Mello – STF – Pleno – Rextr. nº 179.502-6/SP – Rel. Min. Moreira Alves – *Ementário* nº 1.799-09.

[142] TSE – Pleno – PA nº 19.297/PR – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 jun. 2006, p. 133.

[143] TSE – AREspE nº 060040270, Rel. Sergio Silveira Banhos, *DJe* 20-09-2021; REspEl nº 060010760, Rel. Min. Luis Felipe Salomão *DJe* 16-09-2021; REspEl nº 060020506, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJe* 06-08-2021.

[144] Tribunal Regional Eleitoral Estado de São Paulo – Tribunal Pleno – Acórdão nº 112.985 – Processo nº 9.477 – Classe sétima – Rel. Juiz A C. Mathias Coltro, *d*. 2 jul. 1992.

[145] TSE – Pleno – Recurso nº 9.760/PI – Acórdão nº 12.877 – Rel. Min. Eduardo Alckmin, *d*. 29 set. 1992; TSE – Pleno – Recurso nº 10.797/RS – Acórdão nº 12.926 – Rel. Min. Carlos Velloso, *d*. 1 out. 1992.

[146] TSE – Pleno – Recurso especial eleitoral nº 14.231/SP – Acórdão nº 14.231 (1º-10-96) – Min. Eduardo Ribeiro.

[147] STF – *RTJ* 61/581, 82/647.

[148] STF – Pleno – Rextr. nº 179.502/SP – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 8 set. 1995, p. 28.389; STF – 1ª T. – Rextr. nº 418.876-7/MT – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, 4 junho 2004 – *Ementário* nº 2154-4.

[149] STF – 1ª T. – Embs. Decl. em Embs. Decl. em Agr. Reg. em Ag. de inst. ou de pet. nº 177.313/MG – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 5 nov. 1996, p. 44.488 – *Ementário STF*, 1.850/1.900, TSE – Pleno – Agravo regimental na medida cautelar nº 33/RO – Acórdão nº 33 (26-8-96) – Rel. Min. Marco Aurélio; Tribunal Regional Eleitoral Estado de São Paulo – Tribunal Pleno – Acórdão nº 112.985 – Processo nº 9.477 – Classe sétima – Rel. Juiz A. C. Mathias Coltro, d. 2 jul. 1992. Conforme destacado no Acórdão nº 116.444/TRE-SP, "impõe-se o cancelamento do alistamento e da filiação partidária dos condenados, *ex vi* do art. 71, inc. II, do Código Eleitoral e artigo 69, inc. II, da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, por período igual ao da pena aplicada, aqui incluído o prazo do *sursis,* perdendo os eleitos, por igual razão, os respectivos mandatos" (Tribunal Pleno – Acórdão nº 116.444 – processo nº 22/89 – Classe quarta – Rel. Juiz Sebastião Oscar Feltrin, *d*. 29 out. 1992).

[150] TSE – Pleno – Agravo Regimento em Medida Cautelar 193-26/MG – Rel. Min. Arnaldo Versiani, decisão: 12-5-2011: “A suspensão dos direitos políticos, prevista no inciso III, do art. 15 da Constituição Federal é efeito automático da condenação criminal transitada em julgado”; TSE – Pleno – Recurso especial eleitoral nº 13.324/BA – Acórdão nº 13.324 (11-3-97) – Min. Ilmar Galvão. Ementa: “Registro de candidatura. Inelegibilidade. Art. 15, inciso III, da Constituição. Término do cumprimento da pena posterior ao pedido de registro e anterior as eleições. É inelegível o candidato que à época do pedido de sua candidatura encontrava-se com seus direitos políticos suspensos, não importando que a causa da inelegibilidade tenha cessado antes da realização das eleições.”

[151] EC nº 76/2013.

[152] Trecho do voto do Ministro-relator: STF – Pleno – Rextr. nº 225.019/GO – Rel. Min. Nelson Jobim, decisão: 8-8-99 – *Informativo STF* nº 162.

[153] Trecho do voto do Min. Moreira Alves – STF – Pleno – Rextr. nº 179.502-6/SP – *Ementário* nº 1.799-09. No mesmo sentido: “Da suspensão de direitos políticos – efeito da condenação criminal transitada em julgado – ressalvada a hipótese excepcional do art. 55, § 2º, da Constituição – resulta, por si mesma a perda do mandato eletivo ou do cargo do agente político” (STF – 1ª T. – Rextr. nº 418.876-7/MT – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, 4 jun. 2004 – *Ementário* nº 2154-4).

[154] STF, Pleno, AP 470/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento: 17-12-2012; Conferir, ainda, STF, Pleno, AP 396 QO/RO, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJe* 3-10-2013 e STF, Pleno, AP 565/RO, Rel. Min. Cármen Lúcia, 7 e 8-8-2013.

[155] Conferir voto do Ministro-relator Nelson Jobim: STF – Pleno – Rextr. nº 225.019/GO – decisão: 8-8-99 – *Informativo STF* nº 162.

[156] Alteramos nosso posicionamento defendido até a 6ª edição da presente obra.

[157] STF – 1ª T. – Rext. nº 418.876/MT – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 30-3-2004, *Informativo STF* nº 342, p. 3.

[158] Em relação ao Presidente, conferir Capítulo 10, item 3.2.2-A.

[159] **Nesse sentido**, decidiu o Supremo Tribunal Federal: “Condição de elegibilidade. Cassação de diploma de candidato eleito vereador, porque fora ele condenado, com trânsito em julgado, por crime eleitoral contra a honra, estando em curso a suspensão condicional da pena. Interpretação do art. 15, III, da Constituição Federal. Em face do disposto no art. 15, III, da Constituição Federal, a suspensão dos direitos políticos se dá ainda quando, com referência ao

condenado por sentença criminal transitada em julgado, esteja em curso o período da suspensão condicional da pena" (STF – Pleno – Rextr. nº 179.502-6/SP – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, 8 set. 1995, p. 28.389). **Em sentido contrário**: Pedro Henrique Távora Niess entende que essa regra se aplica por igual aos deputados estaduais e aos vereadores, que, portanto, somente poderiam perder seus mandatos em virtude de decisão condenatória transitada em julgado, após voto secreto da maioria absoluta dos membros da respectiva casa, garantida a ampla defesa (*Direitos políticos:* condições de elegibilidades e inelegibilidades. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 21).

160 Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal tendo destacado o Ministro-relator que "vereador, condenado criminalmente, perde o mandato, independentemente de deliberação da Câmara, como consequência da suspensão de seus direitos políticos... A perda do mandato não depende de deliberação da Casa. É consequência da suspensão dos direitos políticos que, por sua vez, é decorrência da condenação criminal transitada em julgado". Igualmente, em relação aos Prefeitos Municipais, expôs o Ministro Nelson Jobim que "o ato declaratório é obrigatório. Constitui-se em mera formalização da extinção do mandato e da vacância do cargo. Não cabe ao Presidente da Câmara de Vereadores outra conduta senão a declaração da extinção do mandato" (trecho do voto do Ministro-relator: STF – Pleno – Rextr. nº 225.019/GO – Rel. Min. Nelson Jobim, decisão: 8-8-99 – *Informativo STF* nº 162). No Estado de São Paulo, conferir a Circular nº 166, do Tribunal Regional Eleitoral, de 26-10-1992 que estabelece: "recebidas as certidões pelo Juízo Eleitoral deverá ser instaurado procedimento administrativo de suspensão da inscrição eleitoral, não havendo necessidade de expedição de edital e nem tampouco de novo contraditório, uma vez que a suspensão dos direitos políticos decorre no próprio texto constitucional" (cf. TRE/SP – MS nº 1.266 – Angatuba – Acórdão nº 124.734, Rel. Juiz Souza José, *d*. 14 maio 1992).

161 Cf. ROLLO, Alberto; BRAGA, Enir. *Inelegibilidade à luz da jurisprudência.* São Paulo: Fiuza, 1995. p. 20.

162 STF, ADC 29; ADC 30 e ADI 4.578, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 16-2-2012, Plenário, *DJE* de 29-6-2012.

163 STF – Pleno – MS nº 25.461/DF – medida liminar – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 10 ago. 2005, p. 19.

164 Conferir Capítulo 10, item 4.7/A4 (Competências do Supremo Tribunal Federal).

[165] Em relação à disciplina constitucional e legal dos Partidos Políticos: STF – Pleno – ADI nº 5311-MC/DF – Rel. Min. Cármen Lúcia – 30-9-2015 (ADI-5311).

[166] CHIMENTI, Carlo. *Manuale di diritto pubblico*... Op. cit. p. 286.

[167] Conferir Lei nº 13.107/2015.

[168] Em relação à necessidade de individualização dos doadores eleitorais, conferir: STF, Pleno, ADI 5394, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 22-3-2018.

[169] STF – Pleno – ADC 31/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 22-9-2021.

[170] A autonomia dos Partidos Políticos torna incompetente a Justiça Eleitoral para julgar matéria interna dos mesmos (TSE – Pleno – CT nº 1.251/DF – Rel. Min. Carlos Ayres Britto, *Diário da Justiça*, Seção I, 20 jun. 2006, p. 58). Em relação à autonomia de partidos políticos, conferir: STRASSER, Carlos. *Teoria del estado.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986. p. 34.

[171] STF – Pleno – ADI 5311, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 4-3-2020.

[172] Redação dada pela EC nº 97, de 4 de outubro de 2017.

[173] STF – Pleno – ADI 2530/DF, Rel. Min. Nunes Marques, j. 18-8-2021.

[174] STF – ADI nº 1.351/DF e ADI nº 1.354/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 7-12-2006 – *Informativo STF* nº 451, Seção I, p. 1.

[175] TSE – Pleno – Consulta nº 1.398/DF – Rel. Min. Cezar Peluso.

[176] Conferir, nesse sentido, inclusive garantindo ao suplente do Partido e não da Coligação o mandato na hipótese de renúncia: STF – Pleno – MS 29.999 MC/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 9-12-2010.

[177] Voto (STF – Pleno – MS 26.603-1/DF – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 4-10-2007).

[178] Nos termos de seu art. 13: “Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se apenas às desfiliações consumadas após 27 (vinte e sete) de março deste ano, quanto a mandatários eleitos pelo sistema proporcional, e, após 16 (dezesseis) de outubro corrente, quanto a eleitos pelo sistema majoritário.”

[179] TSE – Petição nº 060063814/SP, Rel. Min. Sergio Silveira Banhos, *DJe* 11-05-2021.

[180] O § 3º, do art. 1º da Resolução nº 22.610/DF, permite que “O mandatário que se desfiliou ou pretenda desfiliar-se pode pedir a declaração da existência de justa causa, fazendo citar o partido na forma desta Resolução.”

[181] STF – Pleno – ADI nº 5081/DF – Rel. Min. Roberto Barroso – 27-5-2015 (ADI-5081).

[182] REALE JR., Miguel. *Casos de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 113.

[183] TEMER, Michel. *Constituição e...* Op. cit. p. 24.

[184] HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 707.

[185] Em virtude da pandemia da Covid-19, o Congresso Nacional editou a EC nº 107, de 2 de julho de 2020, adiando as eleições municipais de 2020 e estabelecendo as novas datas de 15 de novembro, em primeiro turno, e 29 de novembro de 2020, em segundo turno, onde houvesse. A Emenda Constitucional regulamentou os novos prazos eleitorais e de desincompatibilização. Expressamente, a EC nº 107/2020 afastou a aplicação do art. 16 da Constituição Federal.

[186] TSE – Pleno – Resolução nº 21.002/02 – Brasília/DF – Rel. Min. Garcia Vieira, decisão: 26-2-2002. *Diário da Justiça*, Seção I, 15 março 2002, p. 183. Cf. ainda, RJTSE – Revista de Jurisprudência do TSE, vol. 13, t. 2, p. 389.

[187] TSE – Pleno – Resolução nº 21.474 – Brasília/DF – Rel. Min. Fernando Neves, decisão: 26-8-2003, *Diário da Justiça,* Seção I, 3 out. 2003, p. 103. Cf. TJTSE – Revista de Jurisprudência do TSE, vol. 14, t. 4, p. 272.

[188] STF – Pleno – Adin nº 2.626/DF e 2.628/DF – Rel. p/acórdão Min. Ellen Gracie, decisão: 18-4-2002. *Informativo STF*, nº 264.

[189] TSE – Pleno – Resolução nº 21.986 – Brasília/DF – Rel. Min. Carlos Madeira, *Diário da Justiça*, Seção I, 30-5-2005, p. 139.

[190] Petição inicial na ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em face do art. 2º da EC nº 52/06 (protocolada no dia 9-3-2006).

[191] STF – Pleno – ADI nº 3685/DF – Rel. Min. Ellen Gracie, decisão: 22-3-2006 – *Informativo STF* nº 420, Seção I, p. 1. Conferir, ainda, em relação à aplicação do art. 16 da Constituição Federal: STF – Pleno – ADI nº 3741/DF, ADI nº 3742/DF e ADI nº 3743/DF – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão: 6-9-2006 – *Informativo STF* nº 439).

[192] REALE, Miguel. *Por uma constituição brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 137.

[193] STF – Ext. nº 1.057-3/República do Paraguai – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 14 nov. 2006, p. 66.



Organização Político-Administrativa

8

1 REGRAS DE ORGANIZAÇÃO

1.1 Adoção da federação

A Constituição de 1988 adotou como forma de Estado o *federalismo,* que na conceituação de Dalmo de Abreu Dallari é uma "aliança ou união de Estados", baseada em uma Constituição e onde

> "os Estados que ingressam na federação perdem sua soberania no momento mesmo do ingresso, preservando, contudo, uma autonomia política limitada".[1]

Dessa forma, difere o Estado Unitário, que

> "é, por conseguinte, rigorosamente centralizado, no seu limiar, e identifica um mesmo poder, para um mesmo povo, num mesmo território",[2]

caracterizando-se pela centralização político-administrativa em um só centro produtor de decisões. Igualmente, difere da Confederação, que consiste na união de Estados soberanos por meio de um tratado internacional dissolúvel.

A adoção da espécie federal de Estado gravita em torno do princípio da autonomia e da participação política e pressupõe a consagração de certas regras constitucionais, tendentes não somente à sua configuração, mas também à sua manutenção e indissolubilidade, pois como aponta José Roberto Dromi, analisando a federação argentina, "a simples federação pura é tão irrealizável quanto um sistema unitário, pois é uma aliança e as alianças não perduram".[3]

Como ressaltado por Geraldo Ataliba, "exsurge a Federação como a associação de Estados (*foedus*, *foederis*) para formação de novo Estado (o federal) com repartição rígida de atributos da soberania entre eles. Informa-se seu relacionamento pela 'autonomia recíproca da União e dos Estados, sob a égide da Constituição Federal' (Sampaio Dória), caracterizadora dessa igualdade jurídica (Ruy Barbosa), dado que ambos extraem suas competências da mesma norma (Kelsen). Daí cada qual ser supremo em sua esfera, tal como disposto no Pacto Federal (Victor Nunes)".[4]

O mínimo necessário para a caracterização da organização constitucional federalista exige, inicialmente, a decisão do legislador constituinte, por meio da edição de uma constituição, em criar o Estado Federal e suas partes indissociáveis, a Federação ou União, e os Estados-membros, pois a criação de um governo geral supõe a renúncia e o abandono de certas porções de competências administrativas, legislativas e tributárias por parte dos governos locais.[5] Essa decisão está consubstanciada nos arts. 1º e 18 da Constituição de 1988.[6]

Além disso, a Constituição deve estabelecer os seguintes princípios:

- os cidadãos dos diversos Estados-membros aderentes à Federação devem possuir a nacionalidade única dessa;
- repartição constitucional de competências entre a União, Estados-membros, Distrito Federal e município;

- necessidade de que cada ente federativo possua uma esfera de competência tributária que lhe garanta renda própria;
- poder de auto-organização dos Estados-membros, Distrito Federal e municípios, atribuindo-lhes autonomia constitucional;
- possibilidade constitucional excepcional e taxativa de intervenção federal, para manutenção do equilíbrio federativo;
- participação dos Estados no Poder Legislativo Federal, de forma a permitir-se a ingerência de sua vontade na formação da legislação federal;
- possibilidade de criação de novo Estado ou modificação territorial de Estado existente dependendo da aquiescência da população do Estado afetado;
- a existência de um órgão de cúpula do Poder Judiciário para interpretação e proteção da Constituição Federal.

Note-se que, expressamente, o legislador constituinte determinou a impossibilidade de qualquer proposta de emenda constitucional tendente a abolir a Federação (CF, art. 60, § 4º, I).

1.2 Princípio da indissolubilidade do vínculo federativo

O princípio da indissolubilidade em nosso Estado Federal foi consagrado em nossas constituições republicanas desde 1891 (art. 1º) e tem duas finalidades básicas: a unidade nacional e a necessidade descentralizadora.

O art. 1º da Constituição Federal afirma que a República Federativa do Brasil é formada pela união *indissolúvel* dos Estados e Municípios e do Distrito Federal; sendo completado pelo art. 18, que prevê que a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil

compreende a *União*, os *Estados*, o *Distrito Federal* e os *Municípios*, todos autônomos e possuidores da tríplice capacidade de auto-organização e normatização própria, autogoverno e autoadministração.

Dessa forma, inadmissível qualquer pretensão de separação de um Estado-membro, do Distrito Federal ou de qualquer Município da Federação, inexistindo em nosso ordenamento jurídico o denominado *direito de secessão*. A mera tentativa de secessão do Estado-membro permitirá a decretação de intervenção federal (CF, art. 34, I), devendo sempre a Constituição ser interpretada de sorte que não ameace a organização federal por ela instituída ou ponha em risco a coexistência harmoniosa e solidária da União, Estados e Municípios.[7]

1.3 Capital Federal

A Constituição Federal determina que Brasília é a Capital Federal (CF, art. 18, § 1º), tratando-se de inovação do legislador constituinte de 1988, que não mais definiu o Distrito Federal como a Capital,[8] pois esse é o ente federativo que engloba aquela, ao qual é vedado dividir-se em municípios (CF, art. 32, *caput*). Assim ficam diferenciadas a Capital Federal do País da circunscrição territorial representada na Federação pelo Distrito Federal.

Ressalte-se que foi a 1ª Constituição da República, de 24 de fevereiro de 1891, em seu art. 3º, que expressamente determinou que *"fica pertencendo à União, no planalto central da República, uma zona de 14.400 kilometros quadrados, que será opportunamente demarcada, para nella estabelecer-se a futura Capital Federal. Effectuada a mudança da capital, o actual Distrito Federal passará a constituir um Estado"*.

Em lição preciosa, José Afonso da Silva expõe que

> "Brasília, assim, assume uma posição jurídica específica no conceito brasileiro de cidade. Brasília é *civitas civitatum*, na medida em que é cidade-centro, polo irradiante, de onde partem,

> aos governados, as decisões mais graves, e onde acontecem os fatos decisivos para os destinos do País. Mas não se encaixa no conceito geral de cidades, porque não é sede de município. É *civitas* e *polis*, enquanto modo de habitar de sede do Governo Federal... Brasília tem como *função* servir de Capital da União, Capital Federal e, pois, Capital do Brasil, como entidade de direito internacional".[9]

1.4 União

A *União* é entidade federativa autônoma em relação aos Estados-membros e municípios, constituindo pessoa jurídica de Direito Público Interno, cabendo-lhe exercer as atribuições da soberania do Estado brasileiro. Não se confundindo com o *Estado Federal*, este sim pessoa jurídica de Direito Internacional e formado pelo conjunto de União, Estados-membros, Distrito Federal e municípios. Ressalte-se, porém, que a União poderá agir em nome próprio, ou em nome de toda Federação, quando, neste último caso, relaciona-se internacionalmente com os demais países.

As regras relacionadas diretamente à União serão estudadas em pertinentes capítulos.

A Constituição Federal enumera os bens da União (CF, art. 20): as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei; os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais; as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas;[10] as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que

contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II, da Constituição Federal (as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no domínio do Estado); os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva; o mar territorial; os terrenos de marinha e seus acrescidos; os potenciais de energia hidráulica; os recursos minerais, inclusive os do subsolo; as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos; as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

Saliente-se que o legislador constituinte permitiu à União, somente para efeitos administrativos, a possibilidade de criação de *regiões de desenvolvimento* (CF, art. 43), mediante a articulação de sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando ao seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais, por meio de lei complementar, que disporá sobre as condições para integração de regiões em desenvolvimento; a composição dos organismos regionais que executarão, na forma da lei, os planos regionais, integrantes dos planos nacionais de desenvolvimento econômico e social (CF, art. 174, § 1º),[11] aprovados juntamente com estes.

Além disso, poderão ser estabelecidos incentivos regionais, que compreenderão, além de outros, na forma da lei, de igualdade de tarifas, fretes, seguros e outros itens de custos e preços de responsabilidade do poder público; juros favorecidos para financiamento de atividades prioritárias; isenções, reduções ou diferimento temporário de tributos federais devidos por pessoas físicas ou jurídicas; prioridade para o aproveitamento econômico e social dos rios e das massas de água represadas ou represáveis nas regiões de baixa renda, sujeitas a secas periódicas.

1.5 Estados-membros

1.5.1 Autonomia estadual

A autonomia dos Estados-membros caracteriza-se pela denominada *tríplice capacidade de auto-organização e normatização própria, autogoverno e autoadministração.*

A. Auto-organização e normatização própria

Os Estados-membros se *auto-organizam* por meio do exercício de seu poder constituinte derivado-decorrente, consubstanciando-se na edição das respectivas Constituições Estaduais[12] e, posteriormente, através de sua própria legislação (CF, art. 25, *caput*),[13] sempre, porém, respeitando os princípios constitucionais *sensíveis*, princípios federais *extensíveis* e princípios constitucionais *estabelecidos.*[14]

Como já decidiu o Supremo Tribunal Federal,

> "se é certo que a nova Carta Política contempla um elenco menos abrangente de *princípios constitucionais sensíveis*, a denotar, com isso, a expansão de poderes jurídicos na esfera das coletividades autônomas locais, o mesmo não se pode afirmar quanto aos *princípios federais extensíveis* e aos *princípios constitucionais estabelecidos*, os quais, embora disseminados pelo texto constitucional, posto que não é tópica a sua localização, configuram acervo expressivo de limitações dessa autonomia local, cuja identificação – até mesmo pelos efeitos restritivos que deles decorrem – impõe-se realizar".[15]

Os *princípios constitucionais sensíveis*[16] são assim denominados, pois a sua inobservância pelos Estados-membros no exercício de suas competências legislativas, administrativas ou tributárias, pode acarretar a sanção politicamente mais grave existente em um Estado Federal, a

intervenção na autonomia política. Estão previstos no art. 34, VII, da Constituição Federal:

- forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
- direitos da pessoa humana;
- autonomia municipal;
- prestação de contas da administração pública, direta e indireta;
- aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e no desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.[17]

Os *princípios federais extensíveis* são as normas centrais comuns à União, Estados, Distrito Federal e municípios, portanto, de observância obrigatória no poder de organização do Estado. Poder-se-iam colocar nessa classificação os chamados por Raul Machado Horta de "Princípios desta Constituição".[18]

Portanto, observe-se, como consagrou o Supremo Tribunal Federal, que o respeito ao Princípio da Simetria não significa a necessidade de o legislador constituinte estadual, especialmente em assuntos de organização do próprio Estado, simplesmente repetir o mesmo enunciado das normas constitucionais federais. Como bem ressaltado por nossa Corte Suprema, "a determinação de observância aos princípios constitucionais não significaria caber ao constituinte estadual apenas copiar as normas federais".[19]

Por fim, os *princípios constitucionais estabelecidos* consistem em determinadas normas que se encontram espalhadas pelo texto da Constituição, e, além de organizarem a própria federação, estabelecem preceitos centrais de observância obrigatória aos Estados-membros em sua auto-organização. Subdividem-se em *normas de competência*[20] e *normas de preordenação*.[21]

B. Autogoverno

A autonomia estadual também se caracteriza pelo *autogoverno*, uma vez que é o próprio povo do Estado quem escolhe diretamente seus representantes nos Poderes Legislativo e Executivo locais, sem que haja qualquer vínculo de subordinação ou tutela por parte da União.[22] A Constituição Federal prevê expressamente a existência dos Poderes Legislativo (CF, art. 27),[23] Executivo (CF, art. 28) e Judiciário (CF, art. 125) estaduais.[24]

A própria Constituição Federal (art. 27) estabelece regras na composição do Poder Legislativo Estadual, determinando sua unicameralidade, sua denominação – Assembleia Legislativa –, a duração do mandato dos deputados (quatro anos),[25] as regras sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades,[26] remuneração,[27] perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas; as regras sobre remuneração e previsão sobre iniciativa popular de lei; bem como duas regras para fixação do número de deputados estaduais. Dessa maneira, o legislador constituinte originário determinou, expressamente, a aplicação das garantias e imunidades previstas aos parlamentares federais, denominado como "Estatuto dos Congressistas", aos deputados estaduais, tratando-se, pois, de um *princípio constitucional estabelecido (norma de preordenação*).[28]

No tocante à chefia do Poder Legislativo estadual, o Supremo Tribunal Federal definiu que, apesar de o art. 57, § 4º, da Constituição Federal não ser norma de reprodução obrigatória por parte dos Estados-membros, em face dos princípios Republicano e Democrático, exige-se a alternância no Poder, não se admitindo a possibilidade de reeleições sucessivas para os mesmos cargos nas mesas diretoras dos órgãos legislativos, mas apenas uma única reeleição para o mandato subsequente.[29]

Até a data da promulgação da Emenda Constitucional nº 19, em 4-6-1998, a própria Assembleia Legislativa, por meio de decreto legislativo,

fixava seus vencimentos em cada legislatura para a subsequente. A redação do § 2º do art. 27 exige a edição de lei de iniciativa da Assembleia Legislativa, fixando desde logo o teto máximo de remuneração, qual seja, 75% do estabelecido, em espécie, para os deputados federais, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º, 57, § 7º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. A novidade está na necessidade da aprovação de lei ordinária, cuja iniciativa será da Mesa da Assembleia Legislativa, devendo ser aprovada por maioria simples e exigindo-se, portanto, a participação do Governador do Estado no processo legislativo, permitindo-se sua sanção ou veto. Em relação ao teto máximo fixado, lembremo-nos não tratar de novidade, uma vez que a Emenda Constitucional nº 01, de 31-3-1992, já havia dado redação semelhante ao citado § 2º.

Observe-se, ainda, que nos termos da EC nº 41/03, os subsídios dos deputados estaduais serão o limite remuneratório no âmbito do Poder Legislativo estadual (CF, art. 37, XI), ressalvada a possibilidade criada pela EC nº 47/05, adiante; sendo vedado o pagamento de qualquer vantagem pecuniária a deputados estaduais por convocação para sessão extraordinária.[30] O número de deputados estaduais, no geral, corresponderá ao triplo da representação do Estado na Câmara dos Deputados (*Regra: nº de deputados estaduais = 3 × nº deputados federais)* que é fixada em lei complementar (CF, art. 45, § 1º).[31] Excepcionalmente, porém, se atingido o número de trinta e seis deputados estaduais, serão acrescidos tantos deputados quantos forem os Deputados Federais acima de doze (*Exceção: nº de deputados estaduais = 36 + nº de deputados federais – 12*).

Assim, por exemplo, o Estado de São Paulo tem 70 (setenta) deputados federais, portanto, encaixa-se na exceção prevista no art. 27, aplicando-se a regra: nº deputados estaduais = 36 + nº deputados federais – 12; logo, teremos: 36 + 70 – 12 = 94 deputados estaduais.

Em relação ao Poder Executivo estadual, o art. 28 da Constituição Federal com a nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 4-6-

1997, estabelece que a eleição do Governador e do Vice-governador de Estado, para mandato de quatro anos, permitindo-se a reeleição para um único período subsequente, 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 6 de janeiro do ano subsequente. Além disso, expressamente, determina a aplicação das regras previstas para a eleição e posse do Presidente da República (CF, art. 77).[32]

A Emenda Constitucional nº 111, de 28 de setembro de 2021, alterou a data prevista pelo texto original da Constituição Federal (1º de janeiro) e diferenciou-a da posse do Presidente da República, que passou a ser 5 de janeiro. Observe-se, porém, que o Presidente da República e os Governadores de Estado e do Distrito Federal eleitos em 2022 tomarão posse em 1º de janeiro de 2023, e seus mandatos durarão até a posse de seus sucessores, em 5 e 6 de janeiro de 2027, respectivamente. Dessa maneira, as alterações da EC nº 111/2021, relativas às datas de posse de Governadores, de Vice-Governadores, do Presidente e do Vice-Presidente da República serão aplicadas somente a partir das eleições de 2026.

O Supremo Tribunal Federal, interpretando o § 4º do art. 224 do Código Eleitoral, incluído pela Lei 13.165/2015, declarou a constitucionalidade da previsão de novas eleições na hipótese de vacância do cargo de Governador por causas eleitorais, ou seja, em razão de decisão da Justiça Eleitoral que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato. Entretanto, no caso de perda de mandato do chefe do Executivo por causas não eleitorais, tais como prática de crime de responsabilidade (*impeachment*) ou efeito de sentença condenatória penal ou improbidade, a Corte manteve a competência legislativa estadual para disciplinar a vacância e legislar sobre as eleições, em face da autonomia federativa.[33] Nesse sentido, a Corte já admitia a possibilidade de previsão da Constituição estadual de eleições indiretas para o provimento

dos cargos de Governador e Vice-Governador, nos mesmos moldes da previsão da Carta Magna (art. 81, § 1º), não sendo, porém, de aplicabilidade obrigatória pelo princípio da simetria.[34]

Determina, também, que 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 da própria Constituição Federal. Além disso, a Constituição Federal prevê que os subsídios do Governador, do Vice-governador e dos Secretários de Estado serão fixados por lei de iniciativa da Assembleia Legislativa, observando o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.[35]

Em relação à previsão de ausência do território nacional do Chefe do Poder Executivo estadual, decidiu o Supremo Tribunal Federal que "a exigência de prévia autorização da Assembleia Legislativa para o Governador e o Vice-Governador do Estado ausentarem-se, em qualquer tempo, do território nacional mostra-se incompatível com os postulados da simetria e da separação de poderes, pois essa restrição não encontra correspondência nem parâmetro na Constituição Federal (art. 49, III, c/c o art. 83)".[36]

Alterando seu antigo posicionamento, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não se estendem aos Governadores de Estado e do Distrito Federal as previsões excepcionais do texto originário da Constituição Federal sobre responsabilização penal – necessidade de juízo de admissibilidade da acusação por crime comum por 2/3 da Assembleia Legislativa, pois são dirigidas única e exclusivamente ao Presidente da República, em face de sua condição de Chefe de Estado e Chefe de Governo, e pelas peculiares funções exercidas. Não se tratando, portanto, de princípios constitucionais extensíveis, tampouco podendo ser estabelecidas pelos Estados-Membros com base na simetria (conferir Capítulo 10, item 3.2.2-B).[37]

No âmbito estadual, o subsídio mensal do Governador do Estado será o limite remuneratório para todo o Poder Executivo estadual, excetuando-se os Procuradores e Defensores Públicos, cujo teto salarial será idêntico ao dos magistrados e membros do Ministério Público, ou seja, 90,25% do subsídio de Ministro do STF.[38] Essa norma geral para a aplicação do *subteto* salarial no âmbito dos estados-membros poderá, porém, ser substituída se houver expressa fixação em contrário – *de novo subteto* – nas respectivas Constituições estaduais, como permitido pela EC nº 47, promulgada em 5 de julho de 2005,[39] que facultou aos Estados a fixação do subsídio mensal dos Desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça, limitado aos já citados 90,25% do subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal, para todos os seus servidores, excluídos somente os subsídios dos Deputados estaduais, cuja regra remuneratória foi anteriormente analisada. Essa mesma possibilidade foi prevista para o Distrito Federal, por meio de alteração em sua Lei Orgânica Distrital.

Dessa forma, a conjugação da EC nº 41/03 com a EC nº 47/05 permite a seguinte conclusão em relação ao *subteto* salarial no âmbito estadual e distrital:

- **Autogoverno dos entes federativos para fixação do *subteto salarial estadual*, com expressa permissão de edição de regra específica nas respectivas Constituições estaduais ou na Lei Orgânica do Distrito Federal (EC nº 47/05, § 12 do art. 37):** cada estado-membro ou o Distrito Federal poderão alterar suas respectivas Constituições estaduais ou sua Lei Orgânica, no sentido de estabelecer um limite único para todos os servidores estaduais ou distritais, excetuando-se os parlamentares. Esse limite será o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça. Assim, da mesma forma que em âmbito federal há um único *teto salarial* para os três Poderes da União, correspondente ao subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal

Federal (CF, art. 37, XI), em âmbito estadual/distrital, as Assembleias Legislativas e a Câmara Legislativa do Distrito Federal poderão estabelecer um único *subteto salarial* para todos os servidores locais, salvo os parlamentares, correspondente ao subsídio dos membros da mais alta Corte de Justiça local (90,25% dos subsídios dos ministros do STF). Trata-se de discricionariedade do estado-membro/Distrito Federal, que analisará politicamente a conveniência e a oportunidade de realizar alterações em suas Cartas locais, para estender as outras carreiras públicas, o que o art. 37, XI, excepcionou somente aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e Defensores Públicos.

- **Regra geral e subsidiária para todos os Estados-membros e Distrito Federal, na ausência de previsão específica das respectivas Constituições estaduais ou Lei Orgânica do Distrito Federal:** na ausência de previsões específicas, permanecerá, no âmbito estadual e distrital, o subsídio mensal dos respectivos Governadores como limite remuneratório para todo o Poder Executivo, salvo as carreiras do Ministério Público, dos Procuradores e Defensores Públicos.

Em relação à responsabilidade político-administrativa dos Governadores dos Estados-membros e às regras básicas do *impeachment*, conferir Capítulo 10, item 4.8.

O art. 125 da Carta de 1988 rege que os Estados-membros organizarão seu Poder Judiciário, observados os princípios estabelecidos na Constituição, determinando a competência dos tribunais na Constituição do Estado e instituindo 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. Faculta-se,

ainda, à lei estadual, de iniciativa do Tribunal de Justiça, a criação da Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes. A competência da Justiça Militar estadual será para processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente, ainda, decidir a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação dos praças.[40]

A EC nº 45/04 inovou, pois permitiu aos juízes de direito do juízo militar atuarem de maneira singular, nos processos e julgamentos de crimes militares cometidos contra civis e em ações judiciais contra atos disciplinares, reservando ao órgão colegiado – Conselho de Justiça, sob a presidência do juiz de direito –, o processo e julgamento dos demais crimes militares.

C. Autoadministração

Por fim, completando a tríplice capacidade garantidora da autonomia dos entes federados, os Estados-membros se *autoadministram* no exercício de suas competências administrativas, legislativas e tributárias definidas constitucionalmente. Saliente-se que está implícito no exercício da competência tributária a existência de um mínimo de recursos financeiros, obtidos diretamente através de sua própria competência tributária.

1.5.2 Regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões

Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por

agrupamentos de Municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum (CF, art. 25, § 3º), com o objetivo de oferecer soluções para problemas ou carências localizadas nos Estados.

As *regiões metropolitanas* são unidades regionais instituídas pelos Estados, mediante lei complementar, constituída por agrupamento de Municípios limítrofes para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.[41]

Microrregiões também se constituem por municípios limítrofes, que apresentam características homogêneas e problemas em comum, mas que não se encontram ligados por certa continuidade urbana. Será estabelecido um município-sede. Por fim, *aglomerados urbanos* são áreas urbanas de municípios limítrofes, sem um polo, ou mesmo uma sede. Caracterizam-se pela grande densidade demográfica e continuidade urbana.

São, portanto, requisitos constitucionais comuns às três hipóteses:[42]

- lei complementar estadual;[43]
- tratar-se de um conjunto de municípios limítrofes;
- finalidade: organização, planejamento e execução de funções públicas de interesse comum.

Em nenhuma das hipóteses, os Municípios perderão suas plenas autonomias, tendo, inclusive, o Supremo Tribunal Federal decidido ser "inconstitucional norma que prevê a concentração excessiva do poder decisório nas mãos de só um dos entes públicos integrantes de região metropolitana".[44]

1.6 Municípios

A Constituição Federal consagrou o Município como entidade federativa indispensável ao nosso sistema federativo, integrando-o na

organização político-administrativa e garantindo-lhe plena autonomia, como se nota na análise dos arts. 1º, 18, 29, 30 e 34, VII, *c*, todos da Constituição Federal. Ressalta Paulo Bonavides, que

> "não conhecemos uma única forma de união federativa contemporânea onde o princípio da autonomia municipal tenha alcançado grau de caracterização política e jurídica tão alto e expressivo quanto aquele que consta da definição constitucional do novo modelo implantado no País com a Carta de 1988".[45]

A autonomia municipal, da mesma forma que a dos Estados-membros, configura-se pela tríplice capacidade de *auto-organização e normatização própria*, *autogoverno* e *auto*a*dministração*.

Dessa forma, o município *auto-organiza-se* através de sua Lei Orgânica Municipal e, posteriormente, por meio da edição de leis municipais; *autogoverna-se* mediante a eleição direta de seu prefeito, Vice-prefeito e vereadores, sem qualquer ingerência dos Governos Federal e Estadual; e, finalmente, *autoadministra-se*, no exercício de suas competências administrativas, tributárias e legislativas, diretamente conferidas pela Constituição Federal.

1.6.1 Lei orgânica municipal

Os municípios reger-se-ão por *leis orgânicas municipais*, votadas em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovadas por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que as promulgará. A Lei Orgânica organizará os órgãos da Administração, a relação entre os órgãos do Executivo e Legislativo, disciplinando a competência legislativa do Município, observadas as *peculiaridades locais*, bem como sua competência comum, disposta no art. 23, e sua competência suplementar, disposta no art. 30, II; além de estabelecer as regras de processo legislativo

municipal e toda regulamentação orçamentária, em consonância com a Constituição Federal, a Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos (CF, art. 29):

- eleição do Prefeito, do Vice-prefeito e dos vereadores,[46] para mandato de quatro anos, mediante pleito direto e simultâneo realizado em todo o país. Ressalte-se que a partir da Emenda Constitucional nº 16, de 4-6-1997, permite-se a reeleição do chefe do Poder Executivo municipal para um único período subsequente. O Supremo Tribunal Federal, interpretando o § 4º do art. 224 do Código Eleitoral, com a redação dada pela Lei 13.165/2015, declarou a constitucionalidade da previsão de novas eleições na hipótese de vacância do cargo de Prefeito por causas eleitorais, ou seja, em razão de decisão da Justiça Eleitoral que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato. Entretanto, no caso de perda de mandato do chefe do Executivo por causas não eleitorais, tais como prática de crime de responsabilidade (*impeachment*) ou efeito de sentença condenatória penal ou improbidade, a Corte manteve a competência legislativa municipal para disciplinar a vacância e legislar sobre as eleições, em face da autonomia federativa.[47] Neste aspecto, a Corte manteve seu entendimento de que a competência para disciplinar matéria referente à substituição e sucessão na chefia do Executivo municipal é reservada à Lei Orgânica Municipal, pois "não cabe, ao Estado-membro, sob pena de frontal transgressão à autonomia constitucional do Município, disciplinar, ainda que no âmbito da própria Carta Política estadual, a ordem de vocação das autoridades municipais, quando configuradas situações de vacância ou de impedimento cuja ocorrência justifique a

sucessão ou a substituição nos cargos de Prefeito e/ou de Vice-Prefeito do Município".[48]

- eleição do Prefeito e do Vice-prefeito[49] realizada no primeiro domingo de outubro do ano anterior ao término do mandato dos que devam suceder, aplicadas as regras do art. 77 no caso de Municípios com mais de duzentos mil eleitores;[50]
- posse do prefeito e do Vice-prefeito no dia 1º de janeiro do ano subsequente ao da eleição. A substituição e sucessão na chefia do Poder Executivo Municipal devem ser regulamentadas pela Lei Orgânica Municipal;
- composição das Câmaras Municipais, cuja fixação dos número de Vereadores é de competência da Lei Orgânica Municipal,[51] que terá o término das convenções partidárias como prazo final para fixação,[52] observando o limite máximo e obrigatório[53] de[54] (a) 9 (nove) Vereadores, nos Municípios de até 15.000 (quinze mil) habitantes; (b) 11 (onze) Vereadores, nos Municípios de mais de 15.000 (quinze mil) habitantes e de até 30.000 (trinta mil) habitantes; (c) 13 (treze) Vereadores, nos Municípios com mais de 30.000 (trinta mil) habitantes e de até 50.000 (cinquenta mil) habitantes; (d) 15 (quinze) Vereadores, nos Municípios de mais de 50.000 (cinquenta mil) habitantes e de até 80.000 (oitenta mil) habitantes; (e) 17 (dezessete) Vereadores, nos Municípios de mais de 80.000 (oitenta mil) habitantes e de até 120.000 (cento e vinte mil) habitantes; (f) 19 (dezenove) Vereadores, nos Municípios de mais de 120.000 (cento e vinte mil) habitantes e de até 160.000 (cento sessenta mil) habitantes; (g) 21 (vinte e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 160.000 (cento e sessenta mil) habitantes e de até 300.000 (trezentos mil) habitantes; (h) 23 (vinte e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 300.000 (trezentos mil) habitantes e de

até 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) habitantes; (i) 25 (vinte e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) habitantes e de até 600.000 (seiscentos mil) habitantes; (j) 27 (vinte e sete) Vereadores, nos Municípios de mais de 600.000 (seiscentos mil) habitantes e de até 750.000 (setecentos e cinquenta mil) habitantes; (k) 29 (vinte e nove) Vereadores, nos Municípios de mais de 750.000 (setecentos e cinquenta mil) habitantes e de até 900.000 (novecentos mil) habitantes; (l) 31 (trinta e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 900.000 (novecentos mil) habitantes e de até 1.050.000 (um milhão e cinquenta mil) habitantes; (m) 33 (trinta e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.050.000 (um milhão e cinquenta mil) habitantes e de até 1.200.000 (um milhão e duzentos mil) habitantes; (n) 35 (trinta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.200.000 (um milhão e duzentos mil) habitantes e de até 1.350.000 (um milhão e trezentos e cinquenta mil) habitantes; (o) 37 (trinta e sete) Vereadores, nos Municípios de 1.350.000 (um milhão e trezentos e cinquenta mil) habitantes e de até 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil) habitantes; (p) 39 (trinta e nove) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil) habitantes e de até 1.800.000 (um milhão e oitocentos mil) habitantes; (q) 41 (quarenta e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.800.000 (um milhão e oitocentos mil) habitantes e de até 2.400.000 (dois milhões e quatrocentos mil) habitantes; (r) 43 (quarenta e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 2.400.000 (dois milhões e quatrocentos mil) habitantes e de até 3.000.000 (três milhões) de habitantes; (s) 45 (quarenta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 3.000.000 (três milhões) de habitantes e de até 4.000.000 (quatro milhões) de habitantes;

(t) 47 (quarenta e sete) Vereadores, nos Municípios de mais de 4.000.000 (quatro milhões) de habitantes e de até 5.000.000 (cinco milhões) de habitantes; (u) 49 (quarenta e nove) Vereadores, nos Municípios de mais de 5.000.000 (cinco milhões) de habitantes e de até 6.000.000 (seis milhões) de habitantes; (v) 51 (cinquenta e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 6.000.000 (seis milhões) de habitantes e de até 7.000.000 (sete milhões) de habitantes; (w) 53 (cinquenta e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 7.000.000 (sete milhões) de habitantes e de até 8.000.000 (oito milhões) de habitantes; e (x) 55 (cinquenta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 8.000.000 (oito milhões) de habitantes. Importante ressaltar que, na vigência do texto anterior,[55] o Supremo Tribunal Federal entendeu necessário o efetivo respeito;

- a Emenda Constitucional nº 25, de 14-2-2000, cuja entrada em vigor ocorreu em 1º-1-2001, alterou os limites para a fixação dos subsídios dos Vereadores, prevendo sua fixação pelas respectivas Câmaras Municipais[56] em cada legislatura para a subsequente, observados os critérios estabelecidos na respectiva Lei Orgânica e os seguintes limites máximos: (a) em Municípios de até dez mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a vinte por cento do subsídio dos Deputados Estaduais; (b) em Municípios de dez mil e um a cinquenta mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a trinta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais; (c) em Municípios de cinquenta mil e um a cem mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a quarenta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais; (d) em Municípios de cem mil e um a trezentos mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a cinquenta por cento do subsídio dos Deputados

Estaduais; (e) em Municípios de trezentos mil e um a quinhentos mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a sessenta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais; (f) em Municípios de mais de quinhentos mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a setenta e cinco por cento do subsídio dos Deputados Estaduais. Com a citada Emenda Constitucional nº 25/2000, houve o retorno, em nível municipal, da *regra da legislatura*,[57] ou seja, da impossibilidade de a Câmara Municipal aumentar seus subsídios para a própria legislatura.[58] Nos termos do art. 37, XI, com a nova redação dada pela EC nº 41/03, o teto remuneratório em âmbito municipal, inclusive para os vereadores, deverá ser o subsídio do Prefeito Municipal, constitucionalizando-se, dessa forma, antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.[59] O texto é autoaplicável, pois conforme o art. 8º, da referida EC nº 41/03, até que seja fixado o teto remuneratório geral, correspondente ao valor do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, será considerado, para os fins de limite remuneratório, o valor da maior remuneração atribuída por lei na data da publicação da emenda constitucional a Ministro do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio atual dos prefeitos municipais.[60] A EC nº 47/05 em nada alterou esse entendimento, pois o § 12 do art. 37 da Carta Magna expressamente excluiu os vereadores da possibilidade de estabelecimento de *subteto* local;

- a Câmara Municipal não poderá gastar mais de setenta por cento de sua receita com folha de pagamento, incluído o gasto com o subsídio de seus vereadores. Além disso, o total da despesa do Poder Legislativo Municipal, incluídos os subsídios dos Vereadores e os demais gastos com pessoal inativo e

pensionistas, não poderá ultrapassar os seguintes percentuais, relativos ao somatório da receita tributária e das transferências previstas no § 5º do art. 153 e nos arts. 158 e 159 da Constituição Federal, efetivamente realizado no exercício anterior:[61] (a) 7% (sete por cento) para Municípios com população de até 100.000 (cem mil) habitantes; (b) 6% (seis por cento) para Municípios com população entre 100.000 (cem mil) e 300.000 (trezentos mil) habitantes; (c) 5% (cinco por cento) para Municípios com população entre 300.001 (trezentos mil e um) e 500.000 (quinhentos mil) habitantes; (d) 4,5% (quatro inteiros e cinco décimos por cento) para Municípios com população entre 500.001 (quinhentos mil e um) e 3.000.000 (três milhões) de habitantes; (e) 4% (quatro por cento) para Municípios com população entre 3.000.001 (três milhões e um) e 8.000.000 (oito milhões) de habitantes; (f) 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento) para Municípios com população acima de 8.000.001 (oito milhões e um) habitantes.[62]

- fixação dos subsídios do prefeito, do vice-prefeito e dos secretários municipais. Observe-se a total incidência do princípio da reserva legal em relação à iniciativa da Câmara Municipal para fixação dos subsídios do Prefeito Municipal, com respeito à regra da legislatura. Conforme decidido pelo STF, "os subsídios do prefeito e do vice-prefeito devem ser fixados, de forma clara e invariável, mediante lei de iniciativa da Câmara Municipal".[63]
- inviolabilidade dos vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do município. Assim como em relação aos parlamentares federais, a garantia constitucional da imunidade parlamentar em sentido material é excludente tanto de responsabilidade penal, quanto de

responsabilidade civil, desde que derivadas do exercício do mandato (*in officio*) ou em razão deste (*propter officium*).[64] A Constituição Federal não prevê prerrogativa de foro nas hipóteses de prática de infrações penais por vereadores, nem é possível essa previsão por meio da Lei Orgânica Municipal. Porém, nos termos do art. 125, § 1º, do texto constitucional, é possível essa previsão no texto da respectiva Constituição do Estado.[65]

- proibições e incompatibilidades, no exercício da vereança, similares, no que couber, ao disposto nesta Constituição para os membros do Congresso Nacional e na Constituição do respectivo Estado para os membros da Assembleia Legislativa;
- julgamento do prefeito perante o Tribunal de Justiça;
- organização das funções legislativas e fiscalizadoras da Câmara Municipal;
- cooperação das associações representativas no planejamento municipal;
- iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado;
- perda do mandato do prefeito, nos termos do art. 28, § 1º. Ressalte-se a integral aplicabilidade das normas previstas no art. 28 da Constituição Federal relativas à perda do mandato de Governador de Estado também para a hipótese de perda de mandato do Chefe do Executivo Municipal, pois conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal, “as prescrições do art. 28 relativas à perda do mandato de governador aplicam-se ao prefeito, qualificando-se, assim, como preceito de reprodução obrigatória por parte dos Estados-membros e Municípios. Não é

permitido a esses entes da federação modificar ou ampliar esses critérios."[66]

1.6.2 Prefeito municipal – responsabilidade criminal e política

O prefeito é o chefe do Poder Executivo, cabendo-lhe a direção administrativa e política do município. Conforme a própria Constituição Federal prevê, será eleito, juntamente com o Vice-prefeito, para um mandato de quatro anos, permitindo-se a reeleição para um único período subsequente, nos termos da Emenda Constitucional nº 16, de 4-6-1997.

Importante previsão constitucional é a disposição, originariamente, prevista no art. 29, VIII, e atualmente, em virtude da Emenda Constitucional nº 1, de 31-3-1992, no art. 29, X.

O inciso X do art. 29 da Constituição Federal inovou a competência para processo e julgamento das infrações penais cometidas por prefeitos municipais, concedendo-lhes foro privilegiado, ao dispor que somente serão julgados pelo Tribunal de Justiça respectivo, ou seja, sempre do Estado da Federação onde estiver seu Município,[67] seja pelo Plenário ou por órgão fracionário competente.[68]

No entanto, o legislador constituinte não foi claro quanto à fixação dessa competência, ao não se referir, expressamente, ao tipo de infração penal cometida (comum, eleitoral, dolosa contra a vida e federal), cabendo à Jurisprudência essa definição.

Assim, as atribuições jurisdicionais originárias do Tribunal de Justiça, constitucionalmente definido como juízo natural dos prefeitos municipais, restringem-se, no que concerne aos processos penais, unicamente às hipóteses pertinentes aos delitos sujeitos à competência da Justiça local, havendo competência, nos crimes praticados contra bens, serviços ou

interesse da União, de suas autarquias ou de empresas públicas federais, do Tribunal Regional Federal.[69]

Há competência da Justiça Federal para o processo e julgamento de prefeito Municipal por desvio de verbas recebidas em virtude de convênio firmado com a União Federal,[70] nos termos da Súmula 208 do STJ, pois "compete a justiça federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal". Porém, nas hipóteses de transferência de verbas pela União ao município, com consequente incorporação ao patrimônio municipal, o Superior Tribunal de Justiça manteve antigo entendimento do enunciado da Súmula 133 do extinto Tribunal Federal de Recursos,[71] que entendia nessas hipóteses ser de competência da Justiça Estadual o processo e julgamento originário de ação penal contra prefeito municipal por má aplicação de verbas federais repassadas ao patrimônio da municipalidade, pois seu desvio ou emprego irregular seria crime contra o Município, em cujo patrimônio as verbas já se haviam incorporado; tendo o STJ editado a Súmula 209, que estabelece que "compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal".[72]

Entretanto, tratando-se de delitos eleitorais, o prefeito Municipal deverá ser processado e julgado, originariamente, pelo Tribunal Regional Eleitoral.[73]

No tocante aos delitos dolosos contra a vida, face a maior especialidade, aplica-se, aos prefeitos municipais, o art. 29, X, da Constituição Federal, afastando-se, pois, o art. 5º, XXXVIII, recaindo a competência nos Tribunais de Justiça, e não no Tribunal do Júri.[74]

Tais normas, previstas na constituição, por serem regras processuais de competência, têm aplicabilidade imediata, alcançando, desde logo, todos os processos penais em curso no momento da vigência da nova Constituição, conforme reconheceu o Plenário do Supremo Tribunal Federal.[75]

Assim ocorre porque os preceitos de uma nova constituição aplicam-se imediatamente com eficácia *ex nunc*.[76]

A ação penal contra prefeito municipal, por crimes comuns, tipificados inclusive no art. 1º do Decreto-lei nº 201/67, pode ser instaurada mesmo após a extinção do mandato, conforme atual e pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (Súmula 164 – "O prefeito municipal após a extinção do mandato, continua sujeito do processo por crime previsto no art. 1º, DL nº 201/67").[77] Porém, se a denúncia for recebida, durante o exercício do mandato, o Tribunal ou seu órgão fracionário decidirão pelo afastamento temporário ou permanência nas funções do prefeito durante a instrução processual penal.[78]

Dessa forma, imprescindível observarmos, quer seja competência da Justiça comum, quer seja da Justiça federal ou eleitoral, a partir da nova Constituição, a 2ª instância é o juízo natural para processo e julgamento das infrações penais cometidas pelo prefeito municipal. Nesse sentido, editou o STF a Súmula 702: "A competência do Tribunal de Justiça para julgar Prefeitos restringe-se aos crimes de competência da Justiça comum estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau."

Em relação, entretanto, aos chamados crimes de responsabilidade cometidos pelo prefeito Municipal, primeiramente há necessidade de classificá-los em próprios e impróprios. Enquanto os primeiros são infrações político-administrativas, cuja sanção corresponde à perda do mandato e suspensão dos direitos políticos previstos no art. 4º do Decreto-lei nº 201, de 1967, os segundos são verdadeiras infrações penais, apenados com penas privativas de liberdade e previstos no artigo 1º do mesmo decreto-lei.

Os crimes denominados de responsabilidade, tipificados no art. 1º do Decreto-lei nº 201, de 1967, são crimes comuns, que deverão ser julgados pelo Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara de

Vereadores (art. 1º), são de ação pública e punidos com pena de reclusão e de detenção (art. 1º, § 1º) e o processo é o comum, do Código de Processo Penal, com pequenas modificações (art. 2º), cujo estudo foi feito anteriormente. No art. 4º, o Decreto-lei nº 201, de 1967, cuida das infrações político-administrativas dos prefeitos sujeitas ao julgamento pela Câmara de Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato. Essas infrações é que podem, na tradição do direito brasileiro, ser denominadas crimes de responsabilidade.

Assim, compete ao Poder Judiciário processar e julgar os crimes (comuns e de responsabilidades impróprios) praticados pelos prefeitos municipais (art. 29, X, da CF).[79]

No tocante, porém, às infrações político-administrativas (crimes de responsabilidade próprios), a competência para julgamento é da Câmara Municipal,[80] uma vez que se trata de responsabilidade política do chefe do Poder Executivo local, a ser devida e politicamente apurada pelo Poder Legislativo Municipal. A partir de 1º-1-2001, entra em vigor a Emenda Constitucional nº 25, de 14-2-2000, que estabelece como crimes de responsabilidade do Prefeito Municipal: efetuar repasse que supere os limites definidos no art. 29-A da Constituição Federal; não enviar o repasse até o dia vinte de cada mês; enviá-lo a menor em relação à proporção fixada na Lei Orçamentária.

Obviamente, apesar da previsão constitucional exemplificativa, haverá necessidade de previsão legal tipificando essas hipóteses, pois, o brocardo *nullum crimen sine tipo* tem plena incidência no campo dos ilícitos administrativos, havendo necessidade de que a previsão de tais infrações emane de lei federal, pois entende o Supremo Tribunal Federal que a definição formal dos crimes de responsabilidade insere-se, por seu conteúdo penal, na competência exclusiva da União,[81] nos termos da Súmula Vinculante nº 46.

Por fim, saliente-se que a Constituição Federal prevê a competência originária do Tribunal de Justiça, salvo as exceções acima analisadas, somente para o *processo e julgamento das infrações penais comuns* ajuizadas contra o Prefeito Municipal,[82] não se admitindo ampliação interpretativa no sentido de considerar-se a existência de foro privilegiado para as ações populares,[83] ações civis públicas, e demais ações de natureza cível.

Da mesma forma, inexiste foro privilegiado para o ajuizamento de ações por prática de atos de improbidade administrativa em face de Prefeitos Municipais, por ausência de previsão constitucional específica,[84] devendo, portanto, ser ajuizadas perante a 1ª instância.[85]

A Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, alterando a redação do art. 84 do Código de Processo Penal, estabeleceu em seu § 2º que a ação de improbidade deverá ser proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública.

Observe-se, porém, que essa extensão de competência ao Tribunal de Justiça para as ações de improbidade administrativa ajuizadas contra Prefeitos Municipais fere frontalmente o inciso X, do art. 29 da Constituição Federal, sendo inconstitucional por declaração do STF (ADI 2.797), conforme análise detalhada do item 4.7.1 (A.5), no Capítulo 10.

A citada lei estabeleceu, ainda, que essa competência especial por prerrogativa de função deverá prevalecer ainda que o inquérito ou a ação judicial se iniciem após a cessação do exercício da função pública, revigorando, no campo penal e civil, a antiga regra da *contemporaneidade fato/mandato* prevista na Súmula 394 do STF, hoje cancelada. Essa perpetuação de competência, igualmente, fere a interpretação dada pelo STF à questão dos foros especiais e foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.[86]

1.6.3 Vereadores – imunidade material [87]

Seguindo a tradição de nosso direito constitucional, não houve previsão de imunidades formais aos vereadores;[88] porém, em relação às *imunidades materiais* o legislador constituinte inovou, garantindo-lhe a inviolabilidade por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município.[89]

Conforme será amplamente estudado no Capítulo 10 (Da organização dos Poderes), item 2.7.5, a imunidade material dos membros do Poder Legislativo abrange a responsabilidade penal, civil,[90] disciplinar e política, pois trata-se de cláusula de irresponsabilidade geral de Direito Constitucional material. Assim como em relação aos Parlamentares Federais, a garantia constitucional da imunidade parlamentar em sentido material é excludente tanto de responsabilidade penal, quanto de responsabilidade civil, desde que derivadas do exercício do mandato (*in officio*) ou em razão deste (*propter officium*).[91]

Dessa forma, em conclusão, são requisitos constitucionais exigíveis para a caracterização da inviolabilidade do vereador:[92]

- manifestação de vontade, através de opiniões, palavras e votos;
- relação de causalidade entre a manifestação de vontade e o exercício do mandato, entendida globalmente dentro da função legislativa e fiscalizatória do Poder Legislativo e independentemente do local;[93]
- abrangência na circunscrição do Município.

Ressalte-se que não existe qualquer possibilidade de criação pelas Constituições Estaduais, nem pelas respectivas leis orgânicas dos Municípios, de imunidades formais em relação aos vereadores,[94] e tampouco de ampliação da imunidade material, uma vez que a competência

para legislar sobre direito civil, penal e processual é privativa da União, nos termos do art. 22, I, da Constituição Federal.[95]

Diversa, porém, é a hipótese de previsão de foro privilegiado para o processo e julgamento dos vereadores. Em face do art. 125, § 1º, da Constituição Federal, não existirá óbice à Constituição estadual em prever o Tribunal de Justiça como o juízo competente para os processos e julgamentos dos vereadores nas infrações penais comuns, se assim o legislador constituinte estadual preferir.[96]

1.7 Distrito Federal

A nova Constituição Federal garante ao Distrito Federal a natureza de ente federativo autônomo, em virtude da presença de sua tríplice capacidade de *auto-organização, autogoverno* e *autoadministração* (CF, arts. 1º, 18, 32, 34), vedando-lhe a possibilidade de subdividir-se em Municípios. Dessa forma, não é Estado-membro, tampouco Município, tendo, porém, em regra, todas as competências legislativas e tributárias reservadas aos Estados e Municípios (CF, arts. 32 e 147), excetuando-se somente a regra prevista no art. 22, XVII, da Constituição Federal ("Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XVII – organização judiciária, do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e da Defensoria Pública dos Territórios, bem como organização administrativa destes").

O Distrito Federal se *auto-organizará* por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição. Igualmente, reger-se-á, pelas suas leis distritais, editadas no exercício de sua competência legislativa (CF, art. 32).

A capacidade de *autogoverno* consubstancia-se na eleição do governador e do Vice-governador, somente pelo próprio povo do Distrito Federal, observadas as regras do art. 77 da Constituição Federal, bem como

de seus próprios Deputados Distritais, componentes do Poder Legislativo Local (Câmara Legislativa), todos para um mandato de quatro anos. Em relação ao Poder Judiciário do Distrito Federal, permanece a previsão de que competirá, privativamente, à União organizar e mantê-lo, afetando, parcialmente, a autonomia desse ente federado.

Por fim, a capacidade de *autoadministração* decorre da possibilidade de o Distrito Federal exercer suas competências administrativas, legislativas e tributárias constitucionalmente deferidas, sem qualquer ingerência da União (CF, art. 25, § 1º).

1.8 Territórios

Os Territórios Federais integram a União, e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão reguladas em lei complementar (CF, art. 18, § 2º). Dessa forma, não são componentes do Estado Federal, pois constituem simples descentralizações administrativas-territoriais da própria União, e consequentemente receberam da Constituição tratamento compatível com sua natureza.[97]

Observe-se que, na data de promulgação da Constituição, existiam três territórios: Fernando de Noronha, Amapá e Roraima. Essa situação foi resolvida pelo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Assim, os Territórios Federais de Roraima e do Amapá foram transformados em Estados Federados, mantidos seus atuais limites geográficos e instalados com a posse dos governadores eleitos em 1990 (CF – ADCT, art. 14).

Por sua vez, o Território Federal de Fernando de Noronha foi extinto, sendo sua área reincorporada ao Estado de Pernambuco (CF – ADCT, art. 15).

Ressalte-se, por fim, que, apesar da inexistência atual, a própria Constituição Federal permite a criação de novos territórios (CF, art. 18, § 3º), tendo inclusive, com esse intuito, no Ato das Disposições

Constitucionais Transitórias, previsto a criação, dentro de noventa dias da promulgação da Constituição, de uma comissão de estudos territoriais, com 10 membros indicados pelo Congresso Nacional e cinco pelo Poder Executivo, com a finalidade de apresentar estudos sobre o território nacional e anteprojetos relativos a novas unidades territoriais, notadamente na Amazônia Legal e em áreas pendentes de solução. Igualmente, estabeleceu prazo de um ano para que a referida comissão submetesse ao Congresso Nacional os resultados de seus estudos para apreciação nos doze meses subsequentes (CF – ADCT, art. 12).

1.9 Formação dos Estados

Os Estados-membros, como já salientado, são tradicionalmente instituições estruturais de um Estado Federal, caracterizando-se pela autonomia organizacional, governamental e político-administrativa. Porém, diferentemente do território da República Federativa do Brasil, a divisão político-administrativa interna da Federação brasileira não é imutável (CF, art. 18, § 3º). Dessa forma, não há como se formar novos Estados partindo-se de territórios ainda não existentes. A divisão político-administrativa interna, porém, poderá ser alterada com a constituição de novos Estados-membros, pois a estrutura territorial interna não é perpétua.

A Constituição prevê esta possibilidade no § 3º, do art. 18, ao estabelecer que os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por lei complementar.

Portanto, são quatro as hipóteses de alterabilidade divisional interna do território brasileiro:

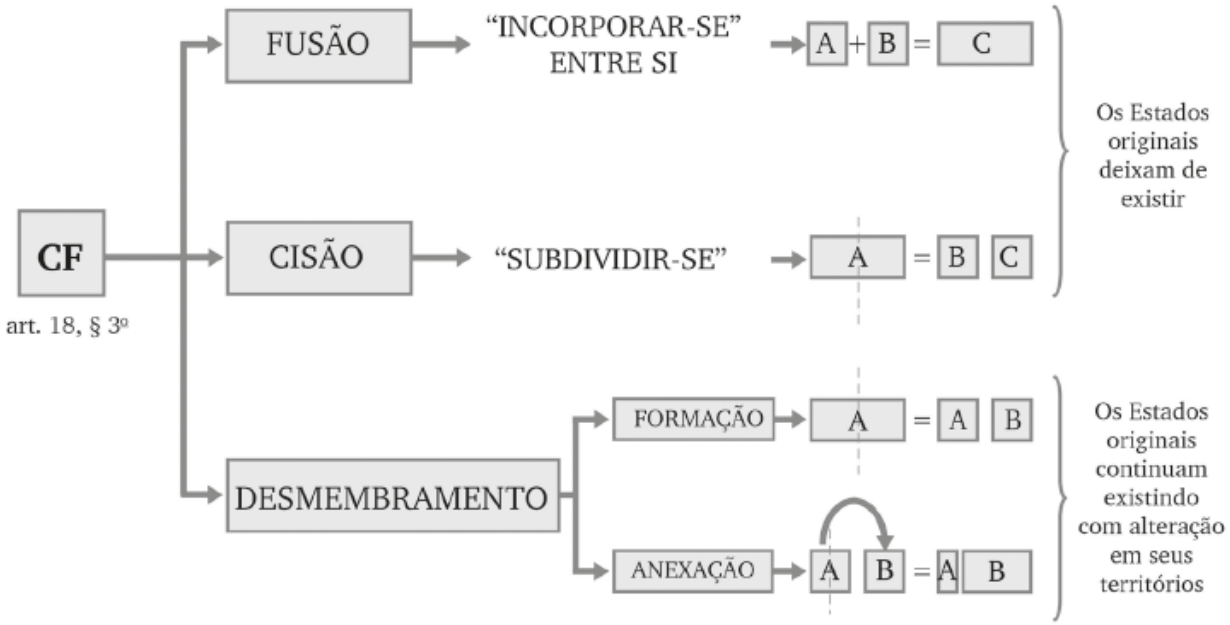
- *incorporação;*

- *subdivisão;*
- *desmembramento – anexação;*
- *desmembramento – formação*.[98]

Para todas essas hipóteses, a Constituição Federal exige três requisitos:

- *consulta prévia às populações diretamente interessadas, por meio de plebiscito*[99] – A terminologia utilizada pela Constituição é incorreta, pois em verdade serão consultados os eleitores diretamente interessados, considerados como tais todos os eleitores do Estado,[100] vedada a possibilidade de realização posterior de consulta das populações diretamente interessadas, por meio de referendo, mesmo que haja previsão da Constituição Estadual nesse sentido;[101]
- *oitiva das respectivas Assembleias Legislativas dos Estados interessados* (CF, art. 48, VI). É uma função meramente opinativa;
- *Lei Complementar Federal específica aprovando a incorporação, subdivisão ou o desmembramento*.

Note-se que, se o plebiscito for desfavorável, o procedimento estará encerrado, constituindo, pois, a aprovação das populações diretamente interessadas, verdadeira *condição de procedibilidade do processo legislativo da lei complementar*. Caso, porém, haja aprovação plebiscitária, o Congresso Nacional soberanamente decidirá pela aprovação ou não da lei complementar. Em síntese, a negativa no plebiscito impede o processo legislativo, enquanto a concordância dos interessados permite que o projeto de lei complementar seja discutido no Congresso Nacional, sem, contudo, vinculá-lo, pois esse deverá zelar pelo interesse geral da República Federativa e não somente pelo das populações diretamente interessadas.



1.9.1 Fusão (incorporação entre si)

Dois ou mais Estados se unem com outro nome. Portanto, consiste na reunião de um Estado a outro, perdendo ambos os Estados incorporados sua personalidade, por se integrarem a um novo Estado. A fusão pode ser entre dois, três, ou mais Estados, *com a consequência lógica da perda das primitivas personalidades e surgimento de um novo Estado.* Nessa hipótese, deverá ocorrer um plebiscito em cada um dos Estados que pretenda se incorporar, separadamente.

1.9.2 Subdivisão

Ocorre quando um Estado divide-se em vários novos Estados-membros, todos com personalidades diferentes, desaparecendo por completo o Estado-originário. Assim, subdivisão significa separar um todo em várias partes, formando cada qual uma unidade nova e independente das demais. Nessa hipótese, todos os eleitores do Estado deverão participar do plebiscito.

1.9.3 Desmembramento

Consiste em separar uma ou mais partes de um Estado-membro, sem que ocorra a perda da identidade do ente federativo primitivo. Assim, significa separação de parte do Estado-originário, sem que ele deixe de existir juridicamente com sua própria personalidade primitiva. O Estado-originário será desfalcado de parte de seu território, perdendo, igualmente, parcela de sua população. A parte desmembrada poderá anexar-se a um outro Estado-membro (*desmembramento-anexação*), quando então não haverá criação de um novo ente federativo, mas tão somente alteração de limites territoriais. Nessa hipótese, todos os eleitores dos Estados deverão participar do plebiscito, havendo dois plebiscitos autônomos.

Há, porém, a possibilidade de a parte desmembrada constituir novo Estado[102] ou, ainda, formar um Território Federal (*desmembramento-formação*).

1.10 Formação de municípios

A Emenda Constitucional nº 15, de 12-9-1996,[103] trouxe nova redação ao § 4º do art. 18 da Constituição Federal,[104] alterando os requisitos de observância obrigatória para todos os Estados-membros,[105] para criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios, que passaram a ser:

- lei complementar federal estabelecendo genericamente o período possível para a criação, incorporação, fusão ou desmembramento de municípios;[106]
- lei ordinária federal prevendo os requisitos genéricos exigíveis, bem como a apresentação e publicação dos Estudos de Viabilidade Municipal;
- consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos municípios diretamente interessados[107] – A alteração

> constitucional – *"populações dos municípios envolvidos"* significa *"populações dos municípios diretamente interessados"* e afasta a interpretação até então pacífica do Tribunal Superior Eleitoral, no sentido de que, no caso de desmembramento de um distrito de determinado município, estariam aptos a votar somente os eleitores inscritos no *distrito emancipando*, que se expressam como legítimos representantes da população diretamente interessada e não de todo o município.[108]

Corroborando a interpretação do texto, contrária à anterior jurisprudência do TSE, foi editada a Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998, que em seu artigo 7º prevê que nas consultas plebiscitárias entende-se por população diretamente interessada tanto a do território que se pretende desmembrar, quanto a do que sofrerá desmembramento.

Ressalte-se que o STF afirmou que "não parece compatível com a Constituição Federal o diploma legislativo que cria município *ad referendum* de consulta plebiscitária" (*RTJ*, 159/775). Por fim, "anote-se que, proclamado pelo TRE o *resultado negativo* da consulta, a decisão – preclusa no âmbito da Justiça Eleitoral –, tem eficácia definitiva e vinculante da Assembleia Legislativa, impedindo a criação do Município projetado, sob pena de inconstitucionalidade por usurpação da competência judiciária" (*RTJ*, 158/36). Importante, ainda, destacar decisão do Pretório Excelso que julgou parcialmente inconstitucional a Lei nº 498 do Estado de Tocantins no tocante à modificação da área, limites e confrontações do Município de Cariri do Tocantins, sem prévia consulta plebiscitária. Dessa forma, entendeu o STF que, mesmo para a edição de leis estaduais que prevejam alterações geográficas entre municípios, haverá a necessidade de consulta plebiscitária;[109]

- lei ordinária estadual criando especificamente determinado município.[110]

Em virtude dos novos requisitos trazidos pela EC 15/96, serão inconstitucionais as leis estaduais que permitam a criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios sem a prévia edição das leis federais previstas no art. 18, § 4º, da Constituição Federal.[111]

Observe-se, que, em face à ausência de regulamentação da EC nº 15/96, o STF declarou a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade de diversas leis criadoras de Municípios, devidamente instituídos há alguns anos, reconhecendo a mora do Congresso Nacional e estipulando o prazo, ora de 18, ora de 24 meses para que "adote todas as providências legislativas ao cumprimento da referida norma constitucional", preservando, dessa forma, a segurança jurídica.[112]

Em face da manutenção da inércia legislativa para regulamentar o dispositivo constitucional, o Congresso Nacional editou a Emenda Constitucional nº 57, de 18-12-2008, estabelecendo que "ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação".

A convalidação, porém, não afastou a necessidade da edição da legislação pertinente para que haja possibilidade constitucional de criação de novos municípios.[113] Ressalte-se, ainda, que, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, "a EC nº 57/08 não convalidou desmembramento municipal realizado sem consulta plebiscitária e, nesse contexto, não retirou o vício de ilegitimidade ativa existente nas execuções fiscais que haviam sido propostas por município ao qual fora acrescida, sem tal consulta, área de outro para a cobrança do IPTU quanto a imóveis nela localizados" (Tema 559 de Repercussão Geral).[114]

Ocorrendo a criação de novo Município, em virtude do art. 29, I, da Constituição da República Federativa do Brasil, que determina a simultaneidade de eleições para Prefeito e Vice-Prefeito em todo o País, a

instituição política do novo ente federativo deverá aguardar o próximo pleito eleitoral, *não havendo possibilidade de eleições extemporâneas*, pois conforme entende o Tribunal Superior Eleitoral, "nem a Constituição, nem a legislação infraconstitucional tratam de situação privilegiada dos municípios recém-criados e ainda não instalados que enseje a promoção de eleições extemporâneas", concluindo que "à míngua de previsão específica sobre o tema, prevalece a simultaneidade constitucional. Ademais, a criação de novo município não está vinculada a sua imediata estruturação e seu funcionamento, devendo ser observado o regramento constitucional. Assim, conquanto o município recém-criado possua personalidade jurídica e possa compor seu governo, a ausência de norma que disponha sobre a realização das primeiras eleições no município implica a observância do inciso I, do artigo 29, da Constituição Federal. Nesse caso, não haverá prejuízo algum ao município, uma vez que seu patrimônio e rendas continuarão a ser administrados pelo município-mãe".[115]

1.11 Vedações constitucionais de natureza federativa

A Constituição determina ser vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios (CF, art. 19):

- *estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.* A República Federativa do Brasil é leiga ou laica, uma vez que há separação total entre Estado e Igreja, inexistindo religião oficial.[116] Observe-se, porém, que o fato de ser uma Federação-leiga não nos confunde com os Estados-ateus, pois o Brasil,

expressamente, afirma acreditar em Deus, quando no preâmbulo constitucional declara:

"Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, *sob a proteção de Deus*, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL."

Surge como verdadeiro corolário desse princípio a vedação constitucional de instituição de impostos por parte da União, Estados, Distrito Federal e municípios, sobre templos de qualquer culto (CF, art. 150, VI, *b*);

- *recusar fé aos documentos públicos*;
- *criar distinções entre brasileiros* – preconiza mais uma vez o consagrado princípio da igualdade (CF, art. 5º, *caput* e inciso I). É o denominado princípio da isonomia federativa;
- *criar preferências entre si* – como corolário desse princípio, a Constituição Federal estabelece que, sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios a instituição de impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros (CF, art. 150, VI, *a*), pois é da própria essência do pacto federal a imunidade recíproca dos entes que o compõem, porque, sendo a federação uma associação de Estados, que se encontram no mesmo plano, não há que se falar em relação de súdito para

soberano, de poder reciprocamente. Como salienta o Supremo Tribunal Federal:

> "o fundamento político da imunidade constitucional recíproca – e a Constituição é documento político – dos entes públicos foi indestrutível, à base da concórdia, do respeito e da solidariedade recíproca" abrangendo, inclusive, a proibição de exigibilidade, por parte da União, do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários considerados rendimentos auferidos pelos Estados ou município em aplicações no mercado financeiro, não importando se esses entes federativos auferem ganhos a partir da ciranda financeira, uma vez que a Constituição não estipula nenhuma restrição em relação à imunidade recíproca.[117]

A imunidade tributária recíproca reforça a ideia central da Federação, baseada na divisão de poderes e partilha de competências entre os diversos entes federativos, todos autônomos, e tem sido consagrada no direito constitucional brasileiro como um dos dogmas básicos de nosso Estado Federal, intangível em face da expressa previsão do art. 60, § 4º, inciso I, da Constituição Federal.[118]

Ressalte-se, ainda, que, em virtude dessa vedação federativa, o STF declarou a inconstitucionalidade de lei distrital que estabelecia sistema de cotas para ingresso nas universidades e faculdades públicas do Distrito Federal com reserva de 40% das vagas para alunos que comprovassem ter cursado integralmente os ensinos fundamental e médio em escolas públicas do próprio Distrito Federal, pois apontou a existência de "discriminação em razão da origem. Critério espacial que não se justifica em razão da política de ação afirmativa que busca garantir igualdade de oportunidade aos oriundos da escola pública".[119]

2 REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS

2.1 Conceito

A autonomia das entidades federativas pressupõe repartição de competências legislativas, administrativas e tributárias, sendo, pois, um dos pontos caracterizadores e asseguradores do convívio no Estado Federal.

Na definição de José Afonso da Silva, competência é a

> "faculdade juridicamente atribuída a uma entidade, órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões. Competências são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções".[120]

A própria Constituição Federal estabelecerá as matérias próprias de cada um dos entes federativos, União, Estados-membros, Distrito Federal e municípios, e a partir disso poderá acentuar a centralização de poder, ora na própria Federação, ora nos Estados-membros.

2.2 Princípio básico para a distribuição de competências – predominância do interesse

O princípio geral que norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do Estado Federal é o da ***predominância do interesse***, que assim se manifesta:

ENTE FEDERATIVO	INTERESSE
União	Geral
Estados-membros	Regional
Municípios	Local
Distrito Federal	Regional + Local[115]

Assim, pelo princípio da *predominância do interesse*, à União caberá aquelas matérias e questões de *predominância do interesse geral*, ao passo que aos Estados referem-se as matérias de *predominante interesse regional* e aos municípios concernem os *assuntos de interesse local.* Em relação ao Distrito Federal, por expressa disposição constitucional (CF, art. 32, § 1º), acumulam-se, em regra, as competências estaduais e municipais, com a exceção prevista no art. 22, XVII, da Constituição.

O legislador constituinte, adotando o referido princípio, estabeleceu quatro pontos básicos no regramento constitucional para a divisão de competências administrativas e legislativas:

1. **Reserva de campos específicos de competência administrativa e legislativa:**
   União – Poderes enumerados (CF, arts. 21 e 22)
   Estados – Poderes remanescentes (CF, art. 25, § 1º)
   Município – Poderes enumerados (CF, art. 30)
   Distrito Federal – Estados + Municípios (CF, art. 32, § 1º)[122]

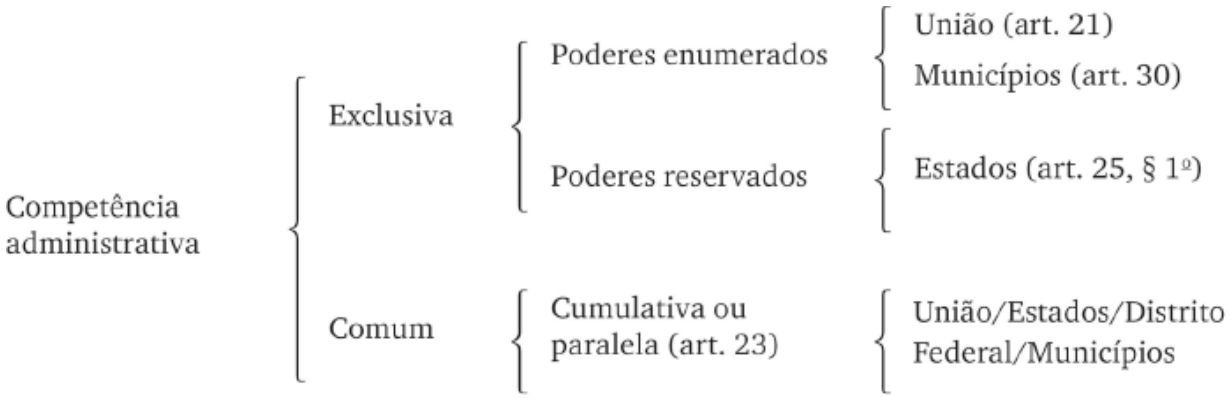
2. **Possibilidade de delegação** (CF, art. 22, parágrafo único) – Lei complementar federal poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias de competência privativa da União.

3. **Áreas comuns de atuação administrativa paralela** (CF, art. 23)

4. **Áreas de atuação legislativa concorrentes** (CF, art. 24)

2.3 Repartição em matéria administrativa

2.3.1 Quadro geral



2.3.2 Competências administrativas da União

A Constituição Federal concede à União, em relação à competência administrativa, as seguintes matérias, competindo-lhe:

- manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais;
- declarar a guerra e celebrar a paz;
- assegurar a defesa nacional;
- permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente;
- decretar o estado de sítio, o estado de defesa e a intervenção federal;
- autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico;
- emitir moeda;
- administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada;
- elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;

- manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;
- explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;
- explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens; os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária; os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; os portos marítimos, fluviais e lacustres;
- organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e a Defensoria Pública dos Territórios;[123]
- organizar e manter a polícia civil, a polícia penal,[124] a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal (conferir Súmula Vinculante nº 39 do STF), bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio;[125]
- organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional;
- exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão;
- conceder anistia;

- planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações;
- instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso;
- instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;
- estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação;
- executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;[126]
- explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições: toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional; sob regime de permissão, são autorizadas a comercialização e a utilização de radioisótopos para pesquisa e uso agrícolas e industriais; sob regime de permissão, são autorizadas a produção, a comercialização e a utilização de radioisótopos para pesquisa e uso médicos;[127]
- a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa;
- organizar, manter e executar a inspeção do trabalho;
- estabelecer as áreas e as condições para o exercício da atividade de garimpagem, em forma associativa;
- organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei.[128]

2.3.3 Competências administrativas dos Estados-membros

Aos Estados-membros são reservadas as competências administrativas que não lhes sejam vedadas pela Constituição, ou seja, cabem na área administrativa privativamente ao Estado todas as competências que não forem da União (CF, art. 21), dos municípios (CF, art. 30) e comuns (CF, art. 23). É a chamada *competência remanescente* dos Estados-membros, técnica clássica adotada originariamente pela Constituição norte-americana e por todas as Constituições brasileiras, desde a República, e que presumia o benefício e a preservação de autonomia destes em relação à União, uma vez que a regra é o governo dos Estados, a exceção o Governo Federal, pois o poder reservado ao governo local é mais extenso, por ser indefinido e decorrer da soberania do povo, enquanto o poder geral é limitado e se compõe de certo modo de exceções taxativas.

2.3.4 Competências administrativas dos municípios

O art. 30 determina competir aos municípios, além da fórmula genérica do *interesse local*, as seguintes matérias:

- instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;
- criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual;
- organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial. Em relação aos serviços públicos de interesse local, a EC nº 39, de 19 de

dezembro de 2002, expressamente referiu-se ao serviço de iluminação pública (CF, art. 149-A), permitindo aos Municípios a instituição de contribuição para seu custeio, observado o art. 150, I e III, da CF, que, inclusive, poderá ser cobrada na fatura de consumo de energia elétrica;

- manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental;[129]
- prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;
- promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;
- promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

2.3.5 Competências administrativas do Distrito Federal

A Constituição Federal, no rol de competências administrativas comuns a todos os entes federativos, também inclui o Distrito Federal (CF, art. 23). Além disso, em regra, poderá administrativamente reger-se pela somatória das competências estaduais e municipais.

2.3.6 Competência administrativa comum

É de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios:

- zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

- cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;
- proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;
- impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;
- proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação;[130]
- proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;
- preservar as florestas, a fauna e a flora;
- fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;
- promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;
- combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;
- registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;
- estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.

A Constituição Federal prevê a edição de leis complementares que fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.[131]

Ressalte-se, ainda, que lei federal disporá sobre a utilização, pelo Governo do Distrito Federal, da polícia civil, da polícia penal,[132] da polícia

militar e do corpo de bombeiros militar.

2.4 Repartição em matéria legislativa

2.4.1 Quadro geral de repartição de competência legislativa



a. Competência privativa da União (CF, art. 22)
b. Possibilidade de delegação de competência da União para os Estados (CF, art. 22, parágrafo único)
c. Competência concorrente União/Estado/Distrito Federal (CF, art. 24)
d. Competência remanescente (reservada) do Estado (CF, art. 25, § 1º)
e. Competência exclusiva do município (CF, art. 30, I)
f. Competência suplementar do município (CF, art. 30, II)
g. Competência reservada do Distrito Federal (CF, art. 32, § 1º).

A. Competência privativa da União (CF, art. 22)

A Constituição Federal prevê nos 30 incisos do art. 22 as matérias de competência privativa da União, definindo preceitos declaratórios e autorizativos da competência geral na legislação federal e demonstrando clara supremacia em relação aos demais entes federativos, em virtude da relevância das disposições.[133]

Anote-se que a característica de privatividade[134] permite a delegação, de acordo com as regras do parágrafo único do citado artigo.

Assim, compete privativamente à União, *sem prejuízo de outras previsões constitucionais* (por exemplo: CF, arts. 48, 149, 164, 178, 184), legislar sobre:

- direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;
- desapropriação;
- requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra;
- águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;
- serviço postal;
- sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais;
- política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores;
- comércio exterior e interestadual;
- diretrizes da política nacional de transportes;
- regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;
- trânsito e transporte;
- jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia;
- nacionalidade, cidadania e naturalização;
- populações indígenas;

- emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros;
- organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões;
- organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, bem como organização administrativa destes;
- sistema estatístico, sistema cartográfico e de geologia nacionais;
- sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular;
- sistemas de consórcios e sorteios;
- normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação, mobilização, inatividades e pensões das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares;[135]
- competência da polícia federal e das polícias rodoviária e ferroviária federais;
- seguridade social;
- diretrizes e bases da educação nacional;
- registros públicos;
- atividades nucleares de qualquer natureza. Nesse sentido, o STF decidiu ser "inconstitucional norma de constituição estadual que disponha sobre o depósito de lixo atômico e a instalação de usinas nucleares";[136]
- normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;[137]

- defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional;
- propaganda comercial;
- proteção e tratamento de dados pessoais.[138]

1. Competência privativa da União – trânsito e transporte

A Constituição Federal de 1988, alterando a disciplina anterior (CF/69, art. 8º, XVII, *n*, c/c o seu parágrafo único – competência concorrente União/Estados), previu a competência privativa da União para legislar sobre as regras de trânsito e o transporte (CF, art. 22, XI).[139] Essa alteração constitucional fez com que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pronunciando-se sobre o preceito inscrito no art. 22, XI, da Constituição Federal, declarasse competir privativamente à União legislar sobre trânsito e transporte, proibindo-se, via de consequência, aos Estados-membros, a possibilidade de editar normas peculiares a essa mesma matéria, por não se encontrar tal hipótese contemplada no rol exaustivo das competências comuns (CF, art. 23) e concorrentes (CF, art. 24) atribuídas.[140]

Assim, por exemplo, será inconstitucional a lei estadual, por invasão da competência legislativa da União (CF, art. 22, XI), que habilita menores de dezoito anos à condução de veículo automotores.[141]

Atualmente, portanto, a única possibilidade de o Estado-membro legislar sobre questões relativas a trânsito e transporte, será mediante delegação da própria União, por meio de *lei complementar,* de *um ponto específico da citada matéria*.[142]

2. Transporte interestadual e intermunicipal

A competência para legislar sobre comércio interestadual e transporte é privativa da União (CF, art. 22, VIII e XI),[143] diferentemente da hipótese da regulamentação do transporte intermunicipal.

Uma rápida análise sobre a divisão de competências prevista na Constituição Federal de 1988 nos mostra que a União não detém outras competências senão aquelas que lhe são deferidas expressamente pelo texto constitucional. No tocante, porém, aos Estados-membros, apesar de possuírem algumas competências descritas explicitamente, encontram no art. 25, § 1º, a grande fonte de sua competência, pois lhes são reservadas as competências que não lhes sejam vedadas pela constituição.

Por outro lado, em relação aos municípios, a constituição adota a técnica de enunciar competências explícitas, além de fornecer um critério para a determinação de competência, por meio da cláusula *assuntos de interesse local.*

Neste contexto, necessário identificar a pessoa política competente para disciplinar regras sobre trânsito e transporte intermunicipal.

O art. 8º, inc. XVII, *n* e parágrafo único da Constituição anterior, disciplinava a competência concorrente da União para legislar sobre tráfego e trânsito nas vias terrestres.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, analisando a questão de transporte intermunicipal de passageiros, decidiu que o Estado não se excedeu ao legislar sobre transporte intermunicipal de passageiros, pois permaneceu dentro de sua competência, prevista no parágrafo único do art. 8º da Constituição Federal, ao fazê-lo em caráter apenas supletivo.[144]

Ocorre, porém, que a atual Constituição, no art. 22, inc. IX e XI, confere à União, privativamente, competência para legislar sobre as diretrizes da política nacional de transportes e sobre trânsito e transporte. Além disto, a Constituição Federal, no art. 21, inc. XII, *e*, afirma competir à União explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão serviço de transporte rodoviário, interestadual e internacional de passageiros.

Ainda, no campo específico do transporte coletivo municipal, o art. 30, V, faz referência expressa à competência municipal para organizar e prestar,

diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial.

Esta norma garante ao município a competência para prestar serviços de transporte coletivo, que se limitem a transitar pelo próprio território municipal, reafirmando o princípio da predominância do interesse local, conforme o art. 30, I, da Constituição Federal.

Consequentemente, se à União caberá a organização das diretrizes básicas sobre a política nacional de transporte (trânsito e transporte) e ao município as regras de interesse local, resta saber a abrangência da competência remanescente dos Estados-membros.

Ao analisar a questão, Celso Bastos afirma que a

> "partilha de competências desemboca num modelo de repartição que se incumbe de entregar a cada um desses níveis de governo a competência para organizar o transporte na esfera da sua jurisdição; cabe, portanto, à União o transporte Federal, aos estados o transporte estadual ou intermunicipal, chegando-se, por este mesmo caminho à mesma conclusão: ao município cabe a organização e prestação do transporte de interesse local, ou municipal".[145]

Conclui-se, portanto, que não compete à União, tampouco aos municípios, legislarem sobre normas de trânsito e transporte intermunicipal, sob pena de invasão da esfera de atuação do Estado-membro. Trata-se, por conseguinte, de competência remanescente dos Estados-membros,[146] aos quais competirão gerirem, administrarem, serem responsáveis e autorizarem qualquer modalidade de transporte coletivo intermunicipal.

Importante ressaltar, por fim, que, no exercício da competência de legislar sobre transporte intermunicipal, o Estado não poderá impor

limitações ao tráfego de pessoas ou mercadorias, por meio de tributos intermunicipais.[147]

B. Delegação de competência da União para os Estados (CF, art. 22, parágrafo único)

A Constituição Federal faculta à União, no art. 22, parágrafo único, a delegação de assuntos de sua competência legislativa privativa aos Estados, desde que satisfeitos três requisitos:

- *requisito formal*: a delegação deve ser objeto de lei complementar devidamente aprovada pelo Congresso Nacional, por maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal;
- *requisito material*: somente poderá ser delegado um ponto específico dentro de uma das matérias descritas nos trinta incisos do art. 22 da Constituição Federal, pois a delegação não se reveste de generalidade, mas de particularização de questões específicas, do elenco das matérias incluídas na privatividade legislativa da União. Assim, nunca se poderá delegar toda a matéria existente em um dos citados incisos;
- *requisito implícito*: o art. 19 da Constituição Federal veda a criação por parte de qualquer dos entes federativos de preferências entre si. Dessa forma, a Lei Complementar editada pela União deverá delegar um ponto específico de sua competência a todos os Estados, sob pena de ferimento do princípio da igualdade federativa. Como ressalta Anna Cândida da Cunha Ferraz,

  "finalmente, a transferência de competência privativa para os Estados, mesmo para as questões específicas, não poderá ser desigual em número, profundidade ou complexidade, sequer

para atender à diversidade entre os Estados, em face do princípio de igualdade de tratamento tradicionalmente assegurado às entidades federadas no Brasil e não suprimindo ou excepcionado pelo texto vigente".[148]

C. Competência concorrente União/Estado/Distrito Federal (CF, art. 24)

O art. 24 da Constituição Federal prevê as regras de competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal, estabelecendo quais as matérias que deverão ser regulamentadas de forma geral por aquela e específica por esses.

Determina a Constituição competir à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

- direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico. É pacífico que o Estado-membro possui competência concorrente para legislar sobre direito tributário, financeiro e econômico, nos termos do art. 24, I, da Constituição Federal, desde que não viole as normas gerais do sistema monetário federal, inclusive para legislar sobre atualização do valor do ICMS;[149]
- orçamento;
- juntas comerciais;
- custas dos serviços forenses;
- produção e consumo;
- florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;
- proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

- responsabilidade por dano ao meio ambiente,[150] ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
- educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação;[151]
- criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;
- procedimentos em matéria processual;
- previdência social, proteção e defesa da saúde;
- assistência jurídica e defensoria pública;
- proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;[152]
- proteção à infância e à juventude;
- organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.

No âmbito da legislação concorrente, a doutrina tradicionalmente classifica-a em *cumulativa* sempre que inexistirem limites prévios para o exercício da competência, por parte de um ente, seja a União, seja o Estado-membro, e em *não cumulativa*, que propriamente estabelece a chamada repartição vertical, pois, dentro de um mesmo campo material (concorrência material de competência), reserva-se um nível superior ao ente federativo União, que fixa os princípios e normas gerais, deixando-se ao Estado-membro a complementação.

A Constituição brasileira adotou a *competência concorrente não cumulativa* ou *vertical,* de forma que a competência da União está adstrita ao estabelecimento de normas gerais, devendo os Estados e o Distrito Federal especificá-las, através de suas respectivas leis. É a chamada *competência suplementar* dos Estados-membros e Distrito Federal (CF, art. 24, § 2º).

Essa orientação, derivada da Constituição de Weimar (art. 10), consiste em permitir ao governo federal a fixação das normas gerais, sem descer a pormenores, cabendo aos Estados-membros a adequação da legislação às peculiaridades locais.[153]

Note-se que, doutrinariamente, podemos dividir a *competência suplementar* dos Estados-membros e do Distrito Federal em duas espécies: *competência complementar* e *competência supletiva.* A primeira dependerá de prévia existência de lei federal a ser especificada pelos Estados-membros e Distrito Federal. Por sua vez, a segunda aparecerá em virtude da inércia da União em editar a lei federal, quando então os Estados e o Distrito Federal, temporariamente, adquirirão *competência plena* tanto para edição das normas de caráter geral, quanto para normas específicas (CF, art. 24, §§ 3º e 4º).[154]

Sobre o tema, indispensável a lição de Raul Machado Horta:

> "As Constituições federais passaram a explorar, com maior amplitude, a *repartição vertical de competências*, que realiza a distribuição de idêntica matéria legislativa entre a União Federal e os Estados-membros, estabelecendo verdadeiro condomínio legislativo, consoante regras constitucionais de convivência. A repartição vertical de competências conduziu à técnica da *legislação federal fundamental*, de *normas gerais* e de *diretrizes essenciais*, que recai sobre determinada matéria legislativa de eleição do constituinte federal. A legislação federal é reveladora das linhas essenciais, enquanto a legislação local buscará preencher o claro que lhe ficou, afeiçoando a matéria revelada na legislação de normas gerais às peculiaridades e às exigências estaduais. A Lei Fundamental ou de princípios servirá de molde à legislação local. É a *Rahmengesetz*, dos alemães; a *Legge-*

cornice, dos italianos; a *Loi de cadre*, dos franceses; são as *normas gerais* do Direito Constitucional Brasileiro".[155]

Dessa forma é possível o estabelecimento de algumas regras definidoras da competência legislativa concorrente:

- a competência da União é direcionada somente às normas gerais, sendo de flagrante inconstitucionalidade aquilo que delas extrapolar;
- a competência do Estado-membro ou do Distrito Federal refere-se às normas específicas, detalhes, minúcias (*competência suplementar*). Assim, uma vez editadas as normas gerais pela União, as normas estaduais deverão ser particularizantes, no sentido de adaptação de princípios, bases, diretrizes a peculiaridades regionais (*competência complementar*);[156]
- não haverá possibilidade de delegação por parte da União, aos Estados-membros e Distrito Federal das matérias elencadas no art. 24 da Constituição;
- o rol dos incisos destinados à competência concorrente é taxativo, portanto, não haverá essa possibilidade em matéria destinada a lei complementar, por ausência de previsão do art. 24 da CF;
- a inércia da União em regulamentar as matérias constantes no art. 24 da Constituição Federal não impedirá ao Estado-membro ou ao Distrito Federal a regulamentação da disciplina constitucional (*competência supletiva*). Note-se que, em virtude da ausência de Lei Federal, o Estado-membro ou o Distrito Federal adquirirão *competência plena* para a edição tanto de normas de caráter geral, quanto específico. Em relação à inércia legislativa da União, em sede de competência concorrente, decidiu o STF que, "enquanto não sobrevier a legislação de

caráter nacional, é de admitir a existência de um espaço aberto à livre atuação normativa do Estado-membro, do que decorre a legitimidade do exercício, por essa unidade federada, da faculdade jurídica que lhe outorga o art. 24, § 3º, da Carta Política";[157]

- a *competência plena* adquirida pelos Estados ou Distrito Federal é *temporária*, uma vez que, a qualquer tempo, poderá a União exercer sua competência editando lei federal sobre as normas gerais;
- a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

D. Competência remanescente (reservada) do Estado (CF, art. 25, § 1º)

O Estado-membro, legislativamente, tem três espécies de competências:

- *remanescente* ou *reservada* (CF, art. 25, § 1º);
- *delegada pela União* (CF, art. 22, parágrafo único);
- *concorrente-suplementar* (CF, art. 24).

1. Competência remanescente ou reservada

A regra prevista em relação à competência administrativa dos Estados-membros tem plena aplicabilidade, uma vez que são reservadas aos Estados as competências legislativas que não lhes sejam vedadas pela Constituição.

Assim, os Estados-membros poderão legislar sobre todas as matérias que não lhes estiverem vedadas implícita ou explicitamente.

São *vedações implícitas* as competências legislativas reservadas pela Constituição Federal à União (CF, art. 22) e aos municípios (CF, art. 30).

São *vedações explícitas* as normas de observância obrigatória pelos Estados-membros na sua auto-organização e normatização própria, consistentes, conforme já estudado, nos princípios *sensíveis, estabelecidos* e *federais extensíveis*.

Excepcionalmente, porém, a Constituição Federal estabeleceu algumas *competências enumeradas* aos Estados-membros, como a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de municípios, por meio de lei estadual (CF, art. 18, § 4º); a exploração direta, ou mediante concessão, dos serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para sua regulamentação (CF, art. 25, § 2º); a instituição, mediante lei complementar estadual, das regiões metropolitanas, aglomerados urbanos e microrregiões (CF, art. 25, § 3º).

2. Competência por delegação da União

A competência estadual oriunda da *delegação pela União* foi analisada quando do estudo do art. 22 (Competência Privativa da União). Relembre-se somente de que a União, por meio de lei complementar, poderá delegar ao Estado a possibilidade de legislar sobre um ponto específico de um dos 30 incisos do art. 22.

3. Competência concorrente-suplementar

Por fim, o Estado-membro possui *competência concorrente-suplementar* já analisada anteriormente e que engloba a possibilidade de o Estado-membro atuar de forma *complementar* ou *supletiva* no tocante à União, nas matérias discriminadas no art. 24 da Constituição Federal.

E. Competência exclusiva e suplementar do município (CF, art. 30, I e II)

A função legislativa é exercida pela Câmara dos Vereadores, que é o órgão legislativo do município, em colaboração com o prefeito, a quem

cabe também o poder de iniciativa das leis, assim como o poder de sancioná-las e promulgá-las, nos termos propostos como modelo, pelo processo legislativo federal.[158] Dessa forma, a atividade legislativa municipal submete-se aos princípios da Constituição Federal com estrita obediência à Lei Orgânica dos municípios, à qual cabe o importante papel de definir as matérias de competência legislativa da Câmara, uma vez que a Constituição Federal não a exaure, pois usa a expressão *interesse local* como catalisador dos assuntos de competência municipal.[159]

A primordial e essencial competência legislativa do município é a possibilidade de *auto-organizar-se* através da edição de sua Lei Orgânica do município, diferentemente do que ocorria na vigência da Constituição anterior, que afirmava competir aos Estados-membros essa organização. A edição de sua própria Lei Orgânica caracteriza um dos aspectos de maior relevância da autonomia municipal, já tendo sido estudado anteriormente.

As competências legislativas do município caracterizam-se pelo princípio da predominância do *interesse local*, consubstanciando-se em:

- competência genérica em virtude da predominância do interesse *local* (CF, art. 30, I);
- competência para estabelecimento de um Plano Diretor (CF, art. 182);
- hipóteses já descritas, presumindo-se constitucionalmente o *interesse local* (CF, arts. 30, III a IX, e 144, § 8º);
- competência suplementar (CF, art. 30, II).

1. Competência genérica em virtude da predominância do interesse local (CF, art. 30, I)

Apesar de difícil conceituação, *interesse local* refere-se àqueles interesses que disserem respeito mais diretamente às necessidades imediatas do município, mesmo que acabem gerando reflexos no interesse regional

(Estados) ou geral (União),[160] pois, como afirmado por Fernanda Dias Menezes,

> "é inegável que mesmo atividades e serviços tradicionalmente desempenhados pelos municípios, como transporte coletivo, polícia das edificações, fiscalização das condições de higiene de restaurantes e similares, coleta de lixo, ordenação do uso do solo urbano, etc., dizem secundariamente com o interesse estadual e nacional".[161]

Dessa forma, salvo as tradicionais e conhecidas hipóteses de interesse local, as demais deverão ser analisadas caso a caso, vislumbrando-se qual o interesse predominante (*princípio da predominância do interesse*).[162]

Assim, por exemplo, é de competência da municipalidade a disciplina a respeito da exploração da atividade de estabelecimento comercial, expedindo alvarás ou licenças para regular seu funcionamento.

Igualmente, o horário de funcionamento do comércio local (lojas, *shopping centers* etc.) deverá ser fixado pelo próprio município, no exercício de sua competência (Súmula nº 645 do STF e Súmula Vinculante nº 38). Da mesma forma, a fixação de horário para funcionamento de farmácias e drogarias[163] e de plantões obrigatórios,[164] bem como a legislação sobre a obrigatoriedade de instalação de hidrômetros individuais nos edifícios e condomínios,[165] por tratar-se de patente interesse local de cada município.

Diversamente, no entanto, o Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento no sentido de que a matéria referente à determinação do horário de funcionamento bancário é de competência exclusiva da União porque transcende ao interesse local do município.[166] No mesmo sentido, a Súmula nº 19 do Superior Tribunal de Justiça, que afirma: "A fixação do horário bancário, para atendimento ao público, é da competência da União." Isso não impede, porém, que os Municípios possam estabelecer obrigações

às instituições financeiras, desde que presente o interesse local,[167] inclusive sendo competentes para dispor sobre o tempo de atendimento ao público nas agências bancárias localizadas no seu respectivo território,[168] sobre segurança e conforto nesses estabelecimentos,[169] inclusive determinando a instalação de bebedouros e sanitários em bancos.[170]

2. Plano diretor (CF, art. 182)

O legislador constituinte previu uma competência legislativa especial aos municípios, relacionada à política de desenvolvimento urbano, que será executada pelo poder público municipal. Conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tendo por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (CF, art. 182), possibilitando verdadeira reforma urbana.

O *plano diretor*, aprovado pela Câmara Municipal*, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes*, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, sendo que, por expressa previsão constitucional, a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Importante destacar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, pelo qual essa norma prevista no artigo 182 da Constituição Federal não pode ser alterada pelas Constituições Estaduais, de forma a estender a obrigatoriedade do plano diretor para municípios que não possuam mais do que vinte mil habitantes, pois haveria violação ao princípio da autonomia dos municípios.[171]

Ressalte-se que a Constituição Federal facultou ao poder público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

- parcelamento ou edificação compulsórios;
- imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;
- desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

3. Hipóteses já descritas, presumindo-se constitucionalmente o interesse local (CF, arts. 30, III a IX e 144, § 8º)

A Constituição enumera as seguintes hipóteses, de competência municipal, que poderão inclusive ser disciplinadas por meio da legislação própria:

- instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;
- criar, organizar e suprimir Distritos, observada a legislação estadual;
- organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;
- manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental;
- prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;
- promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da

ocupação do solo urbano;

- promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual;
- os municípios poderão, facultativamente, manter guardas municipais destinadas à proteção das instalações e dos serviços municipais (CF, art. 144, § 8º);
- contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública (EC nº 39/02).

4. Competência suplementar (CF, art. 30, II)

O art. 30, II, da Constituição Federal preceitua caber ao município suplementar a legislação federal e estadual, no que couber, o que não ocorria na Constituição anterior, podendo o município suprir as omissões e lacunas da legislação federal e estadual, embora não podendo contraditá-las, inclusive nas matérias previstas do art. 24 da Constituição de 1988. Assim, a Constituição Federal prevê a chamada *competência suplementar* dos municípios, consistente na autorização de regulamentar as normas legislativas federais ou estaduais, para ajustar sua execução a peculiaridades locais, sempre em concordância com aquelas e desde que presente o requisito primordial de fixação de competência desse ente federativo: *interesse local*.[172]

F. Competência reservada do Distrito Federal (CF, art. 32, § 1º)

Ao Distrito Federal, conforme preceitua o art. 32, § 1º, da Constituição Federal, são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e municípios, excetuada a competência para organização judiciária, do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e da Defensoria Pública dos Territórios, bem como organização administrativa destes, que é privativa da União, nos termos do art. 22, XVII, da Constituição.

Dessa forma, compete ao Distrito Federal, através de sua Câmara Legislativa:[173]

- competência para edição de sua própria Lei Orgânica (CF, art. 32, *caput*);
- competência remanescente dos Estados-membros (CF, art. 25, § 1º);
- competência delegada pela União (CF, art. 22, parágrafo único);
- competência concorrente-suplementar dos Estados-membros (CF, art. 24, §§ 2º e 3º);
- competência enumerada do município (CF, art. 30, I, III a IX);
- competência suplementar do município (CF, art. 30, II).

3 INTERVENÇÃO

3.1 Parte geral

Após a análise das normas que regem o Estado Federal, percebe-se que a regra é a autonomia dos entes federativos (União/Estados/Distrito Federal e municípios), caracterizada pela *tríplice capacidade de auto-organização e normatização, autogoverno e autoadministração*. Excepcionalmente, porém, será admitido o afastamento desta autonomia política, com a finalidade de preservação da existência e unidade da própria Federação, através da intervenção.[174]

A intervenção consiste em medida excepcional de supressão temporária da autonomia de determinado ente federativo, fundada em hipóteses taxativamente previstas no texto constitucional, e que visa à unidade e preservação da soberania do Estado Federal e das autonomias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.[175]

A União, em regra, somente poderá intervir nos Estados-membros e no Distrito Federal, enquanto os Estados somente poderão intervir nos Municípios integrantes de seu território.

Note-se, portanto, que a União não poderá intervir diretamente nos municípios, salvo se existentes dentro de Território Federal (CF, art. 35, *caput*). Como ressaltado pelo Supremo Tribunal Federal, "os Municípios situados no âmbito territorial dos Estados-membros não se expõem à possibilidade constitucional de sofrerem intervenção decretada pela União Federal, eis que, relativamente aos entes municipais, a única pessoa política ativamente legitimada a neles intervir é o Estado-membro".[176]

Esse ato extremado e excepcional de intervenção na autonomia política dos Estados-membros/Distrito Federal, pela União, somente poderá ser consubstanciado por decreto do Presidente da República (CF, art. 84, X); e no caso da intervenção municipal, pelos governadores de Estado. É, pois, *ato privativo* do Chefe do Poder Executivo.

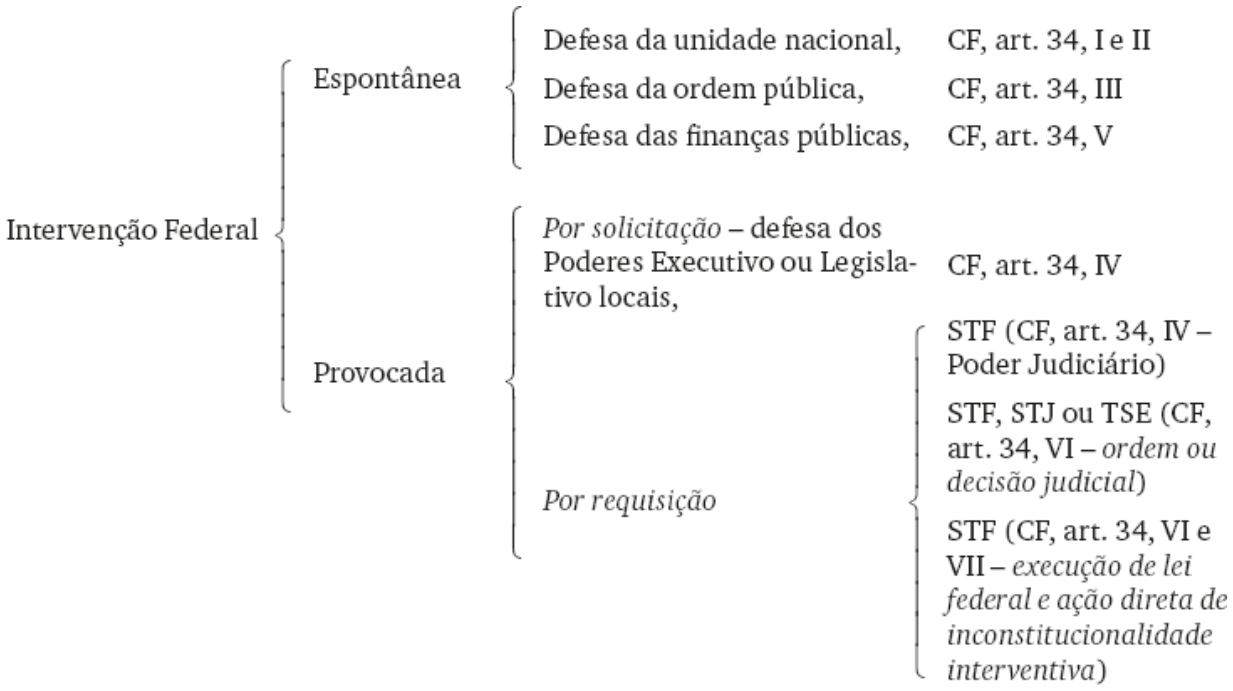
Portanto, para que ocorra a possibilidade excepcional de decretação da intervenção – como um direito/dever da União ou do Estado, respectivamente nos casos de intervenção federal e municipal – necessária a presença dos seguintes requisitos:

- uma das hipóteses taxativamente descritas na Constituição Federal (CF, art. 34 – Intervenção Federal; CF, art. 35 – Intervenção Estadual)*, pois constitui uma excepcionalidade no Estado Federal*;[177]
- Regra: intervenção do ente político mais amplo, no ente político imediatamente menos amplo (União nos Estados e Distrito Federal; Estados nos municípios);[178]
- ato político – decretação exclusiva – de forma discricionária ou vinculada dependendo da hipótese – do Chefe do Poder Executivo Federal (Presidente da República – intervenção

federal; governador de Estado – intervenção municipal), a quem caberá, igualmente, a execução das medidas interventivas.[179]

3.2 Intervenção federal

3.2.1 Quadro geral



3.2.2 Hipóteses

A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:[180]

I – manter a integridade nacional;

II – repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra;

III – pôr termo a grave comprometimento da ordem pública;

IV – garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação;

V – reorganizar as finanças da unidade da Federação que:

a) suspender o pagamento da dívida fundada[181] por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior;

b) deixar de entregar aos municípios receitas tributárias fixadas nesta constituição dentro dos prazos estabelecidos em lei;

VI – prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial;[182]

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.[183]

3.2.3 Procedimento de intervenção federal

O procedimento de intervenção da União na autonomia política do Estado-membro ou do Distrito Federal pode ser explicado em quatro fases, com a finalidade de evitar a hipertrofia do Poder Executivo, observando-se, porém, que nenhuma das hipóteses constitucionais permissivas da intervenção federal apresentará mais do que três fases conjuntamente:

- *iniciativa;*

- *fase judicial* (somente presente em duas das hipóteses de intervenção – CF, art. 34, VI e VII);
- *decreto interventivo;*
- *controle político* (não ocorrerá em duas das hipóteses de intervenção – CF, art. 34, VI e VII).

A. Iniciativa

A Constituição Federal, dependendo da hipótese prevista para a intervenção federal, indica quem poderá deflagrar o procedimento interventivo:

a. Presidente da República: nas hipóteses previstas nos incisos I, II, III, V *ex officio* poderá tomar a iniciativa de decretar a intervenção federal;
b. *solicitação dos Poderes locais (CF, art. 34, IV):* os Poderes Legislativo (Assembleia Legislativa ou Câmara Legislativa) e Executivo (Governador do Estado ou do Distrito Federal) locais solicitarão ao Presidente da República a decretação da intervenção no caso de estarem sofrendo coação no exercício de suas funções. O Poder Judiciário local, diferentemente, solicitará ao Supremo Tribunal Federal que, se entender ser o caso, requisitará a intervenção ao Presidente da República;
c. *requisição do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior Eleitoral, na hipótese prevista no art. 34, VI, segunda parte, ou seja, desobediência a ordem ou decisão judiciária.*[184] Assim, o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Superior Eleitoral poderão requisitar, diretamente ao Presidente da República, a decretação da intervenção, quando a ordem ou decisão judiciária descumprida for sua mesma. Ao Supremo Tribunal Federal, porém, além da hipótese de

descumprimento de suas próprias decisões ou ordens judiciais, cabe-lhe, exclusivamente, a requisição de intervenção para assegurar a execução de decisões da Justiça Federal, Estadual, do Trabalho ou da Justiça Militar, ainda quando fundadas em direito infraconstitucional.[185] A iniciativa deverá ser endereçada ao próprio Presidente da República. Observe-se que somente o Tribunal de Justiça local tem legitimidade para encaminhar ao Supremo Tribunal Federal o pedido de intervenção baseado em descumprimento de *suas próprias decisões*.[186] Assim, a parte interessada na causa somente pode se dirigir ao Supremo Tribunal Federal, com pedido de intervenção federal, para prover a execução de decisão da própria Corte Maior. Quando se tratar de decisão de Tribunal de Justiça, o requerimento de intervenção deve ser dirigido ao respectivo Presidente do Tribunal Local, a quem incumbe, se for o caso, encaminhá-lo ao Supremo Tribunal Federal,[187] sempre de maneira fundamentada;[188]

d. *Ações propostas pelo Procurador-Geral da República* nas hipóteses previstas no art. 34, inciso VI, "início" (*ação de executoriedade de lei federal*), e VII (*ação direta de inconstitucionalidade interventiva*), ambas endereçadas ao Supremo Tribunal Federal.[189]

B. Fase judicial

Essa fase apresenta-se somente nos dois casos previstos de iniciativa do Procurador-Geral da República (CF, art. 34, VI, "*execução de lei federal*", e VII, *"ação direta de inconstitucionalidade interventiva"*), uma vez que se trata de ações endereçadas ao Supremo Tribunal Federal.

A iniciativa do Procurador-Geral da República nada mais é do que a legitimação para propositura de Ação de executoriedade de lei federal e

Ação de Inconstitucionalidade interventiva.

Em ambos os casos o Supremo Tribunal Federal, *para o prosseguimento da medida de exceção*, deverá julgar procedentes as ações propostas, *encaminhando-se ao Presidente da República, para os fins de decreto interventivo.* Nessas hipóteses, a decretação da intervenção é vinculada, cabendo ao Presidente a mera formalização de uma decisão tomada por órgão judiciário.

C. Decreto interventivo – procedimento

A intervenção será formalizada através de decreto presidencial (CF, art. 84, X), que, uma vez publicado, tornar-se-á imediatamente eficaz, legitimando a prática dos demais atos consequentes à intervenção. O art. 36, § 1º, determina que o decreto de intervenção especifique a *amplitude*, o *prazo* e as *condições* de execução e, se necessário for, afaste as autoridades locais e nomeie temporariamente um *interventor*, submetendo essa decisão à apreciação do Congresso Nacional no prazo de 24 horas. A intervenção, portanto, há de efetivar-se por decreto presidencial, embora vinculado o Presidente da República a sua edição, quando ocorrem as hipóteses de provocação por requisição,[190] sempre *temporariamente*, pois é exceção ao princípio federativo.

Nas hipóteses de *intervenções espontâneas,* em que o Presidente da República verifica a ocorrência de determinadas hipóteses constitucionais permissivas da intervenção federal (CF, art. 34, I, II, III, V), ouvirá os Conselhos da República (CF, art. 90, I) e o de Defesa Nacional (CF, art. 91, § 1º, II), que opinarão a respeito. Após isso, poderá *discricionariamente* decretar a intervenção no Estado-membro.[191]

O interventor nomeado pelo Decreto presidencial será considerado para todos os efeitos como servidor público federal, e a amplitude e executoriedade de suas funções dependerá dos limites estabelecidos no decreto interventivo.

A Constituição Federal não discriminou os meios e as providências possíveis de ser tomadas pelo Presidente da República, por meio do decreto interventivo, entendendo-se, porém, que esses deverão adequar-se aos critérios da necessidade e proporcionalidade à lesão institucional.

D. Controle político

A Constituição Federal prevê a existência de um controle político sobre o ato interventivo, que deve ser realizado pelos representantes do Povo (Câmara dos Deputados) e dos próprios Estados-membros (Senado Federal), a fim de garantir a excepcionalidade da medida; submetendo-se, pois, o decreto à apreciação do Congresso Nacional, no prazo de vinte e quatro horas, que deverá rejeitá-la ou, mediante decreto legislativo, aprovar a intervenção federal (CF, art. 49, IV). Caso o Congresso Nacional não aprove a decretação da intervenção, o Presidente deverá cessá-la imediatamente, sob pena de crime de responsabilidade (CF, art. 85, II).

Nas hipóteses previstas no art. 34, VI e VII, o controle político será *dispensado*,[192] conforme expressa previsão constitucional, e o decreto limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade (CF, art. 36, § 3º). Importante ressalva é feita por Lewandowski, apontando que

> "tratando-se de requisição judicial, não poderia o Legislativo obstá-la, sob pena de vulnerar o princípio da separação dos poderes. Entretanto, existindo qualquer vício de forma ou eventual desvio de finalidade na decretação da intervenção, o Congresso Nacional poderá suspendê-la, a qualquer tempo, com fundamento no art. 49, IV, da Constituição em vigor".[193]

3.3 Intervenção estadual nos municípios

Como já estudado na parte geral de intervenção, somente os Estados-membros poderão intervir nos municípios, salvo nos casos de municípios existentes nos territórios federais, quando então será a própria União quem concretizará a hipótese interventiva.

A intervenção estadual nos municípios tem a mesma característica de excepcionalidade já estudada na intervenção federal, pois a regra é a *autonomia do município* e a exceção a intervenção em sua autonomia política, somente nos casos *taxativamente* previstos na Constituição Federal (CF, art. 35),[194] sem qualquer possibilidade de ampliação pelo legislador constituinte estadual.[195] Por ser um ato político, somente o governador do Estado poderá decretá-la, dependendo, na hipótese do art. 35, IV, de ação julgada procedente pelo Tribunal de Justiça. Igualmente à intervenção federal, existirá um controle político exercido pela Assembleia Legislativa, que no prazo de 24 horas apreciará o decreto interventivo, salvo na hipótese já referida do art. 35, IV, da Constituição Federal.

Assim, o Estado não intervirá em seus municípios, nem a União nos municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

- deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada;
- não forem prestadas contas devidas, na forma da lei;[196]
- não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e no desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde;[197]
- o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.[198]

Ressalte-se que para fins de decretação de intervenção do Estado no Município, é absolutamente irrelevante o fato de já ter sido declarada a intervenção desse mesmo Município em outro processo, por diverso motivo.[199]

[1] DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado.* 11. ed. São Paulo: Saraiva: 1985. p. 227.

[2] SARAIVA, Paulo Lopo. *Federalismo regional*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 11.

[3] DROMI, José Roberto. *Federalismo y dialogo institucional*. Tucumán: Unsta, 1981. p. 20.

[4] ATALIBA, Geraldo. *República e constituição.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 10.

[5] BADIA, Juan Ferrando. *El estado unitario*: el federal y el estado regional. Madri: Tecnos, 1978. p. 77.

[6] Cf.: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Estado federal brasileiro na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, nº 179, p. 1; HORTA, Raul Machado. Tendências atuais da federação brasileira. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, nº 16, p. 17; e, do mesmo autor: Estruturação da federação. *Revista de Direito Público,* nº 81, p. 53; VELLOSO, Caio Mário. Estado federal e estados federados na Constituição brasileira de 1988: do equilíbrio federativo. *Revista de Direito Administrativo*, nº 187, p. 1; MARINHO, Josaphat. Rui Barbosa e a federação. *Revista de Informação Legislativa,* nº 130, p. 40; FAGUNDES, Seabra. Novas perspectivas do federalismo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, nº 99, p. 1.

[7] STF – Rextr. nº 193.712-2/MG – Rel. Min. Maurício Corrêa, *Diário da Justiça*, Seção I, 16 maio 1996, p. 16.124-16.125.

[8] **EC nº 01/69** – art. 2º – O Distrito Federal é a Capital da União. **CF/67** – art. 2º – "O Distrito Federal é a Capital da União." **CF/46** – art. 1º, § 2º – "O Distrito Federal é a Capital da União." **CF/37** – art. 7º – "O atual Distrito Federal, enquanto sede do Governo da República, será administrado pela União."

[9] SILVA, José Afonso. *Curso...* Op. cit. p. 412.

[10] Conferir sobre ilhas marítimas e domínio insular da União: STF – Rextr. nº 285.615/SC – Rel. Ministro Celso de Mello – *Informativo* nº 376, p. 4.

[11] CF, art. 174 – "Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado."

[12] Observe-se que o processo de reforma das Constituições estaduais deve, obrigatoriamente, seguir o modelo previsto pela Constituição Federal (CF, art. 60), não sendo possível, por exemplo, exigir o *quorum* qualificado de 4/5 em contraste com os 3/5 exigíveis para alteração da Carta Magna (STF – Pleno – ADI nº 486-7/DF – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 10 nov. 2006, p. 48).

[13] CF, art. 25, *caput*: Os Estados organizam-se e regem-se pelas constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta constituição. Ver ADCT, art. 11.

[14] SILVA, José Afonso. O Estado-membro na Constituição Federal. *RDP* 16/15.

[15] STF – Pleno – Adin nº 216/PB – Rel. Min. Celso de Mello; *RTJ* 146/388.

[16] A terminologia é de Pontes de Miranda. *Comentários*... Op. cit.

[17] Redação dada pela EC nº 29, de 13 de setembro de 2000. A redação anterior, acrescentada pela EC nº 14, de 12-9-96, previa: "aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de receitas de transferência, na manutenção e desenvolvimento do ensino".

[18] Por exemplo: arts. 1º, I a V; 3º, I a IV; 4º, I a X; 2º; 5º, I, II, III, VI, VIII, IX, XI, XII, XX, XXII, XXIII, XXXVI, LIV e LVII; 6º a 11; 93, I a XI; 95, I, II e III. In: MACHADO, Horta. *Estudos de direito constitucional*. p. 391-392.

[19] STF – Pleno – ADI nº 253/MT – Rel. Min. Gilmar Mendes – 28-5-2015 (ADI-253).

[20] Por exemplo: arts. 23; 24; 25, 27, § 3º; 75; 96, I, a-f; 96, II, a-d, III; 98, I e II; 125, § 4º; 144, § 4º, 5º e 6º; 145, I, II e III; 155, I, *a*, *b*, *c*, II. In: MACHADO, Horta. Op. cit., p. 392-393.

[21] Por exemplo: arts. 27; 28; 37, I a XXI, §§ 1º a 6º; 39 a 41; 42, §§ 1º a 11; 75; 95, I, II e III; 95, parágrafo; 235, I a XI. In: MACHADO, Horta. Op. cit. p. 393.

[22] CLÉVE, Clèmerson Merlin. *Temas de direito constitucional*. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 62-63.

[23] SILVA, José Afonso. O estado-membro na constituição federal; *RDP*, 16/15.

[24] Na vigência da Constituição anterior, Paulo Lopo Saraiva, analisando a correlação entre autonomia dos Estados-membros e Federação, advertia que "a indicação dos governadores dos Estados, a nomeação de um Senador (CF, art. 41, § 2º, alterado pela EC nº 15, de 19-11-1980) e a designação dos prefeitos das Capitais e de outras cidades brasileiras atestam a falência do nosso Federalismo e a ascensão de um Unitarismo, despido de qualquer formulação jurídica" (*Federalismo regional*. Op. cit. p. 55).

[25] É inconstitucional norma da Constituição do Estado que amplia a duração do mandato de deputado estadual: STF – ADI nº 3.825/RO – Rel. Min. Carmem Lúcia, decisão: 13 dez. 2006 – *Informativo STF* nº 452, Seção I, p. 1.

[26] Conferir em relação às imunidades e inviolabilidade após a EC nº 35/01: Capítulo 10, item 2.7. Importante salientar que as imunidades dos parlamentares estaduais não se restringem somente à Justiça do Estado, estando superada a Súmula nº 3/STF (RE 456.679/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Informativo STF* nº 413).

[27] Conforme decidiu o STF: "Os Estados federados possuem autonomia para fixar a remuneração de seus agentes políticos (artigo 25, *caput*, CRFB), devendo o subsídio dos deputados estaduais ser fixado por lei (artigo 27, § 2º, CRFB, na redação dada pela EC 19/1998)" (STF – Pleno – ADI 5856, Rel. Min. Luiz Fux, j. 14-2-2020).

[28] O STF definiu que, nos termos do artigo 27, § 1º, do texto constitucional, o Estatuto dos Congressistas é inteiramente aplicável aos deputados estaduais (STF, Pleno, ADIs 5823, 5824, 5825 MC/RJ, red. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgamento em 8-5-2019).

[29] STF – Pleno – ADI 6706/MA, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 27-09-2021; ADIs 6685 e 6699/MA, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamentos virtuais finalizados em 24-9-2021; ADI 6720/AL e ADI 6722/RO, Rel. Min. Roberto Barroso, julgamentos virtuais finalizados em 24-9-2021; ADI 6684/ES, ADI 6707/ES, ADI 6709/TO e ADI 6710/SE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Red. p/acórdão Min. Gilmar Mendes, julgamentos virtuais finalizados em 17-9-2021.

[30] STF – Pleno – ADPF 836/RR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento virtual finalizado em 2-8-2021.

[31] "Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal. § 1º O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados. § 2º Cada Território elegerá quatro Deputados."

[32] O texto original do art. 28 da CF/88 previa que: "A eleição do Governador e do Vice-governador de Estado, para mandato de quatro anos, realizar-se-á noventa dias antes do término do mandato de seus antecessores, e a posse ocorrerá no

dia 1º de janeiro do ano subsequente, observado, quanto ao mais, o disposto no art. 77".

[33] STF, Pleno, ADI 5525/DF e ADI 5619/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 7 e 8-3-2018.

[34] STF – Pleno – ADI 1057/BA, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento virtual finalizado em 16-8-2021; STF – Pleno – ADI 4298-MC/TO e ADI 4309-MC/TO – Rel. Min. Cezar Peluso, decisão: 7-10-2009, mesmo que, nessa hipótese, a Assembleia Legislativa tenha previsto a "votação aberta". No mérito: "Eleição de Governador e Vice-Governador. Hipótese de cargos vagos nos dois últimos anos de mandato. Eleição indireta pela Assembleia Legislativa. Reprodução do disposto no art. 81, § 1º, da CF. Não obrigatoriedade. Exercício da autonomia do Estado-membro" (STF – ADI 4298, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 31-8-2020).

[35] Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, promulgada em 4-6-1998 e publicada no *Diário Oficial da União* em 5-6-1998. Ressalte-se que o art. 34 da própria Emenda Constitucional estabeleceu que sua entrada em vigor seria na data de sua promulgação. No caso do art. 37, XI, sua redação atual foi dada pela EC nº 41/03. Conferir a respeito: MORAES, Alexandre. *Reforma Administrativa – EC nº 19/98*. São Paulo: Atlas, 1998.

[36] STF – Pleno – ADI 5373, Rel. Min. Celso de Mello, j. 24-8-2020.

[37] STF – ADI 185/PB – Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento: 16-5-2017; ADIs 4799/RN, 218/PB e 4806/SE – Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento: 15-5-2017; ADIs 4777/BA, 4674/RS, 4362/DF – Rel. orig. Min. Dias Toffoli, red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, julgamento: 9-8-2017.

[38] Conferir redação do art. 37, XI, dada pela EC nº 41/03.

[39] Publicada no *Diário Oficial da União*, de 6 de julho de 2005.

[40] Redação dada pela EC nº 45, de 8 de dezembro de 2004 (publicada em 31 de dezembro de 2004).

[41] A Lei nº 13.683, de 19 de junho de 2018, que alterou as Leis n°s 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole), e 12.587, de 3 de janeiro de 2012, que institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, alterou o conceito de região metropolitana.

[42] Ressalte-se que o STF declarou liminarmente a inconstitucionalidade de preceito da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que exigia, para a participação do Município em região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião, aprovação prévia da Câmara Municipal (STF – Pleno – Adin nº

1.841-9/RJ – medida liminar – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 28 ago. 1998, p. 02).

[43] Possibilidade de inclusão de município em região metropolitana por emenda parlamentar (STF – Pleno – ADI 2.803/RS – Rel. Min. Dias Toffoli, 6-11-2014).

[44] STF, Pleno, ADI 6573/AL; ADI 6911/AL e ADPF 863/AL, Rel. Min. Edson Fachin, 16-5-2022.

[45] BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 314.

[46] Em virtude da pandemia da Covid-19, o Congresso Nacional editou a EC nº 107, de 2 de julho de 2020, adiando as eleições municipais de 2020 e estabelecendo as novas datas de 15 de novembro, em primeiro turno, e 29 de novembro de 2020, em segundo turno, onde houvesse. A Emenda Constitucional regulamentou os novos prazos eleitorais e de desincompatibilização. Expressamente, a EC nº 107/2020 afastou a aplicação do art. 16 da Constituição Federal.

[47] STF, Pleno, ADI 5525/DF e ADI 5619/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 7 e 8-3-2018.

[48] STF – Pleno – Adin nº 687-8/PA – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 mar. 2006, p. 2.

[49] "Segundo entendimento do TSE, 'a nulidade da votação do prefeito implica a nulidade da votação do vice-prefeito" (TSE – AI nº 6.462/AL – Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, *Diário da Justiça*, Seção I, 29 ago. 2006, p. 78).

[50] O texto original da CF/88 previa: "art. 28, II – eleição do Prefeito e do Vice-prefeito até noventa dias antes do término do mandato dos que devam suceder, aplicadas as regras do art. 77 no caso de Municípios com mais de duzentos mil eleitores".

[51] TSE – Pleno – Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 11.248/MG – Rel. Min. Arnaldo Versiani, decisão: 17-5-2011; TSE – Pleno – Consulta nº 1273-25/DF – Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 11-10-2011.

[52] TSE – Pleno – Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral 30.521/MG – Rel. Min. Arnaldo Versiani, *DJe*, 1º-8-2011.

[53] STF – Pleno – ADI 3042, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 16-9-2020.

[54] Redação dada pela EC nº 58, de 23 de setembro de 2009. A EC nº 58/09 previu no inciso I, do art. 3º a aplicação retroativa dessa regra ao pleito eleitoral de 2008. A eficácia desse dispositivo foi suspensa pela concessão de medida cautelar pela Ministra Cármen Lúcia, que, dessa forma, impediu a possibilidade de

posse imediata daqueles que não obtiveram os votos necessários nas últimas eleições e, consequentemente, ficaram nas *suplências* dos respectivos Partidos ou Coligações (STF – ADI 4307/DF – Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão: 2-10-2009). A decisão monocrática foi confirmada pelo Plenário do STF (STF – Pleno – ADI 4307/DF – medida cautelar – Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão: 11-11-2009).

[55] O texto original da CF/88 previa: "Art. 29, IV – número de vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites: (a) mínimo de 9 (nove) e máximo de 21 (vinte e um) nos Municípios de até 1.000.000 (um milhão) de habitantes; (b) mínimo de 33 (trinta e três) e máximo de 41 (quarenta e um) nos Municípios de mais de 1.000.000 (um milhão) e menos de 5.000.000 (cinco milhões) de habitantes; (c) mínimo de 42 (quarenta e dois) e máximo de 55 (cinquenta e cinco) nos Municípios de mais de 5.000.000 (cinco milhões) de habitantes.

[56] STF – RE 494.253-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 22-2-2011, Segunda Turma, *DJE* de 15-3-2011; STF – ADI 2.112, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 15-5-2002, Plenário, *DJ* de 28-6-2002.

[57] Conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, "a remuneração do Prefeito, do Vice-prefeito e dos Vereadores será fixada pela Câmara Municipal em cada legislatura para a subsequente", concluindo que a fixação para viger na própria legislatura é "ato lesivo não só ao patrimônio material do Poder Público, como à moralidade administrativa, patrimônio moral da sociedade" (STF – 2ª T. – Rextr. nº 172.212-6/SP – Rel. Min. Maurício Corrêa, *Diário da Justiça*, Seção I, 27 mar. 1998, p. 19).

[58] Essa regra, que constava do texto original da Constituição Federal, havia sido suprimida com a EC nº 19/98.

[59] O Supremo Tribunal Federal já havia decidido que: "a remuneração dos vereadores está sujeita ao teto, considerada a do prefeito" (STF – Pleno – Rextr. nº 181.715 – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça,* Seção I, 7 fev. 1997). No mesmo sentido: STF – 2ª T. – Rextr. nº 220.006-8/SP – Rel. Min. Néri da Silveira, *Diário da Justiça,* Seção I, 2 abr. 1998, p. 27; STF – 2ª T. – RE nº 215612/SP – Rel. p/ o acórdão Min. Nelson Jobim, decisão: 14-3-2006 – *Informativo STF* nº 419; STF – 2ª T. – RE nº 199540/SP – Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 14-3-2006 – *Informativo STF* nº 419, Seção I, p. 3.

[60] Com a EC nº 41/03, entendemos que deve ficar afastado o entendimento, até então existente, da não autoaplicabilidade da nova fixação dos subsídios dos agentes políticos municipais, por tratar-se, em face da EC nº 19/98, de norma

constitucional de eficácia limitada, que dependeria da edição de lei ordinária de iniciativa conjunta do Presidente da República, dos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e do Presidente do Supremo Tribunal Federal. Esse entendimento, inclusive, havia sido consagrado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que resolveu "baixar deliberação para considerar que a modificação da sistemática remuneratória de agentes políticos municipais só será possível a contar da vigência da lei prevista no inciso XV do art. 48 da Constituição Federal, tendo em conta que as vinculações decorrentes dependerão da prévia fixação do subsídio considerado teto salarial" (TC – A – 23423/026/98, *Diário Oficial do Estado de São Paulo*, Poder Executivo, Seção I, 15 ago. 1998, p. 31). Ressalte-se, ainda, que o art. 48, XV, da CF teve sua redação alterada pela citada emenda, deixando de existir a denominada *iniciativa conjunta* para fixação do limite remuneratório do serviço público.

[61] Redação dada pela Emenda Constitucional nº 109, de 15 de março de 2021. A redação anterior exclui os gastos com inativos.

[62] Redação dada pela EC nº 58, de 23 de setembro de 2009.

[63] STF – RE 434.278, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 12-6-2012, Primeira Turma, *DJE* de 28-6-2012; STF – RE 204.889, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 26-2-2008, Primeira Turma, *DJE* de 16-5-2008; STF – AI 843.758-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 28-2-2012, Segunda Turma, *DJE* de 13-3-2012; AI 776.230-AgR-segundo, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 9-11-2010, Primeira Turma, *DJE* de 26-11-2010.

[64] STF – Pleno – Repercussão Geral – RE nº 600063/SP – Rel. orig. Min. Marco Aurélio – Red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso – 25-2-2015 (RE-600063). Conferir, ainda: STF – AI 631.276, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 1º-2-2011, de 15-2-2011; STF – AI 818.693, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 1º-8-2011, *DJE* de 4-8-2011; AI 739.840-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 15-2-2011, Primeira Turma, *DJE* de 17-3-2011; HC 74.201, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-11-2006, Primeira Turma, *DJ* de 13-12-1996; AI 698.921-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 23-6-2009, Primeira Turma, *DJE* de 14-8-2009.

[65] STF – 2ª T. – HC nº 74.125 8/PI – Rel. Min. Francisco Rezek, j. 3-9-1996. Ementário STF, nº 1864-04; STF, ADI 541-PB, *DJ* 6/9/2007; STJ – Terceira Seção – CC 116.771-MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 29-2-2012.

[66] STF – ADI 336, voto do Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 10-2-2010, Plenário, *DJE* de 17-9-2010.

[67] STJ – Terceira Seção – CC 120.848-PE, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 14-3-2012.

[68] STF – 1ª T. – *Habeas Corpus* nº 71.429-3/SC – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 14 set. 1995, p. 29.364; STF – 1ª T – *Habeas Corpus* nº 73.429-4/RO – Rel. Min. Sydney Sanches, *Diário da Justiça*, Seção I, 13 set. 1996, p. 33.232.

[69] TRF, HC 68.967-PR; STF, RE 141.021-SP; STF, Inq. 406-Questão de ordem; STF, HC 72.506-6/MG.

[70] STJ, Primeira Seção, CC 110869/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJe* 17-9-2013; STJ, Terceira Seção, CC 113913/TO, Rel. Min. Gilson Dipp, *DJe* 23-2-2012; STJ, 6ª T., RHC 40611/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* 29-10-2013; STJ, Terceira Seção, AgRg no CC 92791/RR, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, *DJe* 19-11-2013; STJ, 6ª T., HC 185342/AM, Rel. Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* 19-3-2013; STJ, 5ª T., REsp 1085120/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, *DJe* 19-9-2012.

[71] Plenário do TRF, da 1ª Região – Brasília, Inq. 94.01.07209-4, Rel. Juiz Fernando Gonçalves, j. 9-3-95, v. u., *DJU*, 2ª Seção, 27 mar. 1995, p. 15.919.

[72] STJ, Primeira Seção, AgRg no CC 113826/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* 29-8-2012. Conferir, ainda: STF, RE 205.773, Rel. Min. Octávio Galloti, decisão, 29-4-97.

[73] STF – 2ª T. – AP nº 933 QO/PB – Rel. Min. Dias Toffoli – 6-10-2015 (AP-933); STJ, Terceira Seção, CC 38348/ES, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJ* 26-3-2007, p. 195; STJ, Primeira Seção, CC 36533/MG, Rel. Min. Luiz Fux, *DJ* 10-5-2004 p. 159; STJ, *DJU*, 17 ago. 1992, 3ª Seção, p. 12.480; STJ, *DJU,* 25 maio 1992, 3ª Seção, p. 7.353, ambos relatados pelo Ministro José Dantas; STJ, CC 6.812-6, AM, Rel. Min. Pedro Acioli, v. u., j. 7 abr. 1994, *DJU*, 25 abr. 94, 3ª Seção, p. 9.191.

[74] STJ, 6ª T., HC 185176/PI, Rel. Min. Og Fernandes, *DJe* 23-4-2013; STJ, 6ª T., HC 269043 / PA, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* 22-10-2013; STJ, 5ª T., HC 207469/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, *DJe*, 26-8-2013; STJ, 5ª T., HC 2.259-9-MT, Rel. Min. Jesus Costa Lima, v. u., j. 2-2-94, *DJU*, 28 fev. 1994, p. 2.900.

[75] HC 67.480-RS, Rel. Min. Octavio Gallotti, *RTJ*, 129/257.

[76] Ag. 139.647-SP, Rel. Min. Celso de Mello, 1ª T., *DJU*, 11 jun. 1993.

[77] STF, HC 71.991-1, 1ª T., Rel. Min. Sydney Sanches, *DJU*, 2 mar. 1995, p. 4.020; STF, HC 70.671-1-Piauí, Rel. Min. Carlos Velloso. E, ainda, STF – 1ª T. –

Habeas Corpus nº 72.033-1/AM – Rel. Min. Octavio Gallotti, *Diário da Justiça*, Seção I, 27 out. 1995, p. 36.332; STF – HC 72.033-1-AM, 1ª T., Rel. Min. Octavio Gallotti, j. 22-8-95, *Diário da Justiça*, 27 out. 1995, p. 36.332.

[78] STF – 1ª T. – *Habeas Corpus* nº 71.429-3/SC – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 14 set. 1995, p. 29.364; STF – 1ª T. – *Habeas Corpus* nº 73.429-4/RO – Rel. Min. Sydney Sanches, *Diário da Justiça*, Seção I, 13 set. 1996, p. 33.232.

[79] STJ, 5ª T., HC 107036/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* 16-11-2010; STJ, 5ª T., HC 139149/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, *DJe* 13-9-2012; STJ, HC 14.183-AL, 6ª T., Rel. Min. Adhemar Maciel, v. u., j. 15-12-92, *DJU*, 1º mar. 1993, p. 2.536; *RTJ* 160/668.

[80] STF – 1ª T – *Habeas Corpus* nº 71.991-1/MG – Rel. Min. Sydney Sanches, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 mar. 1995, p. 4.022. Conferir, nesse sentido: STF – "com base no princípio da simetria (CF, art. 86, § 1º), entendeu constitucionais o dispositivo que conferia à Câmara Municipal competência para julgar o prefeito nas práticas de infrações político-administrativas definidas no DL 201/67 (afastados os crimes comuns previstos no art. 1º do referido Decreto-lei, cuja competência é do Tribunal de Justiça) e a norma que prevê o afastamento, por até 90 dias, do prefeito quando recebida denúncia por crime político-administrativo pela Câmara Municipal" (STF – Pleno – Rextr. nº 192.527-PR – Rel. Min. Marco Aurélio, 25-4-2001 – *Informativo STF* nº 226, p. 1, Brasília, 9 de maio de 2001).

[81] *RTJ* 166/147; STF – Pleno – Adin nº 834-0/MT – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 abr. 1999. p. 2.

[82] STF – 1ª T. – Agravo de Instrumento nº 177.313-8/MG – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 5 fev. 1996, p. 1.283. Não se admitindo contra ex-Prefeito: STF – 2ª T. – HC nº 86398/RJ – Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão: 7-3-2006 – *Informativo STF* nº 418, Seção I, p. 3.

[83] STF – Petição Avulsa nº 2-2/RJ – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 3 set. 1997, p. 41.343.

[84] Consultar a respeito: Capítulo 10 – item 4.7.1 – A4, onde se analisa a inexistência de foro privilegiado para ações populares, ações civis públicas e por ato de improbidade em relação ao Presidente da República.

[85] STF, Pleno, Rcl nº 2.138, Rel. Min. Nelson Jobim, *DJe* de 18-4-2008, Ementário nº 2315-1; Cf., STF – Inquérito nº 1202 5/CE – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 4 mar. 1997, p. 4.800, onde se decidiu pela

incompetência do STF para processo e julgamento de ação civil por ato de improbidade administrativa contra ex-Prefeito Municipal, atualmente, deputado federal, por considerar-se a 1ª instância da Justiça Comum como foro competente. Observe-se, porém, que em 31-8-2012, o Plenário do STF reconheceu repercussão geral da questão constitucional sobre competência para processo e julgamento de ação de improbidade contra prefeito municipal na apreciação do ARE 683235 (Rel. Min. Cezar Peluso, redistribuído ao Min. Teori Zavascki), pendente de julgamento.

[86] STF – Pleno – Adin nº 2797/DF e Adin nº 2860/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 15-9-2005 – *Informativo STF* nº 401, p. 1. Conferir, a respeito, o julgamento da questão de ordem que cancelou a Súmula 394: STF – Pleno – Inquérito nº 687/SP – questão de ordem – Rel. Min. Sydney Sanches, *Informativo STF* nº 159.

[87] Sobre o assunto ver capítulo sobre Poder Legislativo – Imunidades Parlamentares.

[88] STF – 1ª T. – RHC nº 62.303 – Rel. Min. Oscar Correa, *Diário da Justiça*, Seção I, 1 fev. 1985, p. 10.471; STF – Pleno – Apelação Criminal nº 1.494 – Rel. Min. Luis Gallotti, *Diário da Justiça*, 10 out. 1955, p. 3.614; STF – Pleno – Apelação Criminal nº 11.494 – Rel. Min. Luis Gallotti, *Diário da Justiça*, 27 jun. 1969; STF – 1ª T. – RHC nº 31.472 – Rel. Min. José Linhares, *Diário da Justiça*, Seção I, 23 fev. 1953, p. 00665; STF – 2ª T. – RHC nº 31.647 – Rel. Min. Orosimbo Nonato, *Diário da Justiça*, Seção I, 20 jun. 1953, p. 1.723; STF – Pleno – ADI nº 89.984-6/SC – medida cautelar – Rel. Min. Carlos Britto, *Diário da Justiça*, Seção I, 30 nov. 2006, p. 38.

[89] STF – AI 818693/MT – Rel. Min. Celso de Mello, *DJe* 4-8-2001, STF – AI 631276/SP – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 1º-2-2011. Nesse sentido: "PENAL. VEREADOR. IMUNIDADE PARLAMENTAR. CRIME CONTRA A HONRA – Tratando-se de expressões consideradas ofensivas, porém pronunciadas no recinto da Câmara Municipal, forçoso é reconhecer que o Edil goza de prerrogativa da imunidade parlamentar (art. 29, VI, da CF), não podendo ser processado" (STJ – 6ª T. – RHC nº 6.688/SP – Rel. Min. William Patterson, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 fev. 1998, p. 132).

[90] STF – Pleno – Rextr. nº 210.907/RJ – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 12 ago. 1998 – *Informativo STF* nº 118, ago./98 – Conferir Ementa no item 2.7.5 do Capítulo 10.

[91] STF – AI 631.276, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 1º-2-2011, *DJE* de 15-2-2011; STF – AI 818.693, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 1º-8-2011, *DJE* de 4-8-2011; AI 739.840-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 15-2-2011, Primeira Turma, *DJE* de 17-3-2011; HC 74.201, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-11-2006, Primeira Turma, *DJ* de 13-12-1996; AI 698.921-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 23-6-2009, Primeira Turma, *DJE* de 14-8-2009.

[92] STF – 1ª T. – HC nº 67.047 – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 5 maio 1989; *RTJ*, 141/119. No mesmo sentido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Recurso em sentido estrito nº 136.916-3-Itú – Rel. Des. Fortes Barbosa, j. 13-12-93; TACrim/SP – RSE 581.869-2 – 8ª C. – Rel. Juiz Fábio de Araújo; *RT* 648/309.

[93] STF – 2ª T. – HC nº 74.125-8/PI – Rel. Min. Francisco Rezek, j. 3 set. 1996 – Ementário nº 1864-04; STF – 1ª T. – HC nº 74.201-7/MG – Rel. Min. Celso de Mello, j. 12 nov. 1996 – Ementário nº 1854-04; STF – 1ª T. – HC nº 75.621 – Rel. Min. Moreira Alves, *Informativo STF* nº 104, p. 3.

[94] O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de várias Constituições Estaduais que previam imunidades processuais aos vereadores: STF – Pleno – Adin nº 371/SE (medida cautelar) – Rel. Min. Paulo Brossard, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 fev. 1993, p. 2.030; STF – Pleno – Adin nº 685/PA (medida cautelar) – Rel. Min. Célio Borja, *Diário da Justiça*, Seção I, 8 maio 1992, p. 6.265; STF – Pleno – Adin nº 558/RJ (medida cautelar) – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 26 mar. 1993, p. 5.001.

[95] STF – Pleno – *Habeas Corpus* nº 70.352/SP – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 3 dez. 1993, p. 26.357. No mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça: STJ – 5ª T. – *Habeas Corpus* nº 660/MG – Rel. Min. José Dantas, *RSTJ*, 24/109; STJ – 5ª T. – RHC nº 1.661/GO – Rel. Min. Edson Vidigal, *Diário da Justiça*, Seção I, 15 mar. 1993, p. 3.822; STJ – RHC nº 3.348/MA – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, *RSTJ*, 057/118; STJ – 6ª T. – RHC nº 3.387/SP – Rel. Min. Pedro Acioli, *Diário da Justiça*, Seção I, 16 maio 1995, p. 11.787; STJ – 5ª T. – RHC nº 3.490/MT – Rel. Min. Jesus Costa Lima, *Diário da Justiça*, Seção I, 30 maio 1994, p. 13.493.

[96] Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal, em face do art. 123, III, *d* – 4 da Constituição do Estado do Piauí que prevê foro privilegiado aos vereadores (STF – 2ª T. – HC nº 74.125-8/PI – Rel. Min. Francisco Rezek, j. 3 set. 1996 – Serviço de jurisprudência – Ementário nº 1864-04).

[97] A EC nº 38, promulgada em 12-6-2002, determinou a incorporação dos Policiais Militares do extinto território Federal de Rondônia aos quadros da União, desde que, comprovadamente, se encontrassem no exercício regular de suas funções prestando serviços àquele ex-território na data em que foi transformado em Estado.

[98] Em 11 de dezembro de 2011, foram realizados dois plebiscitos no Estado do Pará com consultas sobre a hipótese de "desmembramento formação", para que os eleitores paraenses decidissem sobre a criação ou não dos novos Estados de Carajás e Tapajós, a serem formados a partir de desmembramento territorial do Estado do Pará. Ampla maioria (2/3) decidiu pela manutenção do Estado do Pará com sua atual conformação. Sobre a organização do Plebiscito, consultar: Resolução TSE nº 23.347 (organização), Resolução nº 23.348 (sobre a arrecadação e a aplicação de recursos e sobre prestações de contas nos plebiscitos do Estado do Pará), Resolução nº 23.350 (sobre pesquisas eleitorais), Resolução nº 23.351 (sobre os formulários a serem utilizados), Resolução nº 23.352 (sobre representações, reclamações e pedidos de resposta relativos aos plebiscitos no Estado do Pará), Resolução nº 23.352 (sobre representações, reclamações e pedidos de resposta relativos aos plebiscitos no Estado do Pará), Resolução nº 23.355 (sobre cerimônia de assinatura digital e fiscalização do sistema eletrônico de votação), todas relatadas pelo Ministro Arnaldo Versiani.

[99] O art. 4º da Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998, regulamentou essa hipótese plebiscitária.

[100] STF – Pleno – ADI 2650/DF – Rel. Min. Dias Toffoli, decisão: 24-8-2011.

[101] STF – Pleno – Adin nº 1.373-4 – medida liminar – Rel. Min. Francisco Rezek, *Diário da Justiça*, Seção I, 31 mar. 1996, p. 18.799.

[102] A criação do Estado de Tocantins pelo legislador constituinte exemplifica essa hipótese, conforme determina o art. 13 do ADCT: "É criado o Estado do Tocantins, pelo desmembramento da área descrita neste artigo, dando-se sua instalação no quadragésimo sexto dia após a eleição prevista no § 3º, mas não antes de 1º de janeiro de 1989. § 1º O Estado do Tocantins integra a Região Norte e limita-se com o Estado de Goiás pelas divisas norte dos municípios de São Miguel do Araguaia, Porangatu, Formoso, Minaçu, Cavalcante, Monte Alegre de Goiás e Campos Belos, conservando a leste, norte e oeste as divisas atuais de Goiás com os Estados da Bahia, Piauí, Maranhão, Pará e Mato Grosso. § 2º O Poder Executivo designará uma das cidades do Estado para sua capital provisória até a aprovação da sede definitiva do governo pela Assembleia Constituinte. §§ 3º, 4º,

5º, 6º... § 7º Fica o Estado de Goiás liberado dos débitos e encargos decorrentes de empreendimentos no território do novo Estado, e autorizada a União, a seu critério, a assumir os referidos débitos."

[103] O STF afirmou a constitucionalidade da nova redação do art. 18, § 4º (EC nº 15/96): STF – Pleno – ADI nº 2.395/DF – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 9-5-2007. *Informativo STF* nº 466.

[104] O texto anterior dizia: "art. 18, § 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de municípios preservarão a continuidade e a unidade histórico-cultural do ambiente urbano, far-se-ão por lei estadual, obedecidos os requisitos previstos em lei complementar estadual, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações diretamente interessadas".

[105] STF – Pleno – ADI 1825, Rel. Min. Luiz Fux, j. 5-4-2020; STF – Pleno – Adin nº 262-7/RO- Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 25 maio 1990.

[106] Trata-se, pois, de norma constitucional de eficácia limitada. Nesse sentido decidiu o TSE, afirmando que "é público e notório que essa lei complementar federal não existe, ainda, na ordem jurídica do País (...). Não se viabiliza o procedimento, tendente à criação de município, enquanto não editada a lei complementar a que se refere o artigo 18, § 4º, da Constituição" (TSE – MS nº 2.812 – Bahia – Rel. Min. Edson Vidigal, *Diário da Justiça*, Seção I, 23 mar. 2000. p. 43).

[107] O art. 5º da Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998, regulamentou essa hipótese plebiscitária.

[108] TSE – MS nº 1.511/DF, Rel. Min. José Cândido, *Diário da Justiça*, Seção I, 5 jun. 1992. No sentido do texto, em análise à nova redação ao texto do art. 18, § 4º, decidiu o Tribunal Superior Eleitoral que "Criação de Município – Lei estadual e resoluções da Justiça Eleitoral visando a realização de Plebiscito entre a população da área territorial a ser elevada a categoria de município – Superveniência de emenda Constitucional prevendo *consulta às populações dos municípios envolvidos* – O texto constitucional tem imediata vigência, incidindo sobre processo de desmembramento de municípios ainda não concluído" (TSE – Pleno – Mandado de Segurança nº 2.664 – Classe 14ª – Rio de Janeiro – Rel. Min. Nilson Naves, *Diário da Justiça*, Seção I, 24 abr. 1998, p. 57). Nesse mesmo sentido: "estrangeira aqui a invocação de precedente do Supremo Tribunal Federal, considerando necessária a consulta plebiscitária apenas na região em que se pretende a criação de novo Município. Essa decisão é anterior ao texto vigente da Constituição Federal, art. 18, § 4º, alterado pela Emenda 15/96" (TSE –

Agravo regimental interposto nos autos do Mandado de Segurança nº 2.812 – Bahia – Rel. Min. Edson Vidigal, *Diário da Justiça*, Seção I, 23 mar. 2000. p. 43).

[109] Nesse sentido: STF – Pleno – Adin nº 1.262/TO – Rel. Min. Sydney Sanches, decisão: 11-9-97 – *Informativo* nº 83; STF – Pleno – Adin nº 3.149-0/SC – Rel. Min. Joaquim Barbosa, *Diário da Justiça*, Seção I, 1º abr. 2005, p. 5.

[110] STJ – "É inconstitucional a lei que cria município, antes de realizado plebiscito; no entanto, a revogação desta lei prematura faz convalescer os atos praticados no sentido de preparar-se a fundação da nova comuna" (RMS nº 8.292/PR – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *Diário da Justiça*, Seção I, 13 out. 1997, p. 51.520).

[111] STF – Pleno – ADI 4711/RS, Rel. Min. Roberto Barroso, julgamento virtual finalizado em 3-9-2021.

[112] STF – Pleno – ADI nº 3.682/MT – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 9-5-2007. *Informativo STF* nº 466. No mesmo sentido: STF – Pleno – ADI nº 3.489-9/SC. Conferir íntegra do voto no *Informativo STF* nº 467; STF – Pleno – ADI nº 2.240/BA – Rel. Min. Eros Grau, decisão: 9-5-2007. *Informativo STF* nº 466; STF – Pleno – ADI nº 3.316/MT e ADI nº 3.689/PA – Rel. Min. Eros Grau, decisões: 9-5-2007.

[113] STF, Pleno, ADI 4992 MC/RO, Rel. Min. Gilmar Mendes, 26-6-2013.

[114] STF, Pleno, RE 614384, Rel. Min. Dias Toffoli, 2-5-2022.

[115] TSE – Pleno – MS 39691-03/MS – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, decisão: 1º-3-2011.

[116] Conferir: STF, ADI 5816/RO, Pleno, rel. Min. Alexandre de Moraes, Sessão Virtual de 25.10.2019 a 4.11.2019; ADI 5696/MG, Pleno, rel. Alexandre de Moraes, Sessão Virtual de 18 a 24-10-2019.

[117] STF – Rextr. nº 198.973-4/DF – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 mar. 1996, p. 5.756. *Informativo STF* – Brasília, 15 a 19 de abril de 1996 – Nº 27 – Ag nº 172890-7 (AgRg) – Rel. Min. Marco Aurélio.

[118] *RTJ* 152/85; STF – Agravo de instrumento nº 180133-6/PR – Rel. Min. Néri da Silveira, *Diário da Justiça*, Seção I, 20 nov. 1996, p. 45.277; STF – Agravo de instrumento nº 180133-6/PR – Rel. Min. Néri da Silveira, *Diário da Justiça*, Seção I, 20 nov. 1996, p. 45.277.

[119] STF – Pleno – ADI 4868, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 27-3-2020.

[120] SILVA, José Afonso. *Curso...* Op. cit. p. 419.

[121] A Constituição Federal prevê uma exceção: art. 22, XVII – Compete privativamente à União legislar sobre: organização judiciária, do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e da Defensoria Pública dos Territórios, bem como organização administrativa destes (redação dada pela Emenda Constitucional nº 69, de 29 de março de 2012).

[122] Relembrar a exceção do art. 22, XVII, da CF.

[123] Redação dada pela EC nº 69, de 29 de março de 2012. Trata-se de exceção à autonomia administrativa do Distrito Federal.

[124] Criada pela EC 104, de 4 de dezembro de 2019, às polícias penais, vinculadas ao órgão administrador do sistema penal da unidade federativa a que pertencem, cabe a segurança dos estabelecimentos penais.

[125] Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, promulgada em 4-6-1998 e publicada no *Diário Oficial da União* em 5-6-1998. Ressalte-se que o art. 34 da própria Emenda Constitucional estabeleceu que sua entrada em vigor seria na data de sua promulgação.

[126] Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, promulgada em 4-6-1998 e publicada no *Diário Oficial da União* em 5-6-1998. Ressalte-se que o art. 34 da própria Emenda Constitucional estabeleceu que sua entrada em vigor seria na data de sua promulgação.

[127] Redação dada pela Emenda Constitucional nº 118, de 26 de abril de 2022.

[128] Texto incluído pela EC nº 115/22.

[129] Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 19 de dezembro de 2006 (*DOU* de 20-12-2006).

[130] Nos termos da Emenda Constitucional nº 85, de 26 de fevereiro de 2015.

[131] Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 19 de dezembro de 2006 (*DOU* de 20-12-2006).

[132] Criada pela EC 104, de 4 de dezembro de 2019, às polícias penais, vinculadas ao órgão administrador do sistema penal da unidade federativa a que pertencem, cabe a segurança dos estabelecimentos penais.

[133] STRASSER, Carlos. *Teoria del...* Op. cit. p. 51. A respeito da matéria, ver crítica dessa concentração excessiva de poder nas mãos do governo central.

[134] **Competência privativa e exclusiva:** José Afonso da Silva afirma que “a diferença que se faz entre competência *exclusiva* e *privativa* é que aquela é indelegável e esta é delegável. Então, quando se quer atribuir competência própria a uma entidade ou órgão com possibilidade de delegação de tudo ou de

parte, declara-se que *compete privativamente* a ele a matéria indicada. ... Mas a Constituição não é rigorosamente técnica neste assunto" (Op. cit. p. 419). Diferentemente, Fernanda Dias Menezes de Almeida aponta que "o que não nos parece apropriado, no entanto, é extremar mediante o uso dos termos 'privativo' e 'exclusivo' as competências próprias que podem e as que não podem ser delegadas, como se 'privativo' não exprimisse, tanto quanto 'exclusivo', a ideia do que é deferido a um titular com exclusão de outros" (*Competências na Constituição de 1988.* São Paulo: Atlas, 1991. p. 86).

[135] Nova redação dada pela EC 103, de 12 de novembro de 2019.

[136] STF – Pleno – ADI 6909/PI e ADI 6913/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento virtual finalizado em 17-9-2021; ADI 6895/PB, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento virtual finalizado em 14-9-2021.

[137] Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, promulgada em 4-6-1998 e publicada no *Diário Oficial da União* em 5-6-1998. Ressalte-se que o art. 34 da própria Emenda Constitucional estabeleceu que sua entrada em vigor seria na data de sua promulgação. Conferir: MORAES, Alexandre. *Reforma Administrativa – EC nº 19/98.* São Paulo: Atlas, 1998.

[138] Texto incluído pela EC nº 115/22.

[139] STF – Pleno – ADI 3671 – Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 21-2-2020; STF – Pleno – ADI 3269/DF – Rel. Min. Cezar Peluso, decisão 1º-8-2011; STF – Pleno – ADI 3121/SP – Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão: 17-3-2011; STF – Pleno – ADI nº 3.135-0/PA – Rel. Min. Gilmar Mendes, *Diário da Justiça*, Seção I, 8 set. 2006, p. 33.

[140] STF – Pleno – Adin nº 1.479-0/RS – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, 2 ago. 1996, p. 25.790-92. citando inclusive que "Em função desse entendimento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal suspendeu, cautelarmente, a eficácia de diplomas legislativos estaduais que obrigavam a instalação de cinto de segurança em veículos de transporte coletivo de passageiros (Adin 874-BA, Rel. Min. Néri da Silveira), ou que autorizavam a condução de veículos automotores de passeio por maiores de dezesseis e menores de dezoito anos (*RTJ* 136/41, Rel. Min. Celso de Mello; *RTJ* 137/575, Rel. Min. Octavio Gallotti; *RTJ*, 140/29, Rel. Min. Octavio Gallotti; *RTJ* 153/801, Rel. Min. Francisco Rezek)".

[141] STF – Pleno – Adin nº 476.0/ DF – (medida liminar) – Rel. Min. Celso de Mello – *Diário da Justiça*, Seção I, 28 jun. 1991; STF – Pleno – Adin nº 474-3/RJ – Rel. Min. Octávio Gallotti.

[142] STF – Pleno – Adin nº 1.479-0/RS – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, 2 ago. 1996, p. 25.790-92.

[143] STF – Pleno – Adin nº 280/MT – Rel. Min. Francisco Rezek, *RTJ* 154/381 (Medida liminar – *RTJ* 132/1062).

[144] STF – 2ª T. – Recurso Extraordinário nº 94.582/PR, Rel. Min. Aldir Passarinho; *RTJ* 108/234.

[145] BASTOS, Celso. Transporte rodoviário coletivo (linhas intermunicipais). *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política,* nº 5, p. 169.

[146] STF – Pleno – Adin nº 1.191-0/PI (medida liminar) – Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, Seção I, 26 maio 1995, p. 15.154. STF – Pleno – Adin nº 860/AP (medida cautelar) – Rel. Min. Francisco Rezek; *RTJ* 147/85.

[147] ALVIM, Arruda. Competência dos Estados-membros para legislar sobre comércio interestadual. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política,* nº 7, Revista dos Tribunais, p. 190-191, inclusive citando jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – *RTJ* 94/496-550.

[148] FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Apud ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências...* Op. cit. p. 119.

[149] STF – RE nº 143.871 (Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, 29 set. 1995) e Agrag nº 161.793 (Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, 20 out. 1995).

[150] STF – Agravo de Instrumento nº 0149742-0/040-RJ – Rel. Min. Néri da Silveira, j. 20-3-96 – Compete aos Estados, em relação ao controle ambiental, dentro de seus limites territoriais, estabelecer os índices de poluição toleráveis. À Conama, Órgão Federal especializado, compete estipular os índices máximos de poluição suportáveis, fixando, em consequência, um mínimo a ser exigido, o que não impede aos Estados formular exigências maiores a respeito, dentro dos limites de seus territórios. Igualmente, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que multa aplicada por excessiva emissão de fumaça dos veículos, compatibiliza-se com típico poder de polícia, inserindo-se na legítima competência supletiva do Estado-membro (STJ – 1ª T. – Rec. Esp. nº 4.161-0-RJ – Rel. Min. Milton Luiz Pereira; j. 19-4-95; v.u.; *DJU*, Seção I, 15 maio 1995, p. 13.365, ementa). No mesmo sentido: STF – 2ª T. – AgRgAg 147.111-5, Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, 13 ago. 1993.

[151] Nos termos da Emenda Constitucional nº 85, de 26 de fevereiro de 2015.

[152] STF – “Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade – Lei nº 10.820/92 do Estado de Minas Gerais – Pessoas portadoras de deficiência – Transporte coletivo intermunicipal – Exigência de adaptação dos veículos – Matéria sujeita ao domínio da legislação concorrente – Possibilidade de o Estado-membro exercer competência legislativa plena – Medida cautelar deferida por despacho – referendo recusado pelo Plenário” (Pleno – Adin. nº 903-6 – medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 24 out. 1997, p. 54.155).

[153] STF, Pleno, MI 1571 AgR/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento: 19-9-2013; STF, 2ª T., RE 756536 AgR/SC, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento: 24-9-2013; STF – Agravo de Instrumento nº 0149742-0/040-RJ – Rel. Min. Néri da Silveira, j. 20-3-96. No mesmo sentido, na doutrina: FERREIRA, Pinto. *Comentários à constituição brasileira*. Op. cit. p. 96. v. 2.

[154] Conferir: STF – Pleno – Adin nº 3.098-1/SP – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 24 mar. 2006, p. 6.

[155] MACHADO HORTA, Raul. *Estudos de direito constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 366.

[156] STF – Pleno – ADI nº 3645/PR – Rel. Min. Ellen Gracie, decisão: 31-5-2006 – *Informativo STF* nº 429, Seção I, p. 1.

[157] STF – Pleno – Adin. nº 903-6/MG – medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção 1, 24 out. 1997, p. 54.155.

[158] Ver capítulo sobre processo legislativo.

[159] Nesse sentido: BASTOS, Celso Bastos. *O município*: sua evolução histórica e suas atuais competências. p. 54-76; NERY, Regina Macedo. Competência legislativa do município. p. 258-265, ambos em *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 1.

[160] FERREIRA, Pinto. O município e sua lei orgânica*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política,* São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 10, p. 64.

[161] ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências...* Op. cit. p. 124.

[162] DALLARI, Sueli Gandolfi. Competência municipal em matéria de saúde. *RDP* 92/174.

[163] STF – 1ª T. – Rextr. nº 191.031-3/SP – Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 set. 1997, p. 45.549. Conforme salientado, “o estabelecimento de horário de funcionamento do comércio local é inerente à autonomia municipal conferida pela Constituição ao município para tratar de assunto de seu peculiar interesse (art. 30, I). Inocorrência de afronta aos princípios constitucionais da

isonomia, da livre concorrência e iniciativa e da defesa do consumidor". No mesmo sentido: STF – 2ª T. – Rextr. nº 178.034-7/SP – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 27 fev. 1998, p. 18.

[164] STF – 1ª T. – Rextr. nº 171.630-4/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, *Diário da Justiça*, Seção I, 24 nov. 1997, p. 61.067.

[165] STF – Pleno – Tema 849 RG – RE 738481/SE, Rel. Min. Edson Fachin, julgamento virtual finalizado em 16–8-2021.

[166] STF – Rextr. nº 121.623-9 – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, p. 24.280; STF – Rextr. nº 130.202-0/SP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 25 ago. 1995, p. 26.026, e TRF 4ª R. – REO 90.04.06.014-6 – RS – 3ª T. – Rel. Juiz Fábio Bitencourt da Rosa – *DJU*, 9 maio 1990.

[167] Nesse sentido, o STF entendeu constitucional a previsão de lei municipal que obriga instituições financeiras a instalarem equipamentos destinados à melhoria de segurança ou melhores condições sanitárias e de conforto (STF – Pleno – Rextr. nº 1.542 /SP, Rel. Min. Celso de Mello – *Informativo STF* nº 394, p. 8).

[168] STF – 1ª T. – Rextr. nº 432.789/SC, Rel. Min. Eros Grau, decisão: 14-6-2005 – *Informativo STF* nº 392, p. 2.

[169] STF – Pleno – AI nº 600.329-1/MG – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 set. 2006, p. 56.

[170] STF – 2ª T. – AgI nº 614.510-1/SC – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 22 fev. 2007, p. 53.

[171] Nesse sentido foi julgado inconstitucional o art. 195, *caput*, da Constituição do Estado do Amapá, que estendeu a imposição do plano diretor aos municípios com mais de cinco mil habitantes (STF – Pleno – Adin nº 826-9/AP – Rel. Min. Sydney Sanches, *Diário da Justiça*, Seção I, 12 mar. 1999, p. 2).

[172] STJ, Primeira Seção, AR 756/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJe* 14-4-2008; STJ – 1ª T. – REsp. nº 29.299-6/RS – Rel. Min. Demócrito Reinaldo, *Diário da Justiça*, 17 out. 1994.

[173] O art. 16, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determinava que: "a competência da Câmara Legislativa do Distrito Federal, até que se instale, será exercida pelo Senado Federal".

[174] DROMI, José Roberto. *Federalismo y...* Op. cit. p. 49.

[175] STF – Pleno – MS nº 25.295/DF – Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão: 20-4-2005, *Informativo STF* nº 384.

[176] STF – Intervenção Federal nº 591-9/BA – Rel. Ministro-Presidente Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 16 set. 1998, p. 42.

[177] Conforme salientado pelo Ministro Celso de Mello, "o mecanismo de intervenção constitui instrumento essencial à viabilização do próprio sistema federativo, e, não obstante *o caráter excepcional de sua utilização – necessariamente limitada às hipóteses taxativamente definidas na Carta Política* –, mostra-se impregnado de múltiplas funções de ordem político-jurídica, destinadas (a) a tornar efetiva a intangibilidade do vínculo federativo; (b) a fazer respeitar a integridade territorial das unidades federadas; (c) a promover a unidade do Estado Federal e (d) a preservar a incolumidade dos princípios fundamentais proclamados pela Constituição da República" (STF – Intervenção Federal nº 591-9/BA – Rel. Ministro-Presidente Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 16 set. 1998, p. 42).

[178] Em relação à impossibilidade de intervenção federal em município componente de Estado-membro da Federação, conferir: STF – Pleno – MS nº 25.295/DF – Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão: 20-4-2005, *Informativo STF* nº 384.

[179] LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 122.

[180] Assim, salienta o Ministro Celso de Mello, "que o tratamento restritivo, constitucionalmente dispensado ao mecanismo da intervenção federal impõe que não se ampliem as hipóteses de sua incidência, cabendo ao intérprete identificar, no rol exaustivo do art. 34 da Carta Política, os casos únicos que legitimam, em nosso sistema jurídico, a decretação da intervenção federal nos Estados-membros" (STF – Intervenção Federal nº 591-9/BA – Rel. Ministro-Presidente Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 16 set. 1998, p. 42).

[181] O conceito de dívida fundada é jurídico-legal, conforme o disposto no art. 98 da Lei nº 4.320/67: "A dívida fundada compreende os compromissos de exigibilidade superior a doze meses, contraídos para atender a desequilíbrio orçamentário ou financiamentos de obras e serviços públicos."

[182] STF – "Se, embora tardiamente, a decisão judicial veio a ser cumprida, com a desocupação do imóvel, pelos esbulhadores, os autos da intervenção federal devem ser arquivados" (Intervenção federal nº 103-0/PR – Pleno – Rel. Min. Néri da Silveira, *Diário da Justiça*, Seção I, 5 dez. 1997, p. 63.907).

[183] Redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 13-9-2000. A redação anterior, acrescentada pela Emenda Constitucional nº 14, de 12-9-96, previa:

“aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de receitas de transferência, na manutenção e desenvolvimento do ensino”.

[184] Em relação à intervenção em virtude do não pagamento de precatórios, conferir Capítulo 10, item 4.9.

[185] STF – Intervenção Federal nº 230-3/DF – questão de ordem – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 1 jul. 1996, p. 23.860.

[186] STF – Intervenção Federal nº 234-6/SP – Rel. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 14 jun. 1996, p. 21.036. Citando diversos precedentes: AgRIF 81, Moreira Alves, *RTJ* 114/443 e IF 135-8, Pertence, 18-10-95 e, sob ordens constitucionais anteriores das IF 61, 16-12-70, Barros Monteiro, *RTJ* 57/156; IF 64, 16-10-75, Thompson, IF 68, 12-12-79, Neder e IF 94, 19-12-86, M. Alves.

[187] STF – Intervenção Federal nº 135-8/RJ – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 24 nov. 1995, p. 40.375; *RTJ* 142/371.

[188] STF – Intervenção Federal nº 230-3/DF – questão de ordem – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 1 jul. 1996, p. 23.860.

[189] A EC nº 45/04 alterou a competência para o processo e julgamento de *ação de executoriedade de lei federal*, transferindo-a do Superior Tribunal de Justiça para o Supremo Tribunal Federal.

[190] STF – Ação Originária nº 311-3/AL – Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 20 ago. 1996, p. 28643/28645. Ver *Informativo STF* – Brasília 12 a 16 de agosto de 1996 – nº 40.

[191] LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo*. Pressupostos...* Op. cit. 128.

[192] *RTJ* 87/716.

[193] LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo*. Pressupostos...* Op. cit. p. 162.

[194] STF, Pleno, ADI 6619/RO, Rel. Min. Gilmar Mendes, Sessão Virtual de 14 a 21 de outubro de 2022.

[195] STF – Pleno – ADI 6616/AC, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento virtual finalizado em 26-4-2021; STF – Pleno – ADI 2917/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 27-3-2020; STF – Pleno – Adin nº 558/RJ – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 26 mar. 1993, p. 05001. No mesmo sentido: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. Op. cit., p. 428.

[196] A intervenção estadual em município por falta de prestação de contas pelo prefeito cessa se efetivada a intervenção, protocolou no Tribunal de Contas o que seriam as contas não prestadas no tempo devido (STF – Agravo Regimental em

Suspensão de Segurança nº 840-5/TO – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 22 mar. 1996, p. 8.209).

[197] Redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 13-9-2000. A redação anterior previa: "não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino".

[198] Cf. em relação ao não pagamento integral do precatório implicar descumprimento de ordem judicial ensejador de pedido de intervenção do Estado no Município: TJ/SP – Órgão Especial – Intervenção Estadual nº 29.103-0/2 – São Paulo – Rel. Des. Nigro Conceição, decisão: 15-10-1997.

[199] TJSP – *RT* 646/49.



Administração Pública 9

1 CONCEITO

A Constituição Federal, inovando em relação às anteriores, regulamenta, no Título III, um capítulo específico para a organização da administração pública, pormenorizando-a enquanto estrutura governamental e enquanto função, e determinando no art. 37 que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedeça, além de diversos preceitos expressos, aos princípios de *legalidade*, *impessoalidade*, *moralidade*, *publicidade e eficiência.*[1] Sérgio de Andréa Ferreira ainda lembra que, no art. 70, a Constituição se refere aos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade; e no art. 74, II, aos princípios da legalidade, eficácia e eficiência; e Pinto Ferreira recorda os princípios da proporcionalidade dos meios aos fins, da indisponibilidade do interesse público, da especialidade administrativa e da igualdade dos administrados.

A administração pública pode ser definida objetivamente como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para a consecução dos interesses coletivos e subjetivamente como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado. Concluímos com José Tavares, para quem administração pública é "o conjunto das pessoas colectivas públicas, seus órgãos e serviços que desenvolvem a actividade ou função administrativa".[2]

A administração federal compreende a administração direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios; e a administração indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: autarquias; empresas públicas; sociedades de economia mista; fundações públicas.[3] Anote-se, como relembra Roberto Bazilli, que essa regra de definição da amplitude da administração pública (CF, art. 37) contém princípios norteadores a serem aplicados obrigatoriamente[4] à administração dos Estados, Distrito Federal e Municípios.[5]

Como ensinado por Hauriou, "o regime administrativo consiste em um poder político-jurídico, que é o poder executivo e administrativo, que se introduz como intermediário entre a lei e o juiz, a fim de assumir a aplicação das leis em todos os procedimentos que não sejam contenciosos, com a finalidade de facilitar e, se for necessário, impor aos cidadãos a execução das leis por meio de uma regulamentação própria, pela organização dos serviços públicos e por decisões executórias particulares".[6]

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

São princípios constitucionais da administração pública:[7]

- princípio da legalidade;
- princípio da impessoalidade;
- princípio da moralidade;
- princípio da publicidade;
- princípio da eficiência.

2.1 Princípio da legalidade

O tradicional princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da Constituição Federal e anteriormente estudado, aplica-se normalmente na Administração Pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de sua vontade subjetiva, pois na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, diferentemente da esfera particular, onde será permitida a realização de tudo que a lei não proíba. Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de *executor* do direito, que atua sem finalidade própria, mas sim em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica.

2.2 Princípio da impessoalidade

Importante inclusão feita pelo legislador constituinte, o princípio da impessoalidade encontra-se, por vezes, no mesmo campo de incidência dos princípios da igualdade e da legalidade, e não raramente é chamado de princípio da *finalidade administrativa*. Conforme afirmado por Hely Lopes Meirelles,

> "o princípio da *impessoalidade*, referido na Constituição de 1988 (art. 37, *caput*), nada mais é que o clássico princípio da *finalidade*, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu *fim legal*. E o *fim legal* é unicamente aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, *de forma impessoal*".[8]

Esse princípio completa a ideia já estudada de que o administrador é um *executor* do ato, que serve de veículo de manifestação da vontade estatal, e, portanto, as realizações administrativo-governamentais não são do agente político, mas sim da entidade pública em nome da qual atuou.

2.3 Princípio da moralidade

Pelo princípio da moralidade administrativa, não bastará ao administrador o estrito cumprimento da estrita legalidade, devendo ele, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a partir da Constituição de 1988, pressuposto de validade de todo ato da administração pública. Como ressalta Hely Lopes Meirelles,

> "não se trata – diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito – da *moral comum*, mas sim de uma *moral jurídica*, entendida como 'o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração'".[9]

Ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> "Não é preciso penetrar na intenção do agente, porque do próprio objeto resulta a imoralidade. Isto ocorre quando o conteúdo de determinado ato contrariar o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa-fé, ao trabalho, à ética das instituições. A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir; entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos. Por isso mesmo, a imoralidade salta aos olhos quando a Administração Pública é pródiga em despesas legais, porém inúteis, como propaganda ou mordomia, quando a população precisa de assistência médica, alimentação, moradia, segurança, educação, isso sem falar no mínimo indispensável à existência digna. Não é preciso, para invalidar despesas desse tipo, entrar na difícil análise dos fins que inspiraram a autoridade; o ato em si, o seu

> objeto, o seu conteúdo, contraria a ética da instituição, afronta a norma de conduta aceita como legítima pela coletividade administrada. Na aferição da imoralidade administrativa, é essencial o princípio da razoabilidade."[10]

O Supremo Tribunal Federal, analisando o princípio da moralidade administrativa, manifestou-se afirmando:

> "Poder-se-á dizer que apenas agora a Constituição Federal consagrou a moralidade como princípio de administração pública (art. 37 da Constituição Federal). Isso não é verdade. Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam de texto regrado. Defluem no todo do ordenamento jurídico. Encontram-se ínsitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regedoras de determinada matéria. O só fato de um princípio não figurar no texto constitucional, não significa que nunca teve relevância de princípio. A circunstância de, no texto constitucional anterior, não figurar o princípio da moralidade não significa que o administrador poderia agir de forma imoral ou mesmo amoral. Como ensina Jesus Gonzales Perez 'el hecho de su consagración en una norma legal no supone que con anterioridad no existiera, ni que por tal consagración legislativa haya perdido tal carácter' (*El princípio de buena fe en el derecho administrativo*. Madri, 1983. p. 15). Os princípios gerais de direito existem por força própria, independentemente de figurarem em texto legislativo. E o fato de passarem a figurar em texto constitucional ou legal não lhes retira o caráter de princípio. *O agente público não só tem que ser honesto e probo, mas tem que mostrar que possui tal qualidade. Como a mulher de César*."[11]

A Constituição Federal, ao consagrar o princípio da moralidade administrativa como *vetor* da atuação da administração pública, igualmente consagrou a necessidade de proteção à moralidade e responsabilização do administrador público *amoral* ou *imoral*. Anota Manoel de Oliveira Franco Sobrinho,

> "Difícil de saber por que o princípio da moralidade no direito encontra tantos adversários. A teoria *moral* não é nenhum problema especial para a teoria *legal*. As concepções na base natural são analógicas. Por que somente a proteção da legalidade e não da moralidade também? A resposta negativa só pode interessar aos administradores ímprobos. Não à Administração, nem à ordem jurídica. O contrário seria negar aquele *mínimo ético* mesmo para os atos juridicamente lícitos. Ou negar a exação no cumprimento do dever funcional."[12]

Dessa forma, deve o Poder Judiciário, ao exercer o controle jurisdicional, não se restringir ao exame estrito da legalidade do ato administrativo, mas, sim, entender por legalidade ou legitimidade não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo.[13]

O princípio da moralidade está intimamente ligado com a ideia de probidade, dever inerente do administrador público. Como recorda Maurício Ribeiro Lopes,

> "o velho e esquecido conceito do *probus* e do *improbus* administrador público está presente na Constituição da República, que pune a improbidade na Administração com sanções políticas, administrativas e penais".[14]

A conduta do administrador público em desrespeito ao princípio da moralidade administrativa enquadra-se nos denominados *atos de improbidade*, previstos pelo art. 37, § 4º, da Constituição Federal, e sancionados com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível, permitindo ao Ministério Público a propositura de ação civil pública por ato de improbidade, com base na Lei nº 8.429/92 para que o Poder Judiciário exerça o controle jurisdicional sobre lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público.

2.4 Princípio da publicidade

A Constituição Federal de 1988 consagrou expressamente o princípio da publicidade como um dos vetores imprescindíveis à Administração Pública, conferindo-lhe absoluta prioridade na gestão administrativa e garantindo pleno acesso às informações a toda a sociedade, pois, como bem salientado pelo Ministro Marco Aurélio, "o princípio da publicidade no que deságua na busca da eficiência, ante o acompanhamento pela sociedade. Estando em jogo valores, há de ser observado o coletivo em detrimento, até mesmo, do individual".[15]

À consagração constitucional de publicidade e transparência corresponde a obrigatoriedade do Estado em fornecer as informações solicitadas, sob pena de responsabilização política, civil e criminal, salvo nas hipóteses constitucionais de sigilo.

A publicidade se faz, inclusive, pela inserção do ato no *Diário Oficial* ou por edital afixado no lugar próprio para divulgação de atos públicos, para conhecimento do público em geral e, consequentemente, início da produção de seus efeitos, pois somente a publicidade evita os dissabores

existentes em processos arbitrariamente sigilosos, permitindo-se os competentes recursos administrativos e as ações judiciais próprias.

A regra, pois, é que a publicidade somente poderá ser excepcionada quando o interesse público assim determinar, prevalecendo esse em detrimento do princípio da publicidade; sendo, entretanto, vedadas as restrições genéricas e abusivas à garantia constitucional de acesso à informação.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da conduta do Ministério da Saúde que gerou a interrupção abrupta da coleta e da divulgação de informações epidemiológicas relacionadas à Covid-19, entendendo serem "imprescindíveis para a análise da série histórica de evolução da pandemia (Covid-19)" e, determinou "a manutenção da divulgação integral de todos os dados".[16] Da mesma maneira, em relação ao Distrito Federal, o STF entendeu ser "necessária a manutenção da divulgação integral dos dados epidemiológicos relativos à pandemia da Covid-19", uma vez que sua interrupção caracterizaria ofensa direta aos princípios da publicidade e transparência.[17]

2.5 Princípio da eficiência

2.5.1 Introdução

A Emenda Constitucional nº 19/98 acrescentou expressamente aos princípios constitucionais da administração pública o *princípio da eficiência,* findando com as discussões doutrinárias e com as jurisprudências sobre sua existência implícita na Constituição Federal e aplicabilidade integral.

Na doutrina, Sérgio de Andréa Ferreira já apontava a existência do *princípio da eficiência* em relação à administração pública, pois a

Constituição Federal prevê que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e *eficiência* da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado (CF, art. 74, II).[18]

Da mesma forma, o Superior Tribunal de Justiça reconhecia a existência do *princípio da eficiência* como um dos regentes da administração, afirmando que "a Administração Pública é regida por vários princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (Const. art. 37). Outros também evidenciam-se na Carta Política. Dentre eles, o princípio da eficiência. A atividade administrativa deve orientar-se para alcançar resultado de interesse público".[19]

Dessa forma, a EC 19/98, seguindo os passos de algumas legislações estrangeiras, no sentido de pretender garantir maior qualidade na atividade pública e na prestação dos serviços públicos, passou a proclamar que a administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deverá obedecer, além dos tradicionais princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, também ao princípio da eficiência.

2.5.2 Princípio da eficiência e direito comparado

A Constituição Espanhola, promulgada em 27-12-1978, prevê expressamente, em seu art. 103, o *princípio da eficácia,* ao consagrar que "A administração pública serve com objetividade aos interesses gerais e atua de acordo com os princípios de eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação, com obediência plena à lei e ao Direito."[20]

Igualmente, a Constituição da República das Filipinas, de 15-10-1986, prevê em seu art. IX, B, seção 3, que "A Comissão do Serviço Público, na qualidade de órgão central do Governo encarregado do funcionalismo público, estabelecerá um plano de carreira e adotará medidas destinadas a promover a disposição de ânimo, a eficiência, a integridade, a pronta colaboração, o dinamismo e a cortesia no serviço público", e em seu art. XI, Seção 1, que "O serviço público é um compromisso com a causa pública. Os servidores públicos deverão estar sempre prontos a prestar contas ao povo, servi-lo da forma mais responsável, integra, leal e eficiente possível."[21]

A Constituição da República do Suriname, de 31-10-1987, estabelece, em seu art. 122, competir ao Conselho de Ministros "preparar e executar uma política eficiente".[22]

Note-se que apesar da inexistência expressa do *princípio da eficiência*, dentre *os* princípios fundamentais da Administração Pública, a Constituição portuguesa[23] consagra em seu art. 267 ("*A Administração Pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva, designadamente por intermédio de associações públicas, organizações de moradores e outras formas de representação democrática*") a estrutura da Administração, cujos objetivos assemelham-se integralmente àqueles inerentes ao *princípio da eficiência.* Ao comentarem esse artigo da Constituição da República Portuguesa, Canotilho e Moreira salientam que "aqueles princípios devem ser conjugados com o *princípio da boa administração* (ou princípio do bom andamento da administração), que exige o exercício da função administrativa de forma *eficiente* e *congruente*".[24]

Percebe-se, também, na Constituição da República de Cuba, de 24-2-1976, a ideia de *eficiência* dentro dos princípios de organização e funcionamento dos órgãos estatais, ao se proclamar no art. 66, *c*, que "cada

órgão estatal desenvolve amplamente, dentro dos limites de sua competência, a iniciativa dirigida ao aproveitamento dos recursos e possibilidades locais e à incorporação das organizações sociais e de massa a sua atividade".[25]

No Direito Constitucional estadual, podemos citar a Constituição do Estado do Tocantins que prevê em seu art. 9º serem princípios da Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade e *eficiência*; e o art. 19 da Constituição do Estado de Rondônia que determina incumbir ao Poder Público assegurar, na prestação direta ou indireta dos serviços públicos, a efetividade dos requisitos, entre outros, de *eficiência*, segurança, continuidade dos serviços públicos.

2.5.3 Conceito

A atividade estatal produz de modo direto ou indireto consequências jurídicas que instituem, reciprocamente, direito ou prerrogativas, deveres ou obrigações para a população, traduzindo uma relação jurídica entre a Administração e os administrados. Portanto, existirão direitos e obrigações recíprocos entre o Estado-administração e o indivíduo-administrado e, consequentemente, esse, no exercício de seus direitos subjetivos, poderá exigir da Administração Pública o cumprimento de suas obrigações da forma mais eficiente possível. Como salienta Roberto Dromi, o reconhecimento de direitos subjetivos públicos não significa que o indivíduo exerça um poder sobre o Estado, nem que tenha parte do *imperium* jurídico, mas que possui esses direitos como correlatos de uma obrigação do Estado em respeitar o ordenamento jurídico.[26]

O administrador público precisa ser *eficiente*, ou seja, deve ser aquele que produz o efeito desejado, que dá bom resultado, exercendo suas

atividades sob o manto da igualdade de todos perante a lei, velando pela objetividade e imparcialidade.[27]

Assim, *princípio da eficiência*[28] é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta[29] e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social. Note-se que não se trata da consagração da tecnocracia, muito pelo contrário, o *princípio da eficiência* dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando a adoção de todos os meios legais e morais possíveis para satisfação do bem comum.[30]

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que o *princípio da eficiência* "impõe ao agente público um modo de atuar que produza resultados favoráveis à consecução dos fins que cabem ao Estado alcançar", advertindo, porém, que "a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito".[31]

Ressalte-se a interligação do *princípio da eficiência* com os princípios da razoabilidade e da moralidade,[32] pois o administrador deve utilizar-se de critérios razoáveis na realização de sua atividade discricionária e, como salientado por Diogo de Figueiredo, deve-se considerar como imoralidade administrativa ineficiência grosseira da ação da administração pública.[33]

A Mensagem Presidencial nº 886/95, convertida em Proposta de Emenda Constitucional nº 173/95 e, posteriormente, aprovada como Emenda Constitucional nº 19, trazia em sua exposição de motivos suas pretensões, dentre elas "incorporar a dimensão de eficiência na administração pública: o aparelho de Estado deverá se revelar apto a gerar

mais benefícios, na forma de prestação de serviços à sociedade, com os recursos disponíveis, em respeito ao cidadão contribuinte" e "enfatizar a qualidade e o desempenho nos serviços públicos: a assimilação, pelo serviço público, da centralidade do cidadão e da importância da contínua superação de metas desempenhadas, conjugada com a retirada de controles e obstruções legais desnecessários, repercutirá na melhoria dos serviços públicos".[34]

A ideia de defesa do bem comum enquanto finalidade básica da atuação da administração pública decorre da própria razão de existência do Estado e está prevista implicitamente em todos os ordenamentos jurídicos. Exemplificativamente, poderíamos citar como previsões expressas o art. 19 da Constituição da Noruega, estabelecida em 17-5-1814, com as alterações até 5-5-1980, em que se verifica que o Rei velará pela utilização e administração das propriedades e prerrogativas do Estado conforme convenha ao bem comum,[35] e o art. 100 da Constituição Política da República do Chile, em que a administração superior de cada região terá por objetivo o desenvolvimento social, cultural e econômico da região.[36]

Buscando a eficiência no serviço público realizado, a Emenda Constitucional nº 19/98 alterou a redação do art. 241, permitindo que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinem por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

2.5.4 Características do princípio da eficiência

O princípio da eficiência compõe-se, portanto, das seguintes características básicas: direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, imparcialidade, neutralidade, transparência,

participação e aproximação dos serviços públicos da população, eficácia, desburocratização e busca da qualidade:

- *direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum*: a Constituição Federal prevê no inciso IV do art. 3º que constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil *promover o bem de todos*, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Ressalte-se que ao legislador ordinário e ao intérprete, em especial às autoridades públicas dos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo e da Instituição do Ministério Público, esse objetivo fundamental deverá servir como *vetor de interpretação,* seja na edição de leis ou atos normativos, seja em suas aplicações. Mesmo antes da promulgação da EC nº 19/98, a Constituição do Estado de São Paulo afirmava em seu art. 111 que a Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes, deverá obedecer ao *princípio do interesse público.* De maneira semelhante, a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, promulgada aos 3 de outubro de 1989 prevê expressamente em seu art. 19 que a Administração Pública, direta e indireta de qualquer dos Poderes do Estado, visa à promoção do bem comum; enquanto a Constituição do Estado da Bahia, em seu art. 13, estipula destinar-se a Administração Pública a *servir a sociedade que lhe custeia*.
- *imparcialidade*: como ressalta Maria Teresa de Melo Ribeiro, "a afirmação do princípio da imparcialidade na Administração Pública surgiu, historicamente, da necessidade de, por um lado, salvaguardar o exercício da função administrativa e, consequentemente, a prossecução do interesse público da influência de interesses alheios ao interesse público em concreto

prosseguido, qualquer que fosse a sua natureza, e, por outro, da interferência indevida, no procedimento administrativo, em especial, na fase decisória, de outros sujeitos ou entidades, exteriores à Administração Pública", concluindo que a atuação eficiente da Administração Pública exige uma atuação imparcial e independente, e que imparcialidade "é independência: independência perante os interesses privados, individuais ou de grupo; independência perante os interesses partidários; independência, por último, perante os concretos interesses políticos do Governo".[37]

- *neutralidade*: a ideia de eficiência está ligada à neutralidade, no sentido empregado por João Baptista Machado de que "há um outro plano de sentido em que se fala de neutralidade do Estado: o de Justiça (...). Nesse sentido o Estado é *neutro* se, na resolução de qualquer conflito de interesse, assume uma posição valorativa de simultânea e igual consideração de todos os interesses em presença. A neutralidade não impõe aqui ao Estado atitudes de *abstenção,* mas mais propriamente atitudes de isenção na valoração de interesses em conflito. O Estado é neutro quando faz vingar a Justiça e estabelece regras do jogo justas".[38]
- *transparência*: dentro da ideia de eficiência formal da administração pública encontra-se a necessidade de transparência das atividades dos órgãos e agentes públicos.[39] O *princípio da eficiência* da administração pública pretende o combate à ineficiência formal, inclusive com condutas positivas contra a prática de subornos, corrupção e tráfico de influência.[40] Essa transparência, no intuito de garantir maior eficiência à administração pública,[41] deve ser observada na indicação, nomeação e manutenção de cargos e funções públicas, exigindo-

se, portanto, a observância tão somente de fatores objetivos como mérito funcional e competência,[42] vislumbrando-se a eficiência da prestação de serviços,[43] e, consequentemente, afastando-se qualquer favorecimento ou discriminação.

- *participação e aproximação dos serviços públicos da população:* deverá existir participação e aproximação dos serviços públicos da população dos interessados na gestão efetiva dos serviços administrativos, de acordo com o *princípio da gestão participativa,* como verdadeiro desmembramento do princípio da soberania popular e da democracia representativa, previstos no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, pois como salientam Canotilho e Moreira, esse requisito "assume aqui um claro e concreto valor jurídico-constitucional, que se traduz fundamentalmente no seguinte: intervenção nos *órgãos de gestão* dos serviços não apenas de profissionais burocratas, mas também de representantes das comunidades em que os serviços estão inseridos (cogestão de serviços administrativos).[44] Não devemos nos esquecer, porém, da advertência de Paulo Otero, para quem "uma excessiva participação e aproximação dos serviços públicos da população colectiva dos cidadãos na Administração pode deslocar o poder de decisão para grupos de interesse fortes, com desvalorização prática dos grupos de fraco poder associativo e mesmo conduzir as formas não democráticas de comportamento".[45] A Emenda Constitucional nº 19/98 trouxe na nova redação do § 3º do art. 37 a previsão de que a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta.[46]
- *eficácia*: a eficácia material da administração se traduz no adimplemento de suas competências ordinárias e na execução e cumprimento dos entes administrativos dos objetivos que lhes

são próprios, enquanto a eficácia formal da administração é a que se verifica no curso de um procedimento administrativo, ante a obrigatoriedade do impulso ou resposta do ente administrativo a uma petição formulada por um dos administrados.[47] Assim, deverá a lei, como nos ensina Tomás-Ramón Fernández, conceder à administração – nos limites casuisticamente permitidos pela Constituição – tanta liberdade quanto necessite para o eficaz cumprimento de suas complexas tarefas.[48]

- *desburocratização*: uma das características básicas do *princípio da eficiência* é evitar a burocratização da administração pública, no sentido apontado por Canotilho e Moreira, de "*burocracia administrativa,* considerada como entidade substancial, impessoal e hierarquizada, com interesses próprios, alheios à legitimação democrática, divorciados dos interesses da população, geradora dos vícios imanentes às estruturas burocráticas, como *mentalidade de especialistas*, rotina e demora na resolução dos assuntos dos cidadãos, compadrio na selecção de pessoal".[49]
- *busca da qualidade*: ressalte-se a definição dada pela Secretaria Geral da Presidência, de que "qualidade de serviço público é, antes de tudo, qualidade de um serviço, sem distinção se prestado por instituição de caráter público ou privado; busca-se a otimização dos resultados pela aplicação de certa quantidade de recursos e esforços, incluída, no resultado a ser otimizado, primordialmente, a satisfação proporcionada ao consumidor, cliente ou usuário. (...) Outra característica básica da qualidade total é a melhoria permanente, ou seja, no dia seguinte, a qualidade será ainda melhor".[50] Estabeleceu o art. 27 da EC 19/98 que o Congresso Nacional, dentro de 120 dias de sua

promulgação, elaborará lei de defesa do usuário de serviços públicos.[51] Na esteira dessa ideia, a Emenda Constitucional nº 19/98 proclamou, ainda, que lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disciplinarão a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional de prêmio de produtividade.

2.5.5 Aplicabilidade e fiscalização

A Emenda Constitucional nº 19/98 não só introduziu expressamente na Constituição Federal o princípio da eficiência, como também trouxe alterações no sentido de garantir-lhe plena aplicabilidade e efetividade.[52]

Assim, estabeleceu nova redação ao § 3º do art. 37, que prevê que a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; e a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

A EC 109, de 15 de março de 2021, acrescentou o § 16 ao art. 37, estabelecendo que os órgãos e entidades da administração pública, individual ou conjuntamente, devem realizar avaliação das políticas

públicas, inclusive com divulgação do objeto a ser avaliado e dos resultados alcançados, na forma da lei.

No § 2º do art. 39, a Emenda Constitucional nº 19/98 passou a estabelecer que a União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados; enquanto, no § 4º do art. 41, previu-se como condição obrigatória para a aquisição da estabilidade a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade. Apesar da inexistência de obrigatoriedade constitucional dos Municípios instituírem e manterem escolas de governo, nos moldes já citados, nada impede que legislativamente adiram à ideia de aumentar a eficiência da administração pública.

Por fim, o *princípio da eficiência* veio reforçado pela possibilidade de perda do cargo pelo servidor público, mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

Lembremo-nos de que o *princípio da eficiência,* enquanto norma constitucional, apresenta-se como o contexto necessário para todas as leis, atos normativos e condutas positivas ou omissivas do Poder Público,[53] servindo de fonte para a declaração de inconstitucionalidade de qualquer manifestação da Administração contrária a sua plena e total aplicabilidade.[54]

Importante salientar que a proclamação constitucional do *princípio da eficiência* pretende solucionar, principalmente, o clássico defeito da administração pública na prestação dos serviços públicos e do Poder Judiciário em analisar a eficiência da administração.[55] Guido Santiago Tawil adverte para a grande dificuldade do Poder Judiciário em colmatar a omissão administrativa na prestação de serviços públicos, observando a tendência ineficaz dos tribunais argentinos em substituir a inércia da

administração por uma condenação a pagamento de indenização, pois, como afirma o citado autor, “quem acude ante os Tribunais para conseguir que a administração implemente sua moradia de energia elétrica, gás ou água corrente, pouco estaria interessado em indenização em dinheiro. Persegue, pelo contrário, ter luz e calefação, possibilidades que não constituem luxo, mas sim serviços essenciais de toda a sociedade moderna”.[56]

O *princípio da eficiência* vem reforçar a possibilidade do Ministério Público,[57] com base em sua função constitucional de zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promover as medidas necessárias, judicial e extrajudicialmente, a sua garantia (CF, art. 129, II).[58]

Vislumbra-se, portanto, dentro dessa nova ótica constitucional, um reforço à plena possibilidade do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV), em defesa dos direitos fundamentais e serviços essenciais previstos pela Carta Magna, garantir a eficiência dos serviços prestados pela Administração Pública, inclusive responsabilizando as autoridades omissas, pois, conforme salienta Alejandro Nieto, analisando a realidade espanhola, quando o cidadão se sente maltratado pela inatividade da administração e não tem um remédio jurídico para socorrer-se, irá acudir-se inevitavelmente de pressões políticas, corrupção, tráfico de influência, violências individual e institucionalizada, acabando por gerar intranquilidade social, questionando-se a própria utilidade do Estado.[59]

3 PRECEITOS DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DA UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS

A Constituição Federal, em seu art. 37, prevê os princípios gerais da administração pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Além disso determina que todos os entes federativos respeitem alguns preceitos genéricos.

Em relação ao *regime jurídico único dos servidores públicos*, importante ressaltar, que o Supremo Tribunal Federal suspendeu liminarmente a vigência do *caput* do art. 39 do texto constitucional, com a redação dada pela EC 19/98, repristinando, ainda que não definitivamente, sua redação original, salientando, porém, que "a decisão terá efeitos *ex nunc*, subsistindo a legislação editada nos termos da emenda declarada suspensa".[60]

Dessa forma, a administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos seguintes preceitos,[61] que, obrigatoriamente, deverão estar presentes na legislação definidora do regime jurídico de seus servidores editada pelo respectivo ente federativo, no exercício de suas respectivas autonomias:[62]

- os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, *assim como aos estrangeiros*, na forma da lei;[63]
- a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;[64]
- o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;[65]

- durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;
- as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.[66] Observe-se, porém, que o Supremo Tribunal Federal – em relação ao provimento dos cargos em comissão e das funções de confiança – vedou a prática de nepotismo no âmbito dos três Poderes,[67] editando a Súmula Vinculante 13: "A nomeação de cônjuge, companheiro, ou parente, em linha reta, colateral ou por afinidade, até o 3º grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal."[68] O STF somente excluiu da incidência da citada súmula, a nomeação de parentes para cargos políticos (Ministros, Secretários de Estado e de Municípios).[69] Ainda, em defesa da moralidade, impessoalidade e eficiência administrativas, as leis que tratam dos casos de vedação a nepotismo não são de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo;[70]
- é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical;

- o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;[71] em relação aos servidores públicos integrantes das carreiras de segurança pública, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela vedação absoluta ao exercício do direito de greve.[72] Conferir item 3.1 no Capítulo 13;
- a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;[73]
- a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;
- a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices.[74] Observe-se que somente lei ordinária poderá fixar o teto de remuneração bruta do funcionalismo público, sendo incabível a edição de Decreto do Executivo, ou mesmo Resoluções do Legislativo ou Judiciário, sob pena de inconstitucionalidade formal;[75]
- a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o

subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos.[76] Em respeito ao autogoverno dos entes federativos, a EC nº 47/05 permitiu a fixação de *subteto salarial estadual/distrital*, desde que com edição de regra específica nas respectivas Constituições estaduais ou na Lei Orgânica do Distrito Federal (CF, § 12, art. 37). Assim, os estados-membros ou o Distrito Federal poderão alterar suas respectivas Constituições estaduais ou sua Lei Orgânica, no sentido de estabelecer um limite único para todos os servidores estaduais ou distritais, exceptuando-se os parlamentares. Esse limite será o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça. Analisando essa importante questão, entendeu o Supremo Tribunal Federal que o texto constitucional estabeleceu duas possibilidades em relação ao subteto: "a) de acordo com o art. 37, XI, da CF, haveria o teto geral, válido para a União, ou seja, o subsídio de Ministro do STF. Esse mesmo dispositivo estabeleceria o teto por entidade federativa, Municípios e Estados-membros, portanto. No âmbito dos Estados-membros, o art. 37, XI, preconizaria a possibilidade de subtetos por Poder. Desse modo, no âmbito do Executivo, seria o do governador; no âmbito do Legislativo, o de deputado; no âmbito do Judiciário, o de desembargador; e b) de acordo com o § 12 do art. 37 da CF, haveria, no âmbito dos Estados-membros,

um teto único para os Poderes, representado pelo subsídio de desembargador. Portanto, ou o subteto seria fixado de acordo com o respectivo Poder, ou seria único".[77] Observe-se, porém, que nos termos da Constituição Federal, o teto constitucional remuneratório não se aplica em relação aos salários pagos por empresas públicas e sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que não recebam recursos da Fazenda Pública;[78]

- para efeitos dos limites estabelecidos no item anterior, a EC nº 47/05 (CF, art. 37, § 11), expressamente, excluiu as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei.[79] Trata-se de norma autoaplicável, uma vez que a citada emenda constitucional determinou, ainda, como regra de transição (art. 4º, EC nº 47/05), a aplicação de toda legislação em vigor, na data da publicação da EC nº 41/03, definidora de *parcelas de caráter indenizatório,* enquanto o Congresso Nacional não editar lei específica sobre o assunto;
- os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo;
- é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração pessoal do serviço público.[80] Sendo, conforme decidiu o STF, "inconstitucional norma estadual que vincule subsídios de agentes políticos de distintos entes federativos, de modo que qualquer aumento no valor dos subsídios de um resulte, automaticamente, aumento no de outro",[81] inclusive, vedando-se a vinculação do valor do subsídio dos deputados estaduais ao dos deputados federais;[82]
- os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados, para fins de concessão de acréscimos ulteriores;[83] a Constituição em vigor veda o

denominado *efeito-repicão*, isto é, que uma mesma vantagem seja repetitivamente computada, alcançando a proibição os proventos da aposentadoria;[84]

- o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39 § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;[85]
- a administração fazendária e seus servidores fiscais terão, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais setores administrativos, na forma da lei;
- somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação,[86] cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de atuação.[87] Observe-se que o STF decidiu pela não aplicação da obrigatoriedade do regime jurídico único preconizado pelo art. 39 da CF aos Conselhos Profissionais pois, apesar de serem autarquias corporativas criadas por lei com outorga para o exercício de atividade típica do Estado, possuem maior grau de autonomia administrativa e financeira, constituindo espécie *sui generis* de pessoa jurídica de direito público não estatal. Dessa forma, a Corte declarou a "constitucionalidade da legislação que permite a contratação no âmbito dos Conselhos Profissionais sob o regime celetista";[88]
- depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada;
- ressalvados os casos especificados na legislação, obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de

pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações;

- as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio.[89] Nos termos da EC nº 42/03, compete, privativamente, ao Senado Federal avaliar periodicamente a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional, em sua estrutura e seus componentes, e o desempenho das administrações tributárias da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios;
- a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos;
- a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: as reclamações relativas a prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; a disciplina da representação contra o

exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública;

- a lei disporá sobre os requisitos e as restrições ao ocupante de cargo ou emprego da administração direta e indireta que possibilite o acesso a informações privilegiadas;
- a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: o prazo de duração do contrato; os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidades dos dirigentes; a remuneração do pessoal;
- é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI, do art. 37 (teto remuneratório);[90]
    a. a de dois cargos de professor;
    b. a de um cargo de professor com outro, técnico ou científico;
    c. a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas. (EC nº 34/01);
- a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público.[91]

A EC nº 77, de 11 de fevereiro de 2014, estendeu aos profissionais de saúde das Forças Armadas a possibilidade de cumulação de cargo prevista pelo art. 37, XVI, *c* do texto constitucional, estabelecendo que não será

necessário ao militar em atividade, que acumular mais um cargo de saúde, ser transferido para a reserva ou mesmo ficar na condição de agregado.

Nessa hipótese, entendeu o Supremo Tribunal Federal, que nas "situações jurídicas em que a Constituição Federal autoriza a acumulação de cargos, o teto remuneratório é considerado em relação à remuneração de cada um deles, e não ao somatório do que recebido".[92]

3.1 Fixação do teto salarial do funcionalismo

Conforme a Emenda Constitucional nº 41/03, a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo,[93] o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos (CF, art. 37, XI).[94]

Em respeito, porém, ao autogoverno dos entes federativos, a EC nº 47/05 permitiu a fixação de específico *subteto salarial estadual/distrital*, desde que com edição de emendas às respectivas Constituições estaduais ou à Lei Orgânica do Distrito Federal (CF, § 12, art. 37). Assim, os estados-

membros e o Distrito Federal poderão alterar suas respectivas legislações, no sentido de estabelecer um limite único para todos os servidores estaduais ou distritais, exceptuando-se os parlamentares. Esse limite será o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça (90,25% do subsídio dos Ministros do STF). Da mesma maneira, a fixação de subtetos remuneratórios com previsão de limites distintos para as entidades políticas, bem como para os Poderes, no âmbito dos estados e do Distrito Federal, como entendeu o STF, não ofende o princípio da igualdade.[95]

Trata-se de discricionariedade do estado-membro/Distrito Federal, que analisará politicamente a conveniência e a oportunidade de realizar alterações em suas Cartas locais, para estender a outras carreiras públicas o que o art. 37, XI, excepcionou somente aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e Defensores Públicos. Não há obrigatoriedade de tratamento uniforme por todos os estados-membros, pois na ausência de previsão específica nas respectivas Constituições estaduais/Lei Orgânica permanecerá como *subteto salarial estadual/distrital*, no âmbito do Poder Executivo, os subsídios do Governador (CF, art. 37, XI).[96]

O texto do inciso XI, do art. 37 é autoaplicável, pois conforme o art. 8º, da referida EC nº 41/03, até que seja fixado o teto remuneratório geral, correspondente ao valor do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, será considerado, para os fins de limite remuneratório, o valor da maior remuneração atribuída por lei na data da publicação da emenda constitucional a Ministro do Supremo Tribunal Federal, a título de vencimento, de representação mensal e da parcela recebida em razão de tempo de serviço.

Dessa forma, decidiu o STF que, enquanto não fosse editada lei sobre o assunto, o *teto salarial* seria a maior remuneração concedida aos seus Ministros, correspondente aos vencimentos do Ministro-Presidente, no *quantum* de R$ 19.115,19.[97] O Congresso Nacional, posteriormente, aprovou projeto de lei, estabelecendo o subsídio – em parcela única – dos

Ministros do Supremo Tribunal Federal em R$ 21.500,00, até 31 de dezembro de 2005, passando para R$ 24.500,00, a partir de 1º de janeiro de 2006.

A EC nº 41/03, portanto, afastou o entendimento da necessidade de edição de lei ordinária, de iniciativa conjunta do Presidente da República, dos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e do Presidente do Supremo Tribunal Federal, para a fixação do teto salarial, e, consequentemente, para concessão de aplicabilidade ao texto constitucional. A citada emenda constitucional afastou, também, a própria iniciativa conjunta para fixação do subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal, dando nova redação ao inciso XV do art. 48 da Constituição Federal.[98]

Observe-se que esse dispositivo aplica-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral (CF, art. 37, § 9º).[99] As duas Turmas do Supremo Tribunal Federal já haviam firmado jurisprudência no sentido de que as vantagens de caráter pessoal não deveriam ser computadas em virtude do teto original previsto no inciso XI, do art. 37, da Constituição Federal.[100] Com a promulgação da EC nº 19/98, passamos a entender que não haveria mais dúvidas sobre a inclusão das vantagens pessoais para fins de *teto salarial*, para a fixação de subsídios futuros. Esse entendimento foi reforçado pela atual redação do inciso XI, do art. 37, dada pela EC nº 41/03.

Para efeito do *teto salarial do funcionalismo,* a EC nº 47/05, expressamente, excluiu as parcelas de caráter indenizatório previsto em lei. Trata-se de norma autoaplicável, uma vez que a citada emenda constitucional determinou, ainda, como regra de transição a aplicação de toda legislação em vigor, na data da publicação da EC nº 41/03, definidora

de *parcelas de caráter indenizatório,* enquanto o Congresso Nacional não editar lei específica sobre o assunto.

Interpretando o novo texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal excluiu do limite previsto para o teto salarial a cumulação remunerada dos vencimentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal com a verba remuneratória pela prestação de serviços eleitorais no TSE, por tratar-se de *munus* constitucional.[101] Igualmente, o Supremo Tribunal Federal decidiu que nas "situações jurídicas em que a Constituição Federal autoriza a acumulação de cargos, o teto remuneratório é considerado em relação à remuneração de cada um deles, e não ao somatório do que recebido".[102]

A EC nº 47/05 permitiu, ainda, a fixação de específico *subteto salarial estadual/distrital,* desde que com edição de emendas às respectivas Constituições estaduais ou à Lei Orgânica do Distrito Federal (CF, § 12, art. 37). Assim, os Estados-membros e o Distrito Federal poderão alterar suas respectivas legislações, no sentido de estabelecer um limite único para todos os servidores estaduais ou distritais, exceptuando-se os parlamentares. Esse limite será o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça (90,25% do subsídio dos Ministros do STF), sendo inconstitucionais previsões estaduais que estabeleçam como limite remuneratório único dos servidores públicos estaduais, o valor do subsídio dos ministros do Supremo Tribunal Federal.[103]

3.2 Aplicação do teto remuneratório constitucional e do subsídio mensal dos membros e servidores do Poder Judiciário

O Conselho Nacional de Justiça, nos termos do art. 103-B, § 4º, II, da Constituição Federal e em respeito ao art. 37, XI, da citada Lei Fundamental, editou as Resoluções CNJ nºs 13 e 14, ambas de 21 de março

de 2006, dispondo, respectivamente, sobre a aplicação do teto remuneratório constitucional e do subsídio dos membros da magistratura e sobre a aplicação do teto remuneratório constitucional para os servidores do Poder Judiciário e para a magistratura dos Estados que ainda não adotem o regime de subsídios.

A Resolução CNJ nº 13/2006 estabeleceu, no âmbito do Poder Judiciário da União, o valor do teto remuneratório, correspondente ao subsídio do Ministro do Supremo Tribunal Federal fixado em lei, e, a partir dessa fixação, aplicou os dispositivos constitucionais para enumerar, nos órgãos do Poder Judiciário, o subteto remuneratório em 90,25%.

Conforme preceitua a Constituição Federal, o subsídio mensal dos magistrados constitui-se exclusivamente de parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou espécie remuneratória, de qualquer origem, inclusive, nos termos da decisão do Supremo Tribunal Federal, do adicional por tempo de serviço.[104]

A Resolução CNJ nº 13/2006 estabeleceu a seguinte classificação no tocante a relação entre *subsídios* e *verbas remuneratórias:* verbas remuneratórias extintas; verbas remuneratórias mantidas, cujo somatório com o subsídio deve respeito ao teto constitucional (*incidência do teto constitucional para a soma final*); verbas remuneratórias mantidas e limitadas *per si* pelo teto constitucional (*incidência individualizada do teto constitucional, excluído o somatório)*; verbas remuneratórias excluídas do subsídio e da incidência do teto remuneratório (conferir arts. 4º até 8º da citada resolução).

Em relação à classificação de verbas remuneratórias mantidas e limitadas *per si* pelo teto constitucional (*incidência individualizada do teto constitucional, excluída o somatório*), importante destacar que não podem exceder o valor do teto remuneratório, embora não se somem entre si e nem

com a remuneração do mês em que se der o pagamento: adiantamento de férias, décimo terceiro salário e terço constitucional de férias.

No tocante a verbas excluídas da incidência do teto remuneratório constitucional, o art. 8º da Resolução CNJ nº 13/2006 enumera:

- *de caráter indenizatório, previstas em lei*: ajuda de custo para mudança e transporte; auxílio-moradia; diárias; auxílio-funeral; indenização de transporte; outras parcelas indenizatórias previstas na Lei Orgânica da Magistratura Nacional de que trata o art. 93 da Constituição Federal;
- *de caráter permanente*: remuneração ou provento decorrente do exercício do magistério, nos termos do art. 95, parágrafo único, I, da Constituição Federal (acumulação remunerada de cargo de magistrado e professor); benefícios percebidos de planos de previdência instituídos por entidades fechadas, ainda que extintas;
- *de caráter eventual ou temporário*: auxílio pré-escolar; benefícios de plano de assistência médico-social; devolução de valores tributários e/ou contribuições previdenciárias indevidamente recolhidos; gratificação pelo exercício de função eleitoral; gratificação de magistério por hora-aula proferida no âmbito do Poder Público; bolsa de estudo que tenha caráter remuneratório;
- *abono de permanência em serviço equivalente, no máximo, ao valor da contribuição previdenciária (art. 40, § 19 – EC nº 103/2019).*

Em relação aos servidores do Poder Judiciário e para os membros da magistratura dos Estados que ainda não tenham adotado o subsídio, a Resolução nº 14, de 21 de março de 2006, estabeleceu a autoaplicabilidade do teto remuneratório estadual, em 90,25% do subsídio dos Ministros do

Supremo Tribunal Federal (art. 1º, parágrafo único). No entanto, o STF declarou inconstitucional o art. 1º, parágrafo único, da Resolução 14/2006, bem como o art. 2º da Resolução 13/06, afastando "a submissão dos membros da magistratura estadual da regra do subteto remuneratório".[105]

Ainda no intuito de garantir a plena efetividade das normas constitucionais referentes ao sistema remuneratório do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça editou duas importantes medidas (art. 5º da Resolução nº 14/2006):

- vedação ao Poder Judiciário dos Estados em propor alteração nas leis que dispõem sobre verbas remuneratórias dos magistrados, salvo para reestruturação das carreiras com fixação do subsídio;
- vedação na concessão, após a vigência do teto remuneratório constitucional fixado, vantagens pecuniárias automáticas em razão da alteração do subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Ficou, ainda, vedada a concessão de adicionais ou vantagens pecuniárias não previstas na LOMAN (LC 35/79), bem como em bases e limites superiores aos nela fixados.

4 CONCURSO PÚBLICO

Os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros, natos ou naturalizados, aos portugueses equiparados que preencham os requisitos estabelecidos em lei e, desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 19, em 4-6-1998, aos *estrangeiros,* na forma da lei,[106] sendo vedada qualquer possibilidade de discriminação abusiva, que desrespeite o princípio da igualdade,[107] por flagrante inconstitucionalidade.

Aos brasileiros naturalizados e aos portugueses equiparados somente não são acessíveis os cargos previstos no art. 12, § 3º (Presidente e Vice-presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado Federal, Ministros do Supremo Tribunal Federal, carreira diplomática, oficiais das Forças Armadas e Ministro de Estado da Defesa), da Constituição Federal e os seis assentos no Conselho da República, previstos no art. 89, VII, da CF.

Em relação aos estrangeiros, trata-se de alteração saudável em nossa legislação constitucional, uma vez que o acesso aos cargos e empregos públicos está englobado em uma previsão fundamental maior, a do inciso XIII do art. 5º da Constituição Federal, que consagra o direito fundamental de profissão, arte e ofício, aplicável tanto a brasileiros quanto a estrangeiros, não se justificando uma vedação absoluta do estrangeiro ao acesso aos cargos e empregos públicos. Ressalte-se que essa vedação absoluta não existia na vigência das duas Constituições anteriores. Pontes de Miranda, ao comentar o art. 184 da Constituição de 1946 ("*Os cargos públicos são acessíveis, a todos os brasileiros, observados os requisitos que a lei estabelecer*"), observava que "o princípio de igual acessibilidade dos cargos públicos aos Brasileiros não excluiria, por si só, a lei que permitisse entrada no serviço público a estrangeiros; porém há princípio de privilégio dos Brasileiros natos e princípio de privilégio dos Brasileiros em geral, conforme ressalta em textos expressos da Constituição".[108] Analisando a situação na vigência da Constituição anterior (CF, art. 97), Celso de Mello afirmava que "os *estrangeiros,* aí incluídos os portugueses que não requererem os benefícios da equiparação, não podem titularizar cargos públicos entre nós. Podem, no entanto, ser *contratados* pela Administração Pública".[109]

Seguiu-se, portanto, a tendência iniciada com a Emenda Constitucional nº 11/96, que facultou as universidades admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei.

O acesso de estrangeiros aos cargos, empregos e funções públicas não ocorrerá imediatamente a partir da Emenda Constitucional nº 19/98, por tratar-se de norma constitucional de eficácia limitada à edição de lei, que estabelecerá a necessária forma.[110] Essa lei não poderá, logicamente, estabelecer diferenciações arbitrárias e abusivas, privilegiando determinados estrangeiros em detrimento de outros, tão somente em razão do país de origem. Ressalte-se, por fim, que essa nova previsão constitucional aplica-se igualmente aos estrangeiros residentes ou não no país, uma vez que a norma constitucional poderá ser utilizada, a partir da edição da necessária lei, para permitir a acesso a cargos, empregos ou funções públicas em repartições brasileiras no exterior (como por exemplo: tradutor oficial, contínuos, motoristas, recepcionistas de consulados etc.).[111]

Existe, assim, um verdadeiro *direito de acesso aos cargos, empregos* e *funções públicas*, sendo o cidadão e o estrangeiro, na forma da lei, verdadeiros agentes do poder, no sentido de ampla possibilidade de participação da administração pública.

A investidura em cargo ou emprego público[112] depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.[113]

Nesse sentido, o STF editou a Súmula nº 685: "É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido", e, posteriormente, a Súmula Vinculante nº 43 ("É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido").

Dessa forma, o STF afastou a possibilidade da manutenção de advogados contratados sem concurso público para exercer cargo em defensoria pública estadual depois de promulgada a Constituição Federal de 1988, afirmando que "os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima não podem justificar a manutenção no cargo de candidato admitido sem concurso público".[114]

A primeira exceção constitucional exige que a lei determine expressamente quais os *cargos de confiança* que poderão ser providos por pessoas estranhas ao funcionalismo público e sem a necessidade do concurso público.

Ressalte-se que a alteração da redação do inciso V, do art. 37, pela EC nº 19/98, determinando que as *funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira, nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento*, não alterou esse quadro, permitindo-se, ainda, a delegação do exercício de funções de confiança a pessoas que não pertençam aos quadros da Administração, desde que essas funções não sejam de *direção, chefia e assessoramento.*[115]

Outra exceção prevista constitucionalmente, permitindo-se a contratação *temporária* sem concurso público, encontra-se no art. 37, IX, da Constituição Federal. O legislador constituinte manteve disposição relativa à contratação para serviço temporário e de excepcional interesse público, somente nas hipóteses previstas em lei.[116]

Dessa forma, três são os requisitos obrigatórios para a utilização dessa exceção, *muito perigosa,* como diz Pinto Ferreira,[117] por tratar-se de uma *válvula de escape* para fugir à obrigatoriedade dos concursos públicos, sob pena de flagrante inconstitucionalidade:

- excepcional interesse público;

- temporariedade da contratação;
- hipóteses expressamente previstas em lei.[118]

A lei mencionada no inciso IX do art. 37 da Constituição é a lei editada pela entidade contratadora,[119] ou seja, lei federal, estadual, distrital ou municipal, conforme a respectiva competência legislativa constitucional.

Conforme destacado por nossa Corte Suprema, não será possível a contratação temporária por lei que fixa "hipóteses abrangentes e genéricas de contratação, sem definir qual a contingência fática emergencial apta a ensejá-la", bem como "para o exercício de serviços típicos de carreira e de cargos permanentes de Estado, sem concurso público ou motivação de excepcional relevância que a justificasse",[120] ou "a autorização legislativa genérica para contratação temporária e a permissão de prorrogação indefinida do prazo de contratações temporárias".[121]

O Supremo Tribunal Federal, ressalvadas as exceções constitucionais, é intransigente em relação à imposição à efetividade do princípio constitucional do concurso público,[122] como regra a todas as admissões da administração pública, vedando expressamente tanto a ausência deste postulado, quanto seu afastamento fraudulento, através de transferência de servidores públicos para outros cargos diversos daquele para o qual foi originariamente admitido.[123]

Dessa forma, as autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista estão sujeitas à regra, que envolve a administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Sociedade de economia mista destinada a explorar atividade econômica está igualmente sujeita a esse princípio, que não colide com o expresso no art. 173, § 1º. Exceções ao princípio, se existem, estão previstas na própria Constituição.[124] Assim, apesar de o regime de pessoal das entidades paraestatais ser o mesmo dos empregados de empresas privadas, sujeitos à CLT, às normas acidentárias e à justiça

trabalhista (CF, art. 114), permanece a obrigatoriedade do postulado do concurso público, mesmo para as empresas que exerçam atividades econômicas, salvo, obviamente, para os cargos ou funções de confiança, por serem instrumento de realização concreta dos princípios constitucionais da isonomia e da impessoalidade.

Os Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, igualmente, encontram-se vinculados, em face de explícita previsão constitucional (art. 37, *caput*), aos princípios que regem a administração pública, entre os quais ressalta, como vetor condicionante da atividade estatal, a exigência de observância do postulado do concurso público (art. 37, II). Além disso, quando contratarem servidores sob o regime da legislação trabalhista, sujeitar-se-ão às regras de reajuste salarial estabelecidas pela própria União.[125]

Importante, também, ressaltar que, a partir da Constituição de 1988, a absoluta imprescindibilidade do concurso público não mais se limita à hipótese singular da primeira investidura em cargos, funções ou empregos públicos, impondo-se às pessoas estatais como regra geral de observância compulsória, inclusive às hipóteses de transformação de cargos e a transferência de servidores para outros cargos ou para categorias funcionais diversas das iniciais, que, quando desacompanhadas da prévia realização do concurso público de provas ou de provas e títulos, constituem formas inconstitucionais de provimento no serviço público, pois implicam o ingresso do servidor em cargos diversos daqueles nos quais foi ele legitimamente admitido. Dessa forma, claro o desrespeito constitucional para investiduras derivadas de prova de títulos e da realização de concurso interno, por óbvia ofensa ao princípio isonômico.[126]

Em conclusão, a investidura em cargos ou empregos públicos depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos, não havendo possibilidade de edição de lei que, mediante agrupamento de carreiras, opere transformações em cargos, permitindo que os ocupantes dos

cargos originários fossem investidos nos cargos emergentes, de carreira diversa daquela para a qual ingressaram no serviço público, sem concurso público.[127]

O princípio constitucional que exige concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, para a investidura em cargo ou emprego público, aplica-se integralmente ao caso do titular de serventias judiciais (art. 37, II, da CF), e também para o ingresso na atividade notarial e de registro (art. 236, § 3º, da CF).[128]

O prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período. Durante esse prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira.[129] Uma vez expirado o prazo de validade do concurso, entretanto, a expectativa de direito dos aprovados desfaz-se.[130]

Inexiste, portanto, direito subjetivo do candidato aprovado em concurso público à nomeação, que depende da vontade política e discricionária da Administração, pois, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal, "o direito do candidato aprovado em concurso público de provas, ou de provas e títulos, ostenta duas dimensões: (1) o implícito direito de ser recrutado segundo a ordem descendente de classificação de todos os aprovados (concurso é sistema de mérito pessoal) e durante o prazo de validade do respectivo edital de convocação (que é de dois anos, prorrogável, apenas uma vez, por igual período); (2) o explícito direito de precedência que os candidatos aprovados em concurso anterior têm sobre os candidatos aprovados em concurso imediatamente posterior, contanto que não escoado o prazo daquele primeiro certame; ou seja, desde que ainda vigente o prazo inicial ou o prazo de prorrogação da primeira competição pública de provas, ou de provas e títulos. Mas ambos os direitos,

acrescente-se, de existência condicionada ao querer discricionário da administração estatal quanto à conveniência e oportunidade do chamamento daqueles candidatos tidos por aprovados".[131]

Observe-se, porém, que o Supremo Tribunal Federal entendeu que, salvo a presença de excepcional justificativa, "a Administração Pública estaria vinculada às normas do edital e que seria, inclusive, obrigada a preencher as vagas previstas para o certame dentro do prazo de validade do concurso", ou seja, relativizando seu tradicional posicionamento, decidiu "no sentido de haver direito subjetivo à nomeação, caso as vagas estejam previstas no edital".[132]

Por fim, ressalte-se que a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão, através de concurso público. Nesse sentido, o STF declarou inconstitucional decreto que pretendia excluir a possibilidade de adaptação de provas físicas para candidatos com deficiência, entendendo que, "de acordo com o art. 2º da Convenção de Direitos das Pessoas com Deficiência CDPD, a recusa de adaptação razoável é considerada discriminação por motivo de deficiência". A Corte concluiu ser "inconstitucional a interpretação que exclui o direito de candidatos com deficiência à adaptação razoável em provas físicas de concursos públicos", bem como ser "inconstitucional a submissão genérica de candidatos com e sem deficiência aos mesmos critérios em provas físicas, sem a demonstração da sua necessidade para o exercício da função pública".[133]

5 DIREITOS SOCIAIS DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (LIVRE ASSOCIAÇÃO SINDICAL E GREVE)

A Constituição Federal ampliou os direitos sociais dos servidores públicos civis, permitindo-lhes tanto o direito à livre associação sindical

quanto o direito de greve, este último exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica.[134]

A Constituição Federal expressamente proíbe a sindicalização e o direito de greve ao servidor público militar (CF, art. 142, § 3º, IV – incluído pela EC nº 18, de 5 de fevereiro de 1998).

O legislador constituinte adotou tendência moderna em relação aos direitos sociais, consagrada na Convenção 87, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Liberdade Sindical e Proteção do Direito Sindical, e Convenção 151, de 1978, que trata da Proteção Especial ao Direito de Organização e aos Procedimentos de Determinação das Condições de Emprego na Função Pública, cujo art. 9º proclama que

> "os funcionários públicos devem beneficiar-se, como os demais trabalhadores, dos direitos civis e políticos que são essenciais ao exercício normal da liberdade sindical, sob só a reserva das obrigações que lhe venham por seu estatuto e da natureza das funções que exercem".

No tocante ao exercício do direito de greve, a jurisprudência firmou-se no sentido de não ser autoaplicável, principalmente nos chamados *serviços essenciais,* inscritos no art. 37, VII, da Constituição Federal, dependendo, para seu amplo exercício, de regulamentação disciplinada em Lei.[135] Dessa forma, entende-se a legitimidade do ato da administração pública que promove o desconto dos dias não trabalhados pelos servidores públicos-grevistas.[136]

Atualmente, porém, o Supremo Tribunal Federal, alterando seu antigo posicionamento, julgou, antes da edição da Lei nº 13.300/16, procedente mandado de injunção adotando a posição concretista geral. Dessa forma, a Corte conheceu do mandado de injunção relativo à efetividade da norma prevista no art. 37, VII, da Constituição Federal (*direito de greve do servidor público*) e decidiu no sentido de suprir a lacuna legislativa,

determinando, em regra, a aplicação de legislação existente para o setor privado; porém, possibilitando, quando tratar-se de serviços ou atividades essenciais, de fixação de regime de greve mais severo.[137]

Observe-se, porém, que nesses mandados de injunção a Corte decidiu pela inaplicabilidade do direito de greve a determinados servidores públicos (forças policiais, por exemplo), conforme salientado, "em razão da índole de determinadas atividades públicas", tendo salientado ainda, "Servidores públicos que exercem atividades relacionadas à manutenção da ordem pública e à segurança pública, à administração da Justiça – aí os integrados nas chamadas carreiras de Estado, que exercem atividades indelegáveis, inclusive as de exação tributária – e à saúde pública. A conservação do bem comum exige que certas categorias de servidores públicos sejam privadas do exercício do direito de greve. Defesa dessa conservação e efetiva proteção de outros direitos igualmente salvaguardados pela Constituição do Brasil".[138]

Posteriormente, em relação aos servidores públicos integrantes das carreiras de segurança pública, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela vedação absoluta ao exercício do direito de greve.[139] Conferir item 3.1 no Capítulo 13.

O Supremo Tribunal Federal definiu, ainda, a competência da Justiça Comum para conhecer e julgar o dissídio coletivo de greve de serviços ou atividades públicas essenciais,[140] inclusive para processar e julgar causa que tem por objeto a abusividade de greve de servidores públicos regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).[141]

Em face da inércia de regulamentação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, o Supremo Tribunal Federal definiu, também, a possibilidade de desconto ou compensação dos dias de paralisação, salvo se ficar comprovado que o motivo da greve foi a conduta ilícita do Poder Público.[142]

Igualmente determina o § 3º do art. 39, com a redação dada pela EC nº 19/98, que se aplica aos servidores ocupantes de cargo público os seguintes direitos sociais (CF, art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX):

- salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada a sua vinculação para qualquer fim;
- garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;
- décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;
- remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;
- salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;[143]
- duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e 44 semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;
- repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;
- remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% à do normal;
- gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
- licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 120 dias. Nos termos do § 3º, do artigo 9º da EC nº 103/19, o salário maternidade será pago diretamente pelo ente

federativo e não correrão por conta do regime próprio de previdência social ao qual o servidor se vincula;

- licença-paternidade, nos termos fixados em lei;
- proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
- redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;
- proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

Ressalte-se que a EC nº 19/98, aparentemente, suprimiu dois direitos sociais dos servidores ocupantes de cargos públicos, anteriormente previstos pela redação originária da Constituição de 1988: *irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo* (CF, art. 7º, VI) e *adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei* (CF, art. 7º, XXIII). Em relação, porém, à garantia da irredutibilidade do salário, permanece a garantia, conforme o inciso XV, do art. 37, com a nova redação que lhe deu a EC nº 19/98 ("o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I").

Destaca-se, porém, que em relação a outra hipótese, a supressão da incidência de um direito social (art. 7º, XXIII), aos servidores públicos gerará polêmica, pois, apesar de não haver manifestação conclusiva do Supremo Tribunal Federal, na fundamentação de seus votos, em sede de ação direta de inconstitucionalidade (Adin nº 939-07/DF), o Ministro Carlos Velloso[144] referiu-se aos direitos e garantias sociais como cláusulas pétreas,[145] enquanto o Ministro Marco Aurélio[146] afirmou a relação de continência dos direitos sociais dentre os direitos individuais previstos no

art. 60, § 4º, da Constituição Federal, e, consequentemente, imutáveis.[147] Igualmente, na doutrina, Ivo Dantas ao afirmar a aplicabilidade imediata dos direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição Federal, fundamenta com o seguinte raciocínio: "sua imediata aplicabilidade, em obediência ao que está determinado no parágrafo 1º do art. 5º, sobretudo porque, os Direitos do Trabalhador são Direitos Individuais, e só encontrarão as barreiras do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada".[148] Afirma, ainda, o citado autor que "alguns direitos dos servidores públicos que, embora topograficamente fora do art. 5º, são, materialmente, direitos individuais".[149]

Concordamos com as posições sustentadas acima, pois entendemos que alguns direitos sociais, enquanto direitos fundamentais, são cláusulas pétreas, na medida em que refletem os direitos e garantias individuais do trabalhador, uma vez que, nossa Constituição Federal determinou a imutabilidade aos *direitos e garantias individuais*, estejam ou não no rol exemplificativo do artigo 5º.[150] (CF, art. 60, § 4º, IV), pois os direitos sociais caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da *igualdade social*, que configura um dos *fundamentos de nosso Estado Democrático,* conforme preleciona o art. 1º, IV. Como um dos princípios fundamentais da República, os *valores sociais* devem, no dizer de Raul Machado Horta, servir "à interpretação da Constituição, para extrair dessa disposição formal a impregnação valorativa dos Princípios Fundamentais, sempre que eles forem confrontados com atos do legislador, do administrador e do julgador", motivo pelo qual o citado mestre classifica nossa constituição como *Constituição Plástica*.[151]

Não foi outro o entendimento unânime do Supremo Tribunal Federal, ao analisar o limite máximo para os valores dos benefícios do regime geral de previdência social previsto pela EC nº 20/98, afirmando que o mesmo

“não se aplica à licença maternidade a que se refere o art. 7º, XVIII, da CF, respondendo a Previdência Social pela integridade do pagamento da referida licença”, pois, “tendo em vista que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (CF, art. 60, § 4º, IV)”, o Tribunal afastou “a exegese segundo a qual a norma impugnada imputaria o custeio da licença-maternidade ao empregador, concernente à diferença dos salários acima de R$ 1.200,00, porquanto esta propiciaria a discriminação por motivo de sexo, ofendendo ao art. 7º, XXX, que é um desdobramento do princípio da igualdade entre homens e mulheres (CF, art. 5º, I). Levou-se em consideração também que, entre os objetivos fundamentais da República do Brasil, está o de promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, IV)”.[152]

6 SERVIDOR PÚBLICO E DATA-BASE – PRINCÍPIO DA PERIODICIDADE

A Emenda Constitucional nº 19/98 alterou a redação do inciso X do art. 37 determinando que a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices.

Ressalte-se a grande inovação dessa alteração, uma vez que expressamente previu ao servidor público o *princípio da periodicidade*, ou seja, garantiu *anualmente* ao funcionalismo público, no mínimo, uma *revisão geral,* diferentemente da redação anterior do citado inciso X, do art. 37, que estipulava que “a revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares

far-se-á sempre na mesma data", garantindo-se tão somente a simultaneidade de revisão, mas não a periodicidade.

Em virtude da redação anterior, entendia o STF que inexistia obrigatoriedade de envio do projeto de lei pelo Presidente da República, detentor da iniciativa privativa de leis que disponham sobre aumento da remuneração de servidores públicos (CF, art. 61, § 1º, II, *a*), em face da ausência do princípio da periodicidade para revisão do funcionalismo público, afirmando que:

> "não confere aos servidores públicos o direito a uma data-base. Sem estabelecer um princípio de periodicidade, esse dispositivo apenas garante a simultaneidade, generalidade e igualdade da revisão da remuneração dos servidores públicos civis e militares. Em consequência, o Presidente da República – a quem compete com exclusividade a iniciativa de leis que disponham sobre aumento da remuneração de servidores públicos (CF, art. 61, § 1º, II, *a*) – não está obrigado a encaminhar ao Congresso Nacional projeto de lei com esse conteúdo. Baseado nesse entendimento, o Tribunal indeferiu mandando de segurança impetrado por partidos políticos, contra a alegada omissão do Presidente da República em propor ao Congresso o reajuste da remuneração dos servidores federais".[153]

Com a nova redação, obviamente, a obrigatoriedade do envio de pelo menos um projeto de lei anual,[154] tratando da reposição do poder aquisitivo do subsídio do servidor público, deriva do próprio texto constitucional.

Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tratar-se de "norma constitucional que impõe ao Presidente da República o dever de desencadear o processo de elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores da União, prevista no dispositivo constitucional

em destaque, na qualidade de titular exclusivo da competência para iniciativa da espécie, na forma prevista no art. 61, § 1º, II, *a*, da CF"; concluindo que "seu atraso configurou-se desde junho/1999, quando transcorridos os primeiros doze meses da data da edição da referida EC nº 19/98".[155]

O desrespeito ao *princípio da periodicidade* pelo detentor da iniciativa privativa de lei, entretanto, não gera direito à indenização, pois como ensina o Ministro Cezar Peluzo, sendo "privativa do Chefe do Poder Executivo a iniciativa de lei concessiva de aumento de remuneração na administração direta e autárquica, sem que caiba sequer a imposição de prazo para tanto pelo Poder Judiciário, a fixação de indenização com o fito de recompor, frente à inflação, o valor dos vencimentos de servidores, significaria, por via oblíqua, deferir o que esta Corte tem reiteradamente negado, sob o argumento de que "Depende a iniciativa da vontade política do Presidente da República e das conveniências subjetivas de sua avaliação."[156]

Dessa maneira, em sede de repercussão geral, o STF decidiu que "o Poder Judiciário não possui competência para determinar ao Poder Executivo a apresentação de projeto de lei que vise a promover a revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos, tampouco para fixar o respectivo índice de correção".[157]

Observe-se, ainda, que, a partir da edição da EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016, o descumprimento do novo regime no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, estabelecendo, para cada exercício, limites individualizados para as despesas primárias no âmbito dos três poderes, Ministério Público e Defensoria Pública, veda a aplicação do princípio da periodicidade.

7 CUMULAÇÃO DE VENCIMENTOS NO SETOR PÚBLICO

A regra constitucional (CF, art. 37, XVI) é pela vedação de qualquer hipótese de acumulação remunerada de cargos públicos, exceto quando houver *compatibilidade de horários*:

- a de dois cargos de professor;[158]
- a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;
- a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas.[159] Inclusive em relação aos médicos militares.[160]

O inciso XVI, do art. 37 aplica-se, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, às hipóteses de acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas.[161]

A possibilidade de acumulação de cargos públicos foi prevista também aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios pela Emenda Constitucional nº 101, de 3 de julho de 2019.

Essa norma de proibição de acumular estende-se, nos termos da EC nº 19/98, a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público.[162]

A Emenda Constitucional nº 19/98 criou, para as hipóteses possíveis de cumulação de cargos públicos,[163] uma limitação salarial, ao determinar que a remuneração e o subsídio, decorrentes da cumulação dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, *não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.*

Essa previsão somente não gerou algumas distorções absurdas, como, por exemplo, a impossibilidade de Ministros do Supremo Tribunal Federal poderem acumular seus subsídios com a remuneração do cargo de professor universitário, gerando a hipótese de trabalho absolutamente gratuito, por não ser autoaplicável e ter ficado aguardando a edição da inexistente lei de iniciativa conjunta para fixação do teto salarial (antiga redação do art. 48, XV, da CF).

Porém, essa regra – *em relação ao teto salarial e cumulatividade* – não só foi mantida pela atual redação do inciso XI, do art. 37, dada pela EC nº 41/03, como, também, ganhou maior complexidade, em virtude do estabelecimento de subtetos salariais nos âmbitos dos Estados, Distrito Federal e Municípios o que poderá, se interpretado literalmente, gerar os abusos anteriormente citados, impedindo, inclusive, remuneração a vários servidores públicos no exercício da atividade docente.[164]

No âmbito do Poder Judiciário e em virtude da regra específica do art. 95, parágrafo único, I, da Constituição Federal, o Conselho Nacional de Justiça estabeleceu no art. 8º, II, *a*, da Resolução nº 13, de 21 de março de 2006, que ficam excluídas da incidência do teto remuneratório constitucional as verbas permanentes referentes a remuneração ou provento decorrente do exercício do magistério.

Dessa forma, as hipóteses possíveis de cumulação de cargos públicos devem obediência aos novos tetos salariais, cuja aplicação é imediata (EC nº 41/03, art. 8º), não podendo a remuneração ou o subsídio, *decorrentes da cumulação,* dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no

Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos.

A EC nº 47/05 permitiu a fixação de específico *subteto salarial estadual/distrital*, desde que com edição de emendas às respectivas Constituições estaduais ou à Lei Orgânica do Distrito Federal (CF, § 12, art. 37). Assim, os estados-membros e o Distrito Federal poderão alterar suas respectivas legislações, no sentido de estabelecer um limite único para todos os servidores estaduais ou distritais, exceptuando-se os parlamentares. Esse limite será o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça (90,25% do subsídio dos Ministros do STF), conforme anteriormente analisado.

As regras constitucionais de cumulação de vencimentos no setor público são de observância obrigatória aos Estados-membros e municípios que não poderão afastar-se das hipóteses taxativamente previstas pela Constituição Federal.[165]

Conforme decidiu o Tribunal Superior Eleitoral, o momento inicial para a verificação da vedação de acumulação de proventos e vencimentos, nos termos do art. 37, XVI, da Constituição Federal é a data da promulgação da Constituição de 1988 e não a data estabelecida pelo TCE, cujas decisões não possuem caráter vinculante.[166]

O Supremo Tribunal Federal, interpretando a referida previsão constitucional concluiu que, igualmente, não se podem acumular proventos com remuneração na atividade, quando os cargos efetivos de que decorrem ambas as remunerações não sejam acumuláveis na atividade.[167]

A Emenda Constitucional nº 20/98 havia reiterado esse posicionamento jurisprudencial ao estabelecer ser vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria com a remuneração de cargo, emprego ou função pública. Porém, ressalvou os cargos constitucionalmente acumuláveis, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.[168]

Ressalte-se, porém, que a EC nº 20/98[169] trouxe uma regra de transição, inalterada pela EC nº 41/03, estabelecendo que essa vedação não se aplica aos membros de poder e aos inativos, servidores e militares, que até a sua publicação tenham ingressado novamente no serviço público por concurso público de provas ou de provas e títulos, e pelas demais formas previstas na Constituição Federal.

Em ambas as hipóteses, previstas nos parágrafos anteriores, haverá a possibilidade de acumulação de proventos de aposentadoria com a remuneração de cargo, emprego ou função pública,[170] respeitando-se, porém, o limite do teto salarial do funcionalismo público, previsto pelo inciso XI, do art. 37, cuja aplicabilidade é imediata, nos termos do art. 8º da EC nº 41/03, ou seja, a cumulação não poderá exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos, ou o específico *subteto estadual/distrital* fixado pelas respectivas Constituições estaduais ou Lei Orgânica do Distrito Federal, nos termos já analisados e expressos no § 12 do art. 37 da Constituição Federal (EC nº 47/05).

Assim, salvo as hipóteses acima, a acumulação de proventos e vencimentos somente é permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade, na forma permitida pela Constituição,[171] inclusive proibindo a Constituição que o juiz exerça, ainda que em disponibilidade ou mesmo aposentado, outro cargo ou função pública, salvo uma de magistério (art. 95, parágrafo único, inciso I), pois:

> "O instituto de aposentadoria é, antes de tudo, uma conquista social, fundada em um princípio de justiça que não permite o abandono na miséria, depois da velhice ou da invalidez, daquele que prestou o seu serviço ao Estado" (Themístocles Cavalcanti) "e não um meio de ganhar mais do Estado, num país em que o desemprego alcança taxas altíssimas."[172]

Além disso, a EC nº 103/2019 estabeleceu a vedação à percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime previdenciário do art. 40 da Constituição Federal, ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis constitucionalmente, aplicando-se outras vedações, regras e condições para a acumulação de benefícios previdenciários estabelecidas no Regime Geral de Previdência Social.[173] Nesses casos, em que será permitida constitucionalmente a acumulação de duas aposentadorias, não haverá possibilidade de se exceder o valor referente ao subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Note-se que, mesmo na hipótese excepcional onde a EC nº 20/98 permitiu a acumulação de proventos de aposentadoria com a remuneração de cargo, emprego ou função pública (CF, art. 37, § 10, cuja redação não foi alterada pela EC nº 41/03), não será possível a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime previdenciário do art. 40 da CF.[174]

8 LICITAÇÃO: INTERPRETAÇÃO DE ACORDO COM A FINALIDADE CONSTITUCIONAL

8.1 Da necessidade da licitação

O legislador constituinte, com a finalidade de preservação dos princípios da legalidade, igualdade, impessoalidade, moralidade, probidade e da própria ilesividade do patrimônio público determinou no art. 37, XXI, da Constituição Federal, a regra da obrigatoriedade da licitação.

Enquanto os particulares desfrutam de ampla liberdade na contratação de obras e serviços, a Administração Pública, em todos os seus níveis, para fazê-lo, precisa observar, como regra, um procedimento preliminar determinado e balizado na conformidade da legislação. Em decorrência dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e probidade administrativa, os contratos que envolvem responsabilidade do erário público necessitam adotar a licitação, sob pena de invalidade, ou seja, devem obedecê-la com rigorosa formalística como precedente necessário a todos os contratos da administração, visando proporcionar-lhe a proposta mais vantajosa e dar oportunidade a todos de oferecerem seus serviços ou mercadorias aos órgãos estatais, assegurando, assim, sua licitude. A participação da administração pública no pacto contratual compromete a *res* pública, devendo, portanto, sua conduta pautar-se pelos imperativos constitucionais e legais, bem como pela mais absoluta e cristalina transparência.

Como salienta Celso Antônio Bandeira de Mello,

> “o acatamento aos princípios mencionados empece – ou ao menos forceja por empecer – conluios inadmissíveis entre agentes governamentais e terceiros, no que se defende a atividade administrativa contra negócios desfavoráveis, levantando-se,

> ainda, óbice a favoritismo ou perseguições, inconvenientes com o princípio da igualdade".[175]

Ora, o administrador público deve pautar-se em suas condutas na Constituição e nas leis, para garantir o princípio da legalidade e o da igualdade de possibilidades de contratar com o Poder Público. Dessa forma, exigível sempre é a realização do procedimento licitatório, com o fim de afastar o arbítrio e o favorecimento.

Conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça, "o procedimento licitatório há de ser o mais abrangente possível, dando azo à participação do maior número possível de concorrentes. A escolha final há de recair sempre na proposta mais vantajosa para a Administração".[176]

Consoante esta interpretação, em regra, qualquer contratação, sem prévia e necessária licitação, não só desrespeita o princípio da *legalidade*, como vai mais além, pois demonstra *favoritismo* do Poder Público em contratar com determinada empresa, em detrimento de todas as demais, que nem ao menos tiveram oportunidade de oferecimento de propostas e verificação de condições, em frontal desrespeito ao princípio constitucional da *igualdade* (art. 5º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal).

8.2 Das hipóteses excepcionais de ausência de licitação

Como salienta José Afonso da Silva,

> "o princípio da licitação significa que essas contratações ficam sujeitas, como regras, ao procedimento de seleção de propostas mais vantajosas para a administração pública. Constitui um princípio instrumental de realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público".[177]

Ora, se a Constituição exige como regra a licitação e, excepcionalmente, admite que a lei defina os casos em que esta poderá ser afastada, claro está que o legislador constituinte propugnou na norma constitucional uma interpretação absolutamente *restrita* e *taxativa* das hipóteses infraconstitucionais de dispensa e inexigibilidade do certame licitatório, em respeito ao caráter finalístico da norma constitucional.[178]

Este objetivo, em relação à norma existente no art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, é obrigar o Poder Público a licitar, sempre que houver possibilidade de concorrência e de escolha da melhor e mais vantajosa oferta ao Poder Público, sem prejuízo ao interesse público.

A exegese constitucional indica que havendo possibilidade de concorrência, sem prejuízo ao interesse público, deverá haver licitação e somente, excepcionalmente, a dispensa ou a inexigibilidade previstas na legislação ordinária deverão ser aplicadas.

O objetivo colimado pela Constituição Federal está na previsão de que a regra geral é a da obrigatoriedade de se realizar o procedimento licitatório. No entanto, o próprio dispositivo constitucional que estatui essa obrigatoriedade (art. 37, inc. XXI, anteriormente citado) reconhece a existência de exceções à regra de licitar ao efetuar a ressalva dos casos especificados na legislação. Dessa maneira, o legislador constituinte, ao fazer essa ressalva, admitiu a possibilidade de existirem casos em que a licitação poderá deixar de ser realizada, autorizando, assim, a administração pública a celebrar contratações diretas. Tais situações, contudo, configuram-se em exceções à regra geral, sendo as hipóteses de dispensa e inexigibilidade.

Concordamos, portanto, com a conclusão de Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo de que a dispensabilidade não afasta, em princípio, e fatalmente, a incidência do requisito da licitação. Por quê? Para o homem do Direito, é muito importante que se tente sempre amarrar a construção doutrinária e a elaboração conceitual, num patamar irredutível... A licitação

existe, em termos de embasamento constitucional, para a realização dos princípios vetoriais, dos princípios fundamentais, da Lei das Leis.[179]

8.3 Da dispensa da licitação

Ao legislador ordinário, portanto, não será possível, em desrespeito aos preceitos constitucionais, estabelecer arbitrariamente hipóteses de dispensa de licitação. Se não houver razoabilidade ou compatibilidade da dispensa legal com os princípios constitucionais que norteiam a necessidade de licitação, haverá flagrante inconstitucionalidade.

A mesma obrigatoriedade exigida para o legislador, que deve, no exercício da função legiferante, visar ao fim colimado pela constituição, é imposta e deverá ser obedecida pelo Poder Judiciário, no momento de analisar as hipóteses legais de dispensa da licitação perante o caso concreto, pois sempre a interpretação deve estar de acordo com a previsão constitucional da exigibilidade do certame licitatório, não havendo, pois, possibilidade de interpretações extensivas, que alarguem as hipóteses de dispensa.

8.4 Da inexigibilidade da licitação

Diferentemente da dispensa da licitação, ocorrerão as hipóteses de inexigibilidade quando houver impossibilidade jurídica de competição entre os diversos contratantes, seja pela específica natureza do negócio, seja pelos objetivos visados pela administração pública.

Como já exaustivamente analisado, a licitação é praxe exigida constitucionalmente, e tanto o legislador quanto o intérprete deverão, sempre, procurar atingir o fim colimado pela constituição, em respeito, principalmente, aos princípios da igualdade, legalidade e moralidade pública. Contudo, existirão situações em que os interesses da administração, e consequentemente, o interesse público, ficarão mais bem resguardados

com a não realização do certame licitatório. Na inexigibilidade há a inviabilidade da licitação por impossibilidade do processo de competição entre os participantes. Dessa forma, será inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, que tornará impossível a comparação, necessária e indispensável ao certame licitatório.

Da mesma forma, Eros Roberto Grau afirma que, se houver possibilidade de competição, a licitação será indispensável, pois

> "a competição de que se trata, objetivo visado pela licitação, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quanto pretendam acesso a contratações da administração".[180]

8.5 Conclusão

A Constituição Federal exige a licitação na contratação de obras, serviços, compras e alienações da administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, pois o princípio da licitação representa exigência superior da própria moralidade administrativa e, como tal, a sua dispensa deverá ocorrer excepcionalmente em casos expressamente especificados em lei, *respeitando sempre o interesse público*.

A função de administrador da coisa pública, além de compreender a condução da unidade política, corresponde a realização de atos e contratos de natureza negocial, envolvendo bens e serviços de que necessita para o desenvolvimento das próprias atividades.

Assim, se de um lado haverá necessidade de depurar, tanto quanto possível, tais atos e contratos de toda possibilidade de riscos e prejuízos afetos, geralmente, ao particular ou à empresa privada, de outro lado, da parte dos fornecedores desses bens e serviços, ter-se-á de manter uma situação de igualdade e abrangência, diante da administração pública,

mediante a observação do processo de concorrência de todos os interessados, que é o processo de licitação. A licitação representa, portanto, a oportunidade de atendimento ao interesse público, pelos particulares, numa situação de igualdade.

Portanto, qualquer atividade do legislador ordinário, ou mesmo qualquer análise interpretativa sobre as hipóteses de dispensa e inexigibilidade da licitação, deverá ser taxativa e restritiva, em obediência aos fins colimados pela norma constitucional.

9 PUBLICIDADE DOS ATOS, PROGRAMAS, OBRAS, SERVIÇOS E CAMPANHAS DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS

Por ausência de previsão constitucional anterior, que regulamentasse a publicidade da atuação do Poder Público, tornou-se generalizada a prática de grandiosas e complexas promoções pessoais de autoridades componentes da autoridade pública, em especial, dos próprios chefes do Poder Executivo, nas três esferas da Federação, realizadas às custas do erário público.[181]

Tais hipóteses, atualmente, estão expressamente vedadas pela Constituição Federal, que determina que a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos (CF, art. 37, § 1º).

O legislador constituinte, ao definir a presente regra, visou a finalidade moralizadora, vedando o desgaste e o uso de dinheiro público em propagandas conducentes à promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos, seja por meio da menção de nomes, seja por meio de *símbolos* ou *imagens* que possam de qualquer forma estabelecer alguma conexão pessoal entre estes e o próprio objeto divulgado, pois, como destacado pelo

Ministro Joaquim Barbosa, tal conduta "afronta aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa (CF, art. 37, § 1º), em razão do uso de símbolo e de slogan político-pessoais nas diversas formas de publicidade e/ou divulgação de obras e eventos"[182] do Poder Público. E o móvel para esta determinação constitucional foi a exorbitância de verbas públicas gastas com publicidade indevida.

Como salienta Sérgio Andréa Ferreira,[183] ao comentar o art. 37, § 1º, da Constituição Federal,

> "o dispositivo em exame tem por objetivo coibir a prática das mais comuns nas administrações brasileiras, a dos governantes e administradores especialmente o chefe do poder executivo, valerem-se dos dinheiros públicos para, a pretexto de divulgar ou simplesmente identificar obras e realizações governamentais, que nada mais são do que o cumprimento das obrigações administrativas, fazerem publicidade de seus nomes, e de seus partidos, com vistas a futuras eleições. Antigamente, o expediente consistia, tão somente, em apor, na placa de aviso de realização de serviços, a menção a 'Obra do Governo...' Hoje em dia, com os meios sofisticados de publicidade, de *marketing*, de *merchandising*, de uso dos *midia* eletrônicos, de comunicação de 'massa', os gastos são colossais com a propaganda oficial. Diante do texto constitucional vigente, as formas são mais sutis, sem menção a nomes, mas constituindo, caracterizadamente, a promoção pessoal vedada pela CF. Tudo isso, é óbvio, constitucionalmente está vedado, ainda que assuma a feição de *fraude à lei*. Expediente igualmente utilizado consiste na propaganda através do Diário Oficial, inclusive de suplementos ao mesmo".

Note-se, portanto, que a publicidade não está vedada constitucionalmente, pois o princípio da publicidade dos atos estatais, e mais restritamente dos atos da administração, inserido no *caput* do art. 37, é indispensável para imprimir e dar um aspecto de moralidade à administração pública ou à atuação administrativa, visando o referido princípio, essencialmente, proteger tanto os interesses individuais, como defender os interesses da coletividade mediante o exercício do controle sobre os atos administrativos. Porém, está condicionada à plena satisfação dos requisitos constitucionais, que lhe imprimem determinados fins: caráter educativo, informativo ou de orientação social; e, ausência de nomes, símbolos ou imagens que caracterizem *promoção pessoal* de autoridades ou servidores públicos.[184]

Não poderão as autoridades públicas utilizar-se de seus nomes, de seus símbolos ou imagens para, no bojo de alguma atividade publicitária, patrocinada por dinheiro público, obterem ou simplesmente pretenderem obter promoção pessoal, devendo a matéria veiculada pela mídia ter caráter eminentemente objetivo para que atinja sua finalidade constitucional de educar, informar ou orientar, e não sirva, simplesmente, como autêntico *marketing* político.[185]

Lembremo-nos da lição precisa de Celso Bastos e Ives Gandra, citando exemplos clássicos da vida política de nosso país, ao afirmarem que "a regra é bastante rigorosa. Proíbe a aparição de imagem da autoridade e mesmo a sua referência por meio da invocação do seu *nome* ou de *qualquer símbolo* que produza igual efeito. Lembre-se que alguns políticos ficaram conhecidos por certos objetos, por exemplo, vassoura (Jânio Quadros), marmita (Hugo Borgui). *É uma lástima constatar que até agora não tenha havido uma aplicação drástica deste preceito*. Ainda é frequente ver-se nos órgãos de comunicação matérias que não atendem aos pressupostos positivos ou negativos da atividade de publicidade".

Importante ressaltar que o desrespeito aos requisitos constitucionais do art. 37, § 1º, em clara afronta aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa e da proibição expressa do uso de nome, símbolo ou imagem que caracterize promoção pessoal da autoridade, havendo, pois aproveitamento do dinheiro público para realização de *promoção pessoal*, caracteriza *ato de improbidade*, legitimando o Ministério Público, no exercício da competência contemplada no art. 129, II e III, a exercer a fiscalização do cumprimento constitucional e a aplicação das sanções previstas, constitucional e legalmente, independentemente da utilização da ação popular para anulação do ato.

Essa conduta desvirtuada do agente político, visando a sua autopromoção com a utilização de verbas públicas, afronta os princípios nucleares da ordem jurídica, com a obtenção de vantagens patrimoniais e políticas indevidas às expensas do erário, através do exercício nocivo de seu mandato político, e acarreta a infringência do art. 37, §§ 1º e 4º, da Constituição Federal, de forma, como já citado, de configurar-se ato de improbidade,[186] cujas sanções constitucionais[187] são previstas no próprio § 4º, do citado art. 37, da Carta Magna, dotado de eficácia e de sanção: os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Anote-se que a previsão das hipóteses configuradoras de atos de improbidade, bem como sua regulamentação e procedimento de responsabilização, foi dada pela Lei nº 8.429/92, com a redação dada pela Lei nº 14.230/21. O desrespeito às regras constitucionais da publicidade enquadra-se nas previsões dos arts. 9º ("Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de

atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei…") e 11, XII ("Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas: (…) XII – praticar, no âmbito da administração pública e com recursos do erário, ato de publicidade que contrarie o disposto no § 1º do art. 37 da Constituição Federal, de forma a promover inequívoco enaltecimento do agente público e personalização de atos, de programas, de obras, de serviços ou de campanhas dos órgãos públicos"), da citada lei.[188]

10 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O art. 37, § 4º, da Constituição Federal determina que os atos de improbidade administrativa importarão:[189]

- a suspensão dos direitos políticos;
- a perda da função pública. A sanção de perda da função ou cargo público engloba a possibilidade de cassação de aposentadoria;[190]
- a indisponibilidade dos bens;
- o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível.

A Constituição estabelece que a forma e a gradação das sanções decorrentes de *ato de improbidade administrativa* serão previstas em lei (Lei nº 8.429/92).

Atos de improbidade administrativa são aqueles que, possuindo natureza civil e devidamente tipificados em lei federal, ferem direta ou indiretamente os princípios constitucionais e legais da administração pública, independentemente de importarem enriquecimento ilícito ou de causarem prejuízo material ao erário público.[191]

A lei de improbidade, portanto, não pune a mera ilegalidade, mas, sim, a conduta ilegal ou imoral do agente público, e de todo aquele que o auxilie, voltada para a corrupção.[192] Na responsabilização por improbidade administrativa, deve-se observância ao princípio da intranscendência subjetiva das sanções, que, conforme preceitua o Supremo Tribunal Federal, "inibe a aplicação de severas sanções às administrações por ato de gestão anterior à assunção dos deveres públicos".[193]

A finalidade do combate constitucional à improbidade administrativa é evitar que os agentes públicos atuem em detrimento do Estado, pois, como já salientava Platão, a punição e afastamento da vida pública dos agentes corruptos pretendem fixar uma regra proibitiva, de que os servidores públicos não se deixem "induzir por preço nenhum a agir em detrimento dos interesses do Estado".[194]

O ato de improbidade administrativa exige para sua consumação um desvio de conduta do agente público, que, no exercício indevido de suas funções, afaste-se dos padrões éticos e morais da sociedade, pretendendo obter vantagens materiais indevidas ou gerar prejuízos ao patrimônio público, mesmo que não obtenha sucesso em suas intenções, como ocorre nas condutas tipificadas no art. 11 da Lei nº 8.429/92.

Assim, para que se evite o perigo de uma administração corrupta caracterizada pelo descrédito e ineficiência, o legislador editou a Lei nº 8.429/92, com o intuito de prevenir a corrosão da máquina burocrática do Estado. No dizer de Wallace Paiva Martins Júnior, "a Lei federal 8.429/92 instituiu no direito brasileiro um autêntico código da moralidade administrativa".[195]

A Lei nº 8.429/92,[196] com as alterações trazidas pela Lei nº 14.230/21, consagrou a *responsabilidade subjetiva* do servidor público, exigindo o dolo nos atos de improbidade (arts. 9º, 10 e 11).

Afastou-se, portanto, a responsabilização objetiva do servidor público,[197] pois conforme salientado pelo Superior Tribunal de Justiça, "a má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade, quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública, coadjuvados pela má intenção do administrador",[198] inexistindo a possibilidade da atribuição da responsabilidade objetiva na esfera da Lei 8.429/92".[199]

A Constituição estabelece que a forma e a gradação das sanções decorrentes de *ato de improbidade* serão previstas em lei.

Importante destacarmos duas características básicas dos atos de improbidade administrativa: *natureza civil* e *necessidade de tipificação em lei federal*.[200]

A *natureza civil* dos atos de improbidade administrativa decorre da redação constitucional, que é bastante clara ao consagrar a independência da responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa e a possível responsabilidade penal, derivadas da mesma conduta, ao utilizar a fórmula *"... sem prejuízo da ação penal cabível"*.[201]

A possibilidade de responsabilização dos agentes públicos por improbidade administrativa depende de prévia previsão legal das condutas ilícitas, sob pena de ferimento aos princípios da reserva legal e anterioridade.

Dessa forma, os agentes públicos somente podem ser responsabilizados pelo cometimento de atos de improbidade posteriores à edição da Lei nº 8.429/92, sendo vedada a aplicação do referido diploma legal retroativamente.[202] O Supremo Tribunal Federal entendeu que são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992).[203] Trata-se de previsão excepcional, pois a regra é a prescritibilidade, inclusive em relação às demais sanções previstas na lei de improbidade administrativa.[204]

Importante lembrar que os atos de improbidade administrativa já eram sancionados genericamente pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme verificado nos preceitos da Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65) e no Decreto-lei Federal nº 201/67 (responsabilidade criminal e político-administrativa dos Prefeitos e Vereadores), além das infrações penais previstas no Código Penal, no capítulo dos crimes contra Administração Pública, entre outros dispositivos.

A Lei nº 8.429/92 estabeleceu nova possibilidade de responsabilização do agente público corrupto, a responsabilidade civil por ato de improbidade

administrativa.

Em relação à inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/02, que previa foros especiais para ação de improbidade administrativa, conferir item 4.7.1 (A.4), no Capítulo 10.[205] Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça entende que não há foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa movidas contra Conselheiros de Tribunais de Contas,[206] bem como em relação aos Governadores de Estado.[207]

O Supremo Tribunal Federal decidiu que os agentes políticos, com exceção do Presidente da República, encontram-se sujeitos a duplo regime sancionatório, de modo que se submetem tanto à responsabilização civil pelos atos de improbidade administrativa quanto à responsabilização político-administrativa por crimes de responsabilidade,[208] afastando, portanto, anterior posicionamento de excluir do polo passivo da ação de improbidade administrativa todos os agentes políticos passíveis de responsabilização por crime de responsabilidade, que responderiam especificamente, por esses atos.[209]

O posicionamento anterior, além de distanciar-se da tradicional *autonomia de instâncias*, tradicionalmente consagrada no Direito brasileiro, enfraquecia o combate à improbidade administrativa e tornava mais ineficaz a luta contra a corrupção no Brasil. A CF/88, em seu art. 37, § 4º, determina as consequências para a prática de improbidade administrativa, *sem excluir qualquer agente político de sua incidência*. Não bastasse isso, a manutenção dessa posição acarretará indesejável concentração de poder para o processo e julgamento das autoridades de primeiro escalão (Ministros, Secretários de Estado etc.), pois, *via reflexa*, acabou por estabelecer *foro privilegiado*.

Em relação a deputados federais, o STF manteve o entendimento da possibilidade de serem processados por improbidade administrativa na 1ª instância, uma vez que, diferentemente dos Ministros de Estado, não estão sujeitos a Lei 1.079/50 (crime de responsabilidade).[210]

10.1 Alterações importantes no combate à improbidade administrativa trazidas pela Lei 14.230/2021

A primeira importante alteração trazida pela Lei nº 14.230/21 diz respeito à legitimidade para propositura da ação. A redação original da Lei nº 8.429/92 estabeleceu a legitimação concorrente entre o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada para a propositura da ação de improbidade administrativa.

A Lei 14.230/2021 pretendeu alterar profundamente essa previsão inicial, transformando a legitimação outrora concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada em exclusiva do *Parquet*, estabelecendo, em seu art. 17, que "a ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015".

Essa alteração foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, pois contrariou a "constitucionalização de regras rígidas de regência da administração Pública pela Constituição Federal de 1988 com a finalidade de proteção ao patrimônio público e responsabilização dos agentes públicos corruptos". Dessa maneira, nossa Corte Suprema concluiu pela "vedação à exclusividade do Ministério Público para propositura da ação por ato de improbidade administrativa e do acordo de não persecução civil (CF, art. 129, § 1º)", e estabeleceu o retorno da "legitimidade concorrente e disjuntiva entre a Fazenda Pública e o Ministério Público".[211]

Conforme destaquei no julgamento de minha relatoria, "o art. 129, § 1º, da Constituição Federal, dispõe expressamente que a legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas nesse dispositivo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto na própria Constituição e na lei… Não se desconhece que a norma constitucional em questão deixa certa margem de conformação ao legislador

infraconstitucional para a disciplina e regulamentação da legitimação desses terceiros (…) contudo, sua redação revela um comando impeditivo à previsão de exclusividade por parte do Ministério Público nas ações civis por ato de improbidade administrativa, impondo, assim, a necessidade de alguma espécie de concorrência de atuação", para concluir que "além de configurar uma espécie de monopólio inexistente sequer nas ações penais públicas, em razão da instituição da ação penal subsidiária no rol de direitos e garantias fundamentais (CF, art. 5º, LIX), a supressão da legitimidade ativa das pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa representa uma grave e inconstitucional limitação ao amplo acesso à jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), com ferimento ao princípio da eficiência (CF, art. 37, *caput*) e significativo retrocesso quanto ao imperativo constitucional de combate à improbidade administrativa, e, no limite, um injustificável obstáculo ao exercício de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para "*zelar pela guarda da Constituição*" e "*conservar o patrimônio público*" (CF, art. 23, I).

Outra alteração tentada foi com a introdução do novo art. 17-D da Lei 8.429/1992, incluído pela Lei 14.230/2021, segundo o qual a ação por improbidade administrativa "*não constitui ação civil*".

Da mesma maneira, o Supremo Tribunal Federal afastou a previsão, declarando que "ainda que a expressão possa servir para identificar a feição "*repressiva, de caráter sancionatório*" (art. 17-D da Lei nº 8.429/92) da ação por improbidade administrativa, atraindo, assim, a incidência de determinados "*princípios constitucionais do direito administrativo sancionador*" (art. 1º, § 4º, da Lei nº 8.429/92), ao legislador infraconstitucional não é dado subverter a clara opção do poder constituinte originário em qualificar a ação por improbidade administrativa como "*não penal*" (ou, mais precisamente, "*civil*", em sentido amplo), alocando-a, assim, no âmbito da responsabilidade da mesma natureza "*não penal*",

como se depreende da autonomia de instâncias prescrita pelo § 4º do art. 37 da Constituição Federal".

A Lei nº 14.230/2021 não excluiu a natureza civil dos atos de improbidade administrativa e suas sanções, pois essa *natureza civil* retira seu substrato normativo diretamente do texto constitucional, conforme reconhecido pacificamente por essa SUPREMA CORTE.[212]

No julgamento do Tema 1199 de Repercussão Geral, o Supremo Tribunal Federal analisou outras importantes alterações trazidas pela nova legislação no tocante à vedação expressa de responsabilidade objetiva ou à título culposo e à retroatividade dessa previsão e do novo sistema prescricional.[213]

A Corte decidiu pela irretroatividade da lei mais benéfica (Lei nº 14.230/21) para a responsabilidade por atos ilícitos civis de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92), em face da necessidade de observância da constitucionalização de regras rígidas de regência da administração pública e responsabilização dos agentes públicos corruptos, nos termos do art. 37 da Constituição Federal. Dessa maneira, o STF entendeu pela inaplicabilidade do art. 5º, XL, da CF ao direito administrativo sancionador por ausência de expressa previsão normativa e pela aplicação dos novos dispositivos legais somente a partir da entrada em vigor da nova lei, observado o respeito ao ato jurídico perfeito e a coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI).

O Supremo Tribunal Federal fixou as seguintes teses de repercussão geral sobre a matéria:

- "1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se – nos arts. 9º, 10 e 11 da LIA – a presença do elemento subjetivo – DOLO;
- 2) A norma benéfica da Lei nº 14.230/21 – revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa – é

IRRETROATIVA, em virtude do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes;

- 3) A nova Lei nº 14.230/21 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente;
- 4) O novo regime prescricional previsto na Lei nº 14.230/21 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei".

11 AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE

A ação civil pública é o instrumento processual adequado conferido ao Ministério Público para o exercício do controle popular sobre os atos dos poderes públicos, exigindo tanto a reparação do dano causado ao patrimônio público por ato de improbidade, quanto a aplicação das sanções do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, previstas ao agente público, em decorrência de sua conduta irregular.[214]

O art. 129, III, da Constituição Federal, estabelece como uma das funções institucionais do Ministério Público a promoção do inquérito civil e da ação civil pública, para *proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*.[215]

Essa disposição constitucional ampliou o rol previsto no art. 1º, inciso IV, da Lei Federal nº 7.347/85, para incluir a defesa, por meio de ação civil pública, de interesses transindividuais, possibilitando a fixação de responsabilidades (ressarcimentos ao erário; perda do mandato; suspensão

dos direitos políticos; aplicação de multas) por prejuízos causados não só aos interesses expressamente nela previstos, mas também quaisquer outros de natureza difusa ou coletiva, sem prejuízo da ação popular. Entre estes outros interesses não previstos na lei citada, destacam-se a defesa do *patrimônio público*, da *moralidade administrativa*, ambos de natureza indiscutivelmente difusa.

A Lei Federal nº 7.347/85 é norma processual geral para a tutela de interesses suprain- dividuais, *aplicando-se a todas as outras leis destinadas a defesa desses interesses.* Esta disposição integra-se ao art. 83 da Lei Federal nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que determina a admissão de qualquer pedido para tornar adequada e efetiva a tutela aos interesses transindividuais, ou seja, possibilita a formulação de qualquer espécie de pedido de provimento jurisdicional, desde que tenha por objetivo resguardar defesa do interesse em jogo.

Note-se, igualmente, que os arts. 110 e 117, da referida Lei nº 8.078/90, inseriram na Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) o inciso IV do art. 1º e o art. 21, estendendo, de *forma expressa*, o que a Constituição Federal havia estendido de *maneira implícita*, ou seja, *o alcance da ação civil pública à defesa de todos os interesses difusos.*

O referido inciso IV do art. 1º, introduzido no texto da Lei da Ação Civil Pública, cuida de uma norma de encerramento, exemplificativa, que se aplica a todo e qualquer direito ou interesse difuso, coletivo ou individual tratado coletivamente, ao passo que o art. 21 possibilita não apenas pedido condenatório ou cautelar, mas também qualquer pedido, de qualquer natureza.

Torna-se, pois, indiscutível a adequação dos pedidos de aplicação das sanções previstas para *ato de improbidade* à ação civil pública,[216] que constitui nada mais do que uma mera denominação das ações coletivas, às quais por igual tendem à defesa de interesses metaindividuais.

Assim, não se pode negar que a ação civil pública se trata da via processual adequada para a proteção do patrimônio público e dos princípios constitucionais da administração pública.

É esse o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, que afirmou que "o campo de atuação do MP foi ampliado pela Constituição de 1988, cabendo ao *parquet* a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, sem a limitação imposta pelo art. 1º da Lei nº 7.347/85".[217] Reiterando esse posicionamento, decidiu o STJ que "tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública visando ao ressarcimento de danos ao erário público",[218] concluindo no sentido de que "conforme alguns precedentes da Corte, é legítimo ao Ministério Público propor ação civil pública visando a proteção do patrimônio público, uma vez que o texto constitucional/88 (art. 129, III), ampliou o campo de atuação do MP, colocando-o como instituição de substancial importância na defesa da cidadania".[219]

A Lei da Ação Civil Pública é de natureza essencialmente processual, limitando-se a disciplinar os aspectos processuais da tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Alberga a lei material a relação de subordinação dos aspectos de direito material dos bens protegidos pela lei em questão.

Ao escrever sobre a ação civil pública, Hely Lopes Meirelles confirmou sua natureza eminentemente processual, afirmando que

> "a ação e a condenação devem fundar-se em disposição de alguma norma substantiva (da União, dos Estados ou Municípios) que tipifique a infração a ser reconhecida ou punida pelo Judiciário, independentemente de qualquer outra sanção administrativa ou penal, em que incida o infrator".[220]

Conclui-se, portanto, que a Lei da Ação Civil Pública é a lei processual, pelo que a hipótese motivadora da ação e possibilitadora da condenação por ato de improbidade administrativa se baseia nas disposições da Lei nº 8.429/92, norma substantiva, de direito material, que foi editada para regulamentar as sanções previstas constitucionalmente no art. 37, § 4º, da Constituição Federal,[221] corroborando-se a lição de Pazzaglini, Elias Rosa e Fazzio de que

> "ação civil pública, no caso da improbidade administrativa, é ação civil de interesse público imediato, ou seja, é a utilização do processo civil como um instrumento para a proteção de um bem, cuja preservação interessa a toda a coletividade".[222]

12 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO

A Constituição Federal prevê que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.[223]

Assim, a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público baseia-se no risco administrativo, sendo objetiva. Essa responsabilidade objetiva exige a ocorrência dos seguintes requisitos: *ocorrência do dano; ação ou omissão administrativa; existência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa* e *ausência de causa excludente da responsabilidade estatal*.[224]

O Supremo Tribunal Federal, em relação à responsabilidade civil do Poder Público, afirma:

> "A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (*RTJ* 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (*RTJ* 55/503 – *RTJ* 71/99 – *RTJ* 91/377 – *RTJ* 99/1155 – *RTJ* 131/417).

O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias – como o caso fortuito e a força maior – ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (*RDA* 137/233 – *RTJ* 55/50)."[225]

As características básicas do preceito constitucional consagrador da responsabilidade civil objetiva do Poder Público (CF, § 6º do art. 37) são:

- as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos[226] responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.[227] Importante observar que, em que pese tratar-se de pessoas físicas, a regra da responsabilidade civil objetiva do Estado abrange os atos dos tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, eventualmente, venham a causar danos a terceiros, garantindo-se o regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa.[228] Observe-se que, o § 6º do artigo 37 não transfere automaticamente a responsabilidade da Administração Pública pelos encargos trabalhistas não adimplidos no caso de contratos de terceirização, pois, conforme decidido pelo STF, "o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993";[229]
- a obrigação de reparar danos patrimoniais decorre de responsabilidade civil objetiva. Se o Estado, por suas pessoas jurídicas de direito público ou pelas de direito privado prestadoras de serviços públicos, causar danos ou prejuízos aos indivíduos, deverá reparar esses danos, indenizando-os, independentemente de ter agido com dolo ou culpa;[230]
- os requisitos configuradores da responsabilidade civil do Estado são: ocorrência do dano; nexo causal[231] entre o *eventus damni* e a ação ou omissão[232] do agente público ou do prestador de serviço público; oficialidade da conduta lesiva;[233] inexistência de causa excludente da responsabilidade civil do Estado;[234]

- no Direito brasileiro, a responsabilidade civil do Estado é objetiva, com base no risco administrativo, que, ao contrário do risco integral, admite abrandamentos. Assim, a responsabilidade do Estado pode ser afastada no caso de força maior,[235] caso fortuito, ou ainda, se comprovada a culpa exclusiva da vítima;
- havendo culpa exclusiva da vítima, ficará excluída a responsabilidade do Estado. Entretanto, se a culpa for concorrente, a responsabilidade civil do Estado deverá ser mitigada, repartindo-se o *quantum* da indenização;
- a responsabilidade civil do Estado não se confunde com as responsabilidades criminal e administrativa dos agentes públicos, por tratar-se de instâncias independentes.[236] Assim, a absolvição do servidor no juízo criminal não afastará a responsabilidade civil do Estado, se não ficar comprovada culpa exclusiva da vítima;[237]
- a indenização do dano deve abranger o que a vítima efetivamente perdeu, o que despendeu, o que deixou de ganhar em consequência direta e imediata do ato lesivo do Poder Público, ou seja, deverá ser indenizada nos danos emergentes e nos lucros cessantes, bem como honorários advocatícios, correção monetária e juros de mora, se houver atraso no pagamento. Além disso, nos termos do art. 5º, V, da Constituição Federal, será possível a indenização por danos morais;
- a Constituição Federal prevê ação regressiva contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.[238]

12.1 Responsabilidade civil do Poder Público por danos causados a alunos no recinto de estabelecimento oficial de ensino e em relação aos profissionais de imprensa

Em relação aos danos causados a alunos no recinto de estabelecimento oficial de ensino, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

> "O Poder Público, ao receber o estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física, devendo empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico, sob pena de incidir em responsabilidade civil pelos eventos lesivos ocasionados ao aluno.
>
> A obrigação governamental de preservar a intangibilidade física dos alunos, enquanto estes se encontrarem no recinto do estabelecimento escolar, constitui encargo indissociável do dever que incumbe ao Estado de dispensar proteção efetiva a todos os estudantes que se acharem sob a guarda imediata do Poder Público nos estabelecimentos oficiais de ensino. Descumprida essa obrigação, e vulnerada a integridade corporal do aluno, emerge a responsabilidade civil do Poder Público pelos danos causados a quem, no momento do fato lesivo, se achava sob a guarda, vigilância e proteção das autoridades e dos funcionários escolares, ressalvadas as situações que descaracterizam o nexo de causalidade material entre o evento danoso e a atividade estatal imputável aos agentes públicos".[239]

Analisando a hipótese de profissional de imprensa ferido, em situação de tumulto, durante cobertura jornalística, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de responsabilidade civil do Estado.[240]

A Corte afirmou que "o Estado responde civilmente por danos causados a profissional de imprensa ferido pela polícia, durante cobertura jornalística de manifestação popular", pois "a apuração da responsabilidade dá-se na forma da teoria do risco administrativo, pacificamente aceita pela

jurisprudência e pela doutrina", uma vez que "a atuação dos profissionais de imprensa na apuração de informações relevantes para a sociedade é tutelada pela Constituição, não podendo ser alegada para afastar a responsabilidade civil do Estado".

Nesse sentido, foi fixado o Tema 1055 de repercussão geral, com a seguinte tese: "É objetiva a Responsabilidade Civil do Estado em relação a profissional da imprensa ferido por agentes policiais durante cobertura jornalística, em manifestações em que haja tumulto ou conflitos entre policiais e manifestantes. Cabe a excludente da responsabilidade da culpa exclusiva da vítima, nas hipóteses em que o profissional de imprensa descumprir ostensiva e clara advertência sobre acesso a áreas delimitadas, em que haja grave risco à sua integridade física".

13 SERVIDOR PÚBLICO E MANDATO ELETIVO

A Constituição Federal, em seu art. 38, prevê regras especiais de tratamento ao servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo:[241]

- tratando-se de mandato eletivo federal, estadual ou distrital, ficará afastado de seu cargo, emprego ou função;
- investido no mandato de Prefeito, será afastado do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar por sua remuneração;
- investido no mandato de vereador, havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo, e, não havendo compatibilidade, será aplicada a norma anterior;
- em qualquer caso que exija o afastamento para o exercício de mandato eletivo, seu tempo de serviço será contado para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento;

- na hipótese de ser segurado de regime próprio de previdência social, permanecerá filiado a esse regime, no ente federativo de origem.

14 SISTEMA REMUNERATÓRIO DO SERVIDOR PÚBLICO

A redação originária do art. 39 da Constituição Federal previa que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituiriam, no âmbito de sua competência, ou seja, em cada esfera governamental, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

Como salientado por Alvacir Correa dos Santos,

> "percebe-se, pela redação da norma, que o objetivo foi o de unificar, no âmbito de cada esfera de governo (federal, estadual, distrital e municipal), o regime jurídico dos servidores da Administração direta, autarquias e fundações públicas. O princípio da isonomia, por certo, inspirou o constituinte, no particular, já que referidos servidores estarão submetidos, *entre si*, aos mesmos direitos e obrigações perante a entidade política a que servem".[242]

A Emenda Constitucional nº 19, promulgada em 4-6-1998, extinguiu o regime jurídico único dos servidores públicos, substituindo-o pela obrigatoriedade da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de instituírem um conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.

Além disso, a fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará:

- a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira;
- os requisitos para a investidura;
- as peculiaridades dos cargos.

Ressalte-se, porém, que a conduta do conselho de política de administração e remuneração de pessoal deverá pautar-se dentro do estrito respeito ao princípio da igualdade, não havendo a possibilidade de fixação de padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório com diferenciações em razão de sexo, religião, raça, convicções políticas, filosóficas ou classe social, pois como salientado pelo Supremo Tribunal Federal, "O princípio da isonomia, que se reveste de autoaplicabilidade, não é – enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica – suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade".[243]

Como bem salientado por Maurício Ribeiro Lopes, "trata-se de forma hábil imaginada pelo legislador reformista para, *sem romper o princípio da*

igualdade, permitir a reconstrução de escalas de vencimentos e valorização de algumas carreiras técnicas, politicamente frágeis".[244]

A Emenda Constitucional nº 19/98 determinou, ainda, de forma *obrigatória*, para o membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais e, de forma *facultativa*, para os servidores públicos organizados em carreira, que suas remunerações serão exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecidas, em qualquer caso, duas regras previstas nos incisos X e XI do art. 37, no caso deste último, com a redação dada pela EC nº 41/03,[245] e com a ressalva estabelecida pelos §§ 11 e 12 do referido art. 37, criados pela EC nº 47/05:

- a remuneração dos servidores públicos e o subsídio somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices (CF, art. 37, X). Note-se que não há inconstitucionalidade do Estado-membro que estabelece em sua Constituição estadual data limite para o pagamento de vencimentos, corrigindo-se monetariamente seus valores se pagos em atraso, pois a jurisprudência do STF já pacificou o entendimento de que se trata de dívida de caráter alimentar, não ofendendo o princípio da independência dos Poderes, pois não implicam a criação de cargos ou o aumento de remuneração, nem ferem o poder de iniciativa exclusiva do Governador do Estado;[246]
- a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos

detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores estaduais e municipais[247] e aos Defensores Públicos. Observe-se, porém, que, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal, a remuneração de servidores públicos por meio de subsídios estabelecidos em parcela única não impede seu escalonamento em virtude do tempo de serviço.[248] A Corte também entendeu ser possível o recebimento de verba de honorários de sucumbência por advogados públicos cumulada com subsídio, desde que respeitado o teto constitucional do funcionalismo público;[249]

- os estados-membros e o Distrito Federal poderão alterar suas respectivas Constituições estaduais ou sua Lei Orgânica, no sentido de estabelecer um limite único para todos os servidores estaduais ou distritais, exceptuando-se os parlamentares. Esse limite será o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça. Assim, da mesma forma que em âmbito federal há um único *teto salarial* para os três Poderes da União,

correspondente ao subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 37, XI), em âmbito estadual/distrital, as Assembleias Legislativas e a Câmara Legislativa do Distrito Federal poderão estabelecer um único *subteto salarial* para todos os servidores locais, salvo os parlamentares, correspondente ao subsídio dos membros da mais alta Corte de Justiça local (90,25% dos subsídios dos ministros do STF). Trata-se de discricionariedade do estado-membro/Distrito Federal, que analisará politicamente a conveniência e a oportunidade de realizar alterações em suas Cartas locais, para estender a outras carreiras públicas o que o art. 37, XI, excepcionou somente aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e Defensores Públicos;

- para efeitos dos limites estabelecidos nos dois itens anteriores, a EC nº 47/05 (CF, art. 37, § 11), expressamente, excluiu as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei. Determinou, ainda, como regra de transição (art. 4º, EC nº 47/05), a aplicação de toda legislação em vigor definidora de *parcelas de caráter indenizatório,* enquanto o Congresso Nacional não editar lei específica sobre o assunto;
- vedação à incorporação de vantagens de caráter temporário ou vinculadas ao exercício de função de confiança ou de cargo em comissão à remuneração do cargo efetivo.[250]

Ressalte-se, ainda, que Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderá estabelecer a relação entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, obedecido, em qualquer caso, o disposto no já citado art. 37, XI.

15 REGRA GERAL DE APOSENTADORIA DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL

O art. 40 da Constituição Federal, com a redação dada pelas Emendas Constitucionais nºs 20/98, 41/03, 47/05[251] e, principalmente, pela EC nº 103/19, assegura aos servidores titulares de cargos efetivos, regime próprio de previdência social de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e as seguintes regras gerais de aposentadoria:

- *Compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição*, aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei complementar.[252] Posteriormente, foi editada a Lei Complementar nº 153, de 3 de dezembro de 2015, que disciplinou a aposentadoria compulsória por idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 75 (setenta e cinco) anos de idade aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações; membros do Poder Judiciário; membros do Ministério Público; os membros das Defensorias Públicas e aos membros dos Tribunais e dos Conselhos de Contas. Em relação aos servidores do Serviço Exterior Brasileiro, regidos pela Lei nº 11.440, de 29 de dezembro de 2006, a determinação de aplicação legal foi no sentido de implementação, progressivamente à razão de um ano adicional de limite para aposentadoria compulsória ao fim de cada 2 dois anos, a partir da vigência da Lei Complementar, até o limite de 75 anos. Não é possível às Constituições estaduais estabelecerem previsões etárias diversas do texto da Carta Magna.[253] Ressalte-se que o Supremo Tribunal

Federal alterou seu posicionamento anterior, pacificando a inaplicabilidade das regras da aposentadoria compulsória em virtude da idade aos notários referidos no art. 236 da Constituição Federal;[254]

- *Voluntariamente*, *como regra geral, para os servidores públicos no âmbito da União*, aos 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, e aos 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na idade mínima estabelecida mediante emenda às respectivas Constituições e Leis Orgânicas, observados o tempo de contribuição e os demais requisitos estabelecidos em lei complementar do respectivo ente federativo. As regras para cálculo de proventos de aposentadoria serão disciplinadas em lei do respectivo ente federativo. Os proventos de aposentadoria não poderão ser inferiores ao valor do salário mínimo ou superiores ao limite máximo estabelecido para o Regime Geral de Previdência Social; sendo que as regras para o cálculo dos proventos serão disciplinadas em lei do respectivo ente federativo.[255] A EC 103/19 permitiu à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a possibilidade de instituírem, por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, regime de previdência complementar para servidores públicos ocupantes de cargo efetivo, observado o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social para o valor das aposentadorias e das pensões em regime próprio de previdência social. O regime de previdência complementar oferecerá plano de benefícios somente na modalidade contribuição definida e será efetivado por intermédio de entidade fechada de previdência complementar ou de entidade aberta de previdência complementar. O servidor que tiver ingressado no serviço

público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar somente estará submetido mediante prévia e expressa opção.

- Por *incapacidade permanente para o trabalho*, no cargo em que estiver investido, quando insuscetível de readaptação, hipótese em que será obrigatória a realização de avaliações periódicas para verificação da continuidade das condições que ensejaram a concessão da aposentadoria, na forma de lei do respectivo ente federativo. Nos termos do § 13 do artigo 37, trazido pela EC 103/19, o servidor público titular de cargo efetivo poderá ser readaptado para exercício de cargo cujas atribuições e responsabilidades sejam compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental, enquanto permanecer nesta condição, desde que possua a habilitação e o nível de escolaridade exigidos para o cargo de destino, mantida a remuneração do cargo de origem.

A EC nº 103/19 proibiu a existência de mais de um regime próprio de previdência social e de mais de um órgão ou entidade gestora desse regime em cada ente federativo, abrangidos todos os poderes, órgãos e entidades autárquicas e fundacionais, que serão responsáveis pelo seu financiamento, observados os critérios, os parâmetros e a natureza jurídica definidos na lei complementar.

Da mesma forma, a EC nº 103/19 vedou a instituição de novos regimes próprios de previdência social e determinou a edição de lei complementar federal para estabelecer, aos já existentes, normas gerais de organização, de funcionamento e de responsabilidade em sua gestão, dispondo, entre outros aspectos, sobre:

- requisitos para sua extinção e consequente migração para o Regime Geral de Previdência Social;

- modelo de arrecadação, de aplicação e de utilização dos recursos;
- fiscalização pela União e controle externo e social;
- definição de equilíbrio financeiro e atuarial;
- condições para instituição do fundo com finalidade previdenciária de que trata o art. 249 da CF e para vinculação a ele dos recursos provenientes de contribuições e dos bens, direitos e ativos de qualquer natureza;
- mecanismos de equacionamento do *deficit* atuarial;
- estruturação do órgão ou entidade gestora do regime, observados os princípios relacionados com governança, controle interno e transparência;
- condições e hipóteses para responsabilização daqueles que desempenhem atribuições relacionadas, direta ou indiretamente, com a gestão do regime;
- condições para adesão a consórcio público;
- parâmetros para apuração da base de cálculo e definição de alíquota de contribuições ordinárias e extraordinárias.

O tempo de contribuição federal, estadual, distrital ou municipal será contado para fins de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente será contado para fins de disponibilidade. Dessa forma, para fins de aposentadoria, será assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição entre o Regime Geral de Previdência Social e os regimes próprios de previdência social, e destes entre si, observada a compensação financeira, de acordo com os critérios estabelecidos em lei.

O tempo de serviço militar exercido nas atividades de militares dos Estados, das Forças Armadas e do serviço militar obrigatório e o tempo de contribuição ao Regime Geral de Previdência Social ou a regime próprio de previdência social terão contagem recíproca para fins de inativação militar

ou aposentadoria, e a compensação financeira será devida entre as receitas de contribuição referentes aos militares e as receitas de contribuição aos demais regimes.

A EC 103/19 manteve a regra pela qual ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, bem como de outro cargo temporário ou de emprego público aplica-se o regime geral da previdência.[256] Da mesma maneira, previu a aplicação desse regime para o agente público ocupante, exclusivamente, de mandato eletivo ou de emprego público.

A EC 103/19 estabeleceu para as aposentadorias dos servidores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios uma regra de ultratividade das normas constitucionais e infraconstitucionais anteriores à sua data de entrada em vigor, que continuarão a ser aplicadas enquanto não promovidas alterações na legislação interna relacionada ao respectivo regime próprio de previdência social; inclusive em relação às aposentadorias dos ocupantes do cargo de agente penitenciário, de agente socioeducativo ou de policiais.

A EC 103/19, expressamente, estabeleceu como regra geral a vedação à instituição de aposentadorias especiais, que adotem requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios em regime próprio de previdência social. Excepcionalmente, porém, a EC 103/19 estabeleceu diferenciação em relação ao titular do cargo de professor, que, desde que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio fixado em lei complementar do respectivo ente federativo, terá requisitos de idade e de tempo de contribuição diferenciados.

Da mesma forma, a EC 103/19 permitiu, desde que estabelecidas por lei complementar, três outras hipóteses de aposentadorias especiais: servidores com deficiência; servidores ocupantes de cargos relacionados à segurança pública e área socioeducativa e servidores expostos a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde.

Dessa maneira, por lei complementar do respectivo ente federativo, poderão ser fixados idade e tempo de contribuição diferenciados para aposentadoria de:

(a) servidores com deficiência, previamente submetidos a avaliação biopsicossocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar;
(b) ocupantes do cargo de agente penitenciário, de agente socioeducativo ou de policiais integrantes da polícia federal; polícia rodoviária federal; polícia ferroviária federal; polícias civis; polícias militares e corpos de bombeiros militares; polícias penais federal, estaduais e distrital; bem como, nas polícias da Câmara dos Deputados e do Senado Federal;
(c) servidores cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação.

15.1 Regra geral temporária de aposentadoria do servidor público civil da União ("ingresso pós-EC 103/19")

A EC 103/19 estabeleceu a disciplina temporária para a concessão dos benefícios do regime próprio de previdência social dos servidores da União, aplicável aos servidores que tenham ingressado no serviço público em cargo efetivo após a alteração constitucional, enquanto não for editada a respectiva legislação federal, prevendo os seguintes requisitos para a aposentadoria dos servidores públicos federais:

- *Compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição:* com os requisitos já analisados anteriormente, na

forma do inciso II do § 1º do artigo 40 da Constituição Federal;

- *Voluntariamente*, *como regra geral para os servidores públicos no âmbito da União:* necessidade da presença, cumulativa, dos seguintes requisitos, com os proventos de aposentadoria apurados na forma da lei. Nos termos da EC nº 103/19, até que a lei discipline o cálculo dos benefícios do regime próprio de previdência social da União e do Regime Geral de Previdência Social, será utilizada a média aritmética prevista em seu artigo 26:

  a) 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, e 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem; e

  b) 25 (vinte e cinco) anos de contribuição, desde que cumprido o tempo mínimo de 10 (dez) anos de efetivo exercício no serviço público e de 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que for concedida a aposentadoria;
- *Por incapacidade permanente para o trabalho*, no cargo em que estiverem investidos, quando insuscetíveis de readaptação, hipótese em que será obrigatória a realização de avaliações periódicas para verificação da continuidade das condições que ensejaram a concessão da aposentadoria.

15.2 Primeira regra de transição para a aposentadoria de servidor público federal que tenha ingressado no serviço público até a entrada em vigor da EC nº 103/19

Em relação à aposentadoria voluntariamente do servidor público federal que tenha ingressado no serviço público em cargo efetivo até a data de entrada em vigor da EC 103/19, o novo texto constitucional, expressamente, definiu os seguintes requisitos cumulativos:

a. 56 (cinquenta e seis) anos de idade, se mulher, e 61 (sessenta e um) anos de idade, se homem. A partir de 1º de janeiro de 2022, essa idade mínima passará para 57 (cinquenta e sete) anos de idade, se mulher, e 62 (sessenta e dois) anos de idade, se homem;
b. 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem;
c. 20 (vinte) anos de efetivo exercício no serviço público;
d. 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que se der a aposentadoria;
e. somatório da idade e do tempo de contribuição, incluídas as frações, equivalente a 86 (oitenta e seis) pontos, se mulher, e 96 (noventa e seis) pontos, se homem. A partir de 1º de janeiro de 2020, essa pontuação será acrescida a cada ano de 1 (um) ponto, até atingir o limite de 100 (cem) pontos, se mulher, e de 105 (cento e cinco) pontos, se homem. Ressalte-se que, para fins desse cálculo, a idade e o tempo de contribuição serão apurados em dias.

A EC 103/19, em face da EC 41/03, entretanto, estabeleceu diferenciação no *quantum* dos proventos da aposentadoria voluntária para o servidor público federal que tenha ingressado no serviço público em cargo efetivo até a data de sua entrada em vigor, levando em conta a data-base de 31 de dezembro de 2001, da seguinte maneira:

(I) *Para o servidor público que ingressou no serviço público em cargo efetivo até 31 de dezembro de 2001*, *e que não tenha optado pela previdência complementar:* os proventos de aposentadoria corresponderão a totalidade de sua remuneração no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, levando-se em conta o valor constituído pelo subsídio, pelo vencimento e pelas vantagens pecuniárias permanentes do cargo,

estabelecidos em lei, acrescidos dos adicionais de caráter individual e das vantagens pessoais permanentes, na forma fixada pelos incisos do § 8º do artigo 40 do texto constitucional. A totalidade de sua remuneração, porém, dependerá do preenchimento de requisitos etários mais rígidos: 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, e 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem;

(II) *Para o servidor público que ingressou no serviço público em cargo efetivo após 31 de dezembro de 2001 e até a entrada em vigor da EC nº 103/19*: os proventos de aposentadoria serão estipulados na forma da lei.[257]

15.3 Segunda regra de transição para aposentadoria de servidor público federal que tenha ingressado no serviço público até a entrada em vigor da EC nº 103/19

O artigo 20 da EC nº 103/19 estabeleceu uma regra alternativa de aposentadoria voluntária para o servidor público federal que tenha se filiado ao Regime Geral de Previdência Social ou ingressado no serviço público em cargo efetivo até a data de sua entrada em vigor desta Emenda Constitucional exigindo cumulativamente, os seguintes requisitos:

(a) 57 (cinquenta e sete) anos de idade, se mulher, e 60 (sessenta) anos de idade, se homem;
(b) 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem;
(c) para os servidores públicos, 20 (vinte) anos de efetivo exercício no serviço público e 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que se der a aposentadoria;

período adicional de contribuição correspondente ao tempo que,

(d) na data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, faltaria para atingir o tempo mínimo de contribuição referido no item II acima.

Estabeleceu, ainda, que para o professor que comprovar exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio serão reduzidos, para ambos os sexos, os requisitos de idade e de tempo de contribuição em 5 (cinco) anos.

Optando por essas hipóteses, o servidor terá o valor de sua aposentadoria concedido da seguinte maneira:

(a) *Totalidade da remuneração no cargo efetivo em que se der a aposentadoria* para o servidor público que tenha ingressado no serviço público em cargo efetivo até 31 de dezembro de 2003 e que não tenha feito a opção pelo regime de previdência complementar, nos termos do § 16 do art. 40 da CF;

(b) *Valor apurado na forma da lei,* em relação aos demais servidores públicos, que não poderá ser inferior ao salário mínimo.[258]

15.4 Aposentadoria especial para os titulares do cargo de professor

O titular do cargo de professor, desde que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio fixado em lei complementar do respectivo ente federativo, terá requisitos de idade e de tempo de contribuição diferenciados, respeitada a seguinte diferenciação: (a) *titular do cargo de professor que tenha ingressado no serviço público após a promulgação da*

EC 103/19 e (b) *titular do cargo de professor que tenha ingressado no serviço público em cargo efetivo até a data de entrada em vigor da EC 103/19.*

Em relação ao t*itular do cargo de professor que tenha ingressado no serviço público após a promulgação da EC 103/19,* haverá, obrigatoriamente, a redução da idade mínima em 5 (cinco) anos em relação às regras gerais de aposentadoria do servidor público civil. Os proventos de aposentadoria não poderão ser inferiores ao valor do salário mínimo ou superiores ao limite máximo estabelecido para o Regime Geral de Previdência Social; sendo que as regras para o cálculo dos proventos serão disciplinadas em lei do respectivo ente federativo.

A EC 103/19, também, previu uma regra temporária para a aposentadoria especial do titular do cargo de professor que tenha ingressado após a EC 103/19, enquanto não for editada a legislação federal, estabelecendo que: o titular do cargo federal de professor, aos 60 (sessenta) anos de idade, se homem, aos 57 (cinquenta e sete) anos, se mulher, com 25 (vinte e cinco) anos de contribuição exclusivamente em efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, 10 (dez) anos de efetivo exercício de serviço público e 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que for concedida a aposentadoria, para ambos os sexos.

No tocante ao t*itular do cargo de professor que tenha ingressado no serviço público em cargo efetivo até a data de entrada em vigor da EC 103/19*, os requisitos já foram expressamente previstos pelo novo texto constitucional, da seguinte maneira:

(a) 51 (cinquenta e um) anos de idade, se mulher, e 56 (cinquenta e seis) anos de idade, se homem;
(b) 25 (vinte e cinco) anos de contribuição, se mulher, e 30 (trinta) anos de contribuição, se homem; e

(c) 52 (cinquenta e dois) anos de idade, se mulher, e 57 (cinquenta e sete) anos de idade, se homem, a partir de 1º de janeiro de 2022.

(d) o somatório da idade e do tempo de contribuição em relação à essas hipóteses, incluídas as frações, será de 81 (oitenta e um) pontos, se mulher, e 91 (noventa e um) pontos, se homem, aos quais serão acrescidos, a partir de 1º de janeiro de 2020, 1 (um) ponto a cada ano, até atingir o limite de 92 (noventa e dois) pontos, se mulher, e de 100 (cem) pontos, se homem.

A mesma diferenciação prevista no *quantum* dos proventos da aposentadoria voluntária para todos os servidores públicos federais que tenham ingressado no serviço público em cargo efetivo até a data de entrada em vigor da EC 103/19 foi estabelecida em relação aos titulares de cargo de professor, da seguinte forma:

(I) *para o titular do cargo de professor que ingressou no serviço público em cargo efetivo até 31 de dezembro de 2001*, *que tenha comprovado exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, e que não tenha optado pela previdência complementar:* os proventos de aposentadoria corresponderão a totalidade de sua remuneração no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, levando-se em conta o valor constituído pelo subsídio, pelo vencimento e pelas vantagens pecuniárias permanentes do cargo, estabelecidos em lei, acrescidos dos adicionais de caráter individual e das vantagens pessoais permanentes, na forma fixada pelos incisos do § 8º do artigo 40 do texto constitucional. A totalidade de sua remuneração, porém, dependerá do preenchimento de requisitos etários mais rígidos: 57 (cinquenta e sete) anos de idade, se mulher, e 60 (sessenta) anos de idade, se homem;

(II) *para o titular do cargo de professor que ingressou no serviço público em cargo efetivo após 31 de dezembro de 2001 e até a entrada em vigor da EC nº 103/19, que tenha comprovado exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio*: os proventos de aposentadoria serão estipulados na forma da lei.[259]

15.5 Aposentadoria especial para os titulares de cargos ligados à segurança pública e à atividade socioeducativa

O estabelecimento como regra geral de vedação à instituição de aposentadorias especiais, conforme analisado anteriormente, não impediu a EC 103/19 de estabelecer algumas possibilidades excepcionais, entre elas, a hipótese de fixação de critérios diferenciados de idade e tempo de contribuição para a aposentadoria de ocupantes do cargo de agente penitenciário, de agente socioeducativo ou de policiais integrantes da polícia federal; polícia rodoviária federal; polícia ferroviária federal; polícias civis; polícias militares e corpos de bombeiros militares; polícias penais federal, estaduais e distrital; bem como, de ocupantes de cargos nas polícias da Câmara dos Deputados e do Senado Federal; desde que previstos por lei complementar do respectivo ente federativo.

A EC 103/19, inclusive, manteve a aposentadoria especial para esses servidores públicos que ingressaram na respectiva carreira até a data de sua entrada em vigor, determinando a aplicação da Lei Complementar nº 51/85, observada a idade mínima de 55 (cinquenta e cinco) anos para ambos os sexos; ou, alternativamente, 52 (cinquenta e dois) anos de idade, se mulher, e aos 53 (cinquenta e três) anos de idade, se homem, desde que cumprido período adicional de contribuição correspondente ao tempo que, na data de

sua entrada em vigor faltaria para atingir o tempo de contribuição previsto pela citada LC 51/85.

Nessas hipóteses, também serão considerados como tempo de exercício em cargo de natureza estritamente policial o tempo de atividade nas Forças Armadas, nas polícias militares e nos corpos de bombeiros militares e o tempo de atividade como agente penitenciário ou socioeducativo.

A aposentadoria especial para esses servidores ligados à segurança pública e atividade socioeducativa que tenham ingressado após a EC 103/19, houve expressa regra temporária prevendo requisitos etários e de contribuição diferenciados, enquanto não for editada a legislação federal. Dessa maneira, para que possam se aposentar, deverão contar com 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, com 30 (trinta) anos de contribuição e 25 (vinte e cinco) anos de efetivo exercício em cargo das citadas carreiras, para ambos os sexos.

15.6 Pensão por morte de servidor público

A EC nº 103/19 alterou profundamente o *sistema de pensão por morte do servidor*, reiterando a necessidade de lei regulamentando a concessão do benefício, e, assim como anteriormente fizeram as ECs nºs 41/03 e 47/05, diferentemente da previsão anterior da EC nº 20/98, não garantiu a integralidade da pensão em comparação aos valores recebidos pelo servidor falecido à data do óbito.[260]

Nos termos da nova disciplina constitucional, a pensão por morte concedida a dependente de segurado do Regime Geral de Previdência Social ou de servidor público federal será equivalente a uma cota familiar de 50% (cinquenta por cento) do valor da aposentadoria recebida pelo segurado ou servidor ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por

incapacidade permanente na data do óbito, acrescida de cotas de 10 (dez) pontos percentuais por dependente, até o máximo de 100% (cem por cento).

Além de prever um *escalonamento* no valor do benefício, dependendo do número de dependentes, a EC 103/19 afastou a possibilidade de manutenção do valor total devido, independentemente da variação dos beneficiários, ou seja, as cotas por dependente cessarão com a perda dessa qualidade e não serão reversíveis aos demais dependentes, preservado o valor de 100% (cem por cento) da pensão por morte quando o número de dependentes remanescente for igual ou superior a 5 (cinco).

Houve previsão diferenciada para as hipóteses de dependente inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave, quando o valor da pensão por morte será equivalente a: (a) 100% (cem por cento) da aposentadoria recebida pelo segurado ou servidor ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito, até o limite máximo de benefícios do Regime Geral de Previdência Social; e (b) uma cota familiar de 50% (cinquenta por cento) acrescida de cotas de 10 (dez) pontos percentuais por dependente, até o máximo de 100% (cem por cento), para o valor que supere o limite máximo de benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Observe-se que, quando não houver mais dependente inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave, o valor da pensão será recalculado segundo a regra geral.

Expressamente, vedou-se a acumulação de mais de uma pensão por morte deixada por cônjuge ou companheiro, no âmbito do mesmo regime de previdência social, ressalvadas as pensões do mesmo instituidor decorrentes do exercício de cargos acumuláveis na forma do artigo 37 da Constituição Federal; salvo, excepcionalmente, nas seguintes hipóteses:

(a) pensão por morte deixada por cônjuge ou companheiro de um regime de previdência social com pensão por morte concedida

por outro regime de previdência social ou com pensões decorrentes das atividades militares de que tratam os artigos 42 e 142 da Constituição Federal;

(b) pensão por morte deixada por cônjuge ou companheiro de um regime de previdência social com aposentadoria concedida no âmbito do Regime Geral de Previdência Social ou de regime próprio de previdência social ou com proventos de inatividade decorrentes das atividades militares de que tratam os arts. 42 e 142 da Constituição Federal; ou

(c) pensões decorrentes das atividades militares de que tratam os arts. 42 e 142 da Constituição Federal; com aposentadoria concedida no âmbito do Regime Geral de Previdência Social ou de regime próprio de previdência social.

Nas hipóteses excepcionais de acumulações de pensão por morte, a EC 103/19 assegurou a percepção do valor integral do benefício mais vantajoso e de uma parte de cada um dos demais benefícios, apurada cumulativamente de acordo com as seguintes faixas:

- 60% (sessenta por cento) do valor que exceder 1 (um) salário mínimo, até o limite de 2 (dois) salários mínimos;
- 40% (quarenta por cento) do valor que exceder 2 (dois) salários mínimos, até o limite de 3 (três) salários mínimos;
- 20% (vinte por cento) do valor que exceder 3 (três) salários mínimos, até o limite de 4 (quatro) salários mínimos; e
- 10% (dez por cento) do valor que exceder 4 (quatro) salários mínimos.

Em relação aos servidores públicos ocupantes de cargos relacionados à segurança pública e atividade socioeducativa, houve expressa previsão de pensão vitalícia para o cônjuge ou companheiro e equivalente à

remuneração do cargo, desde que a morte de ocupantes do cargo de agente penitenciário, de agente socioeducativo ou de policiais integrantes da polícia federal; polícia rodoviária federal; polícia ferroviária federal; polícias civis; polícias militares e corpos de bombeiros militares; polícias penais federal, estaduais e distrital; bem como, de ocupantes de cargos nas polícias da Câmara dos Deputados e do Senado Federal tenha sido decorrente de agressão sofrida no exercício ou em razão da função.

A EC nº 103/19 estabeleceu regra temporária de aplicação às pensões concedidas aos dependentes de servidores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, enquanto não promovidas alterações na legislação interna relacionada ao respectivo regime próprio de previdência social, ao determinar a aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais anteriores à data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional.

15.7 Regime de previdência complementar no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios

A previsão autorizativa da Emenda Constitucional nº 20/98, complementada pela EC nº 41/03, para a criação de regimes de previdência complementar para os servidores titulares de cargo efetivo pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, foi substituída pela determinação obrigatória da EC nº 103/19; que, inclusive, estabeleceu um prazo máximo de 2 (dois) anos da data de sua entrada em vigor para a instituição do regime de previdência complementar e a adequação do órgão ou entidade gestora do regime próprio de previdência social.

Nos termos da EC nº 103/19, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, regime de previdência complementar para servidores públicos ocupantes de cargo efetivo, observado o limite máximo dos benefícios do

Regime Geral de Previdência Social para o valor das aposentadorias e das pensões em regime próprio de previdência social, ressalvada a necessidade de prévia e expressa opção do servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar, conforme previsto desde a EC nº 20/98.

O regime de previdência complementar oferecerá plano de benefícios somente na modalidade contribuição definida, observará o disposto no art. 202 da Constituição Federal e será efetivado por intermédio de entidade fechada de previdência complementar ou de entidade aberta de previdência complementar.

15.8 Servidores públicos e contribuição previdenciária

A Constituição Federal prevê que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, por meio de lei, contribuições para custeio de regime próprio de previdência social, cobradas dos servidores ativos, dos aposentados e dos pensionistas, estabelecendo, ainda, nos termos do § 1º, do art. 149 da Constituição Federal, com redação dada pela EC nº 103/19, que poderão ter alíquotas progressivas de acordo com o valor da base de contribuição ou dos proventos de aposentadoria e de pensões.[261]

A EC 103/19 prevê que, quando houver *deficit* atuarial, a contribuição ordinária dos aposentados e pensionistas poderá incidir sobre o valor dos proventos de aposentadoria e de pensões que supere o salário-mínimo;[262] estabelecendo, ainda, que se essa medida for insuficiente, fica facultada a instituição de contribuição extraordinária, que vigorará por período determinado e pelo prazo máximo de 20 (vinte) anos, no âmbito da União, dos servidores públicos ativos, dos aposentados e dos pensionistas.

Em relação aos aposentados e pensionistas, na vigência do texto constitucional, alterado pela EC nº 20/98, o Supremo Tribunal Federal havia fixado a impossibilidade de incidência de contribuição previdenciária,[263] proclamando a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos infraconstitucionais que trouxessem essa previsão.[264]

A EC nº 41/03, diferente e expressamente, previu a incidência de contribuição também sobre os proventos de aposentadorias e pensões.

Essa nova possibilidade – *incidência de contribuição previdenciária sobre inativos e pensionistas* – foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, pois

> "o regime previdenciário público visa garantir condições de subsistência, independência e dignidade pessoais ao servidor idoso por meio do pagamento de proventos da aposentadoria durante a velhice e, nos termos do art. 195 da CF, deve ser custeado por toda a sociedade, de forma direta e indireta, o que se poderia denominar *princípio estrutural da solidariedade*",

e, consequentemente, "o regime previdenciário assumiu caráter contributivo para efeito de custeio equitativo e equilibrado dos benefícios, sem prejuízo da observância dos princípios do parágrafo único do art. 194 da CF: universalidade, uniformidade, seletividade e distributividade, irredutibilidade, equidade no custeio e diversidade da base de financiamento. Assim, os elementos sistêmicos figurados no "*tempo de contribuição*", no "*equilíbrio financeiro e atuarial*" e na "*regra de contrapartida*" devem ser interpretados em conjunto com os princípios supracitados", permitindo-se a citada cobrança.[265]

Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não poderão estabelecer alíquota inferior à da contribuição dos servidores da União, exceto se demonstrado que o respectivo regime próprio de previdência social não possui *deficit* atuarial a ser equacionado, hipótese em que a alíquota não

poderá ser inferior às alíquotas aplicáveis ao Regime Geral de Previdência Social.

A EC nº 103/19 manteve a possibilidade da lei do respectivo ente federativo estabelecer por lei a regra de *abono de permanência* aos servidores públicos titulares de cargos efetivos que, tenham completado as exigências para a aposentadoria voluntária e que optem por permanecer em atividade. Nessa hipótese, o servidor terá direito a um abono de permanência equivalente, no máximo, ao valor da sua contribuição previdenciária, até completar a idade para aposentadoria compulsória.

15.9 Previdência Social, Emenda Constitucional nº 103/19 e o respeito aos direitos adquiridos[266]

Da mesma maneira que a EC nº 41/03, a EC nº 103/19, como não poderia deixar de ser, assegurou a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria aos servidores públicos e de pensão por morte aos respectivos dependentes, observados os critérios da legislação vigente na data em que foram atendidos os requisitos para a concessão da aposentadoria ou da pensão por morte, desde que tenham sido cumpridos os requisitos para obtenção desses benefícios até a data de sua entrada em vigor. Observe-se, ainda, que de maneira expressa foi respeitado o direito adquirido dos proventos de aposentadoria devidos ao servidor público e as pensões por morte devidas aos seus dependentes serem apurados, calculados e reajustados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidos os requisitos nela estabelecidos para a concessão dos benefícios.

O artigo 25 da EC 103/19, inclusive, assegurou a contagem de tempo de contribuição fictício no Regime Geral de Previdência Social decorrente de hipóteses descritas na legislação vigente até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional para fins de concessão de aposentadoria,

observando-se, a partir da sua entrada em vigor, a vedação a contagem de tempo de contribuição fictício para efeito de concessão dos benefícios previdenciários e de contagem recíproca, nos termos do § 14 do artigo 201 da Constituição Federal.

Da mesma forma, o § 4º do artigo 24 da EC nº 103/19, expressamente, afastou as novas restrições referentes às pensões se o direito aos benefícios houver sido adquirido antes de sua entrada em vigor.

Ao declarar expressamente o respeito aos direitos adquiridos, pretendeu a EC nº 103/19 evitar discussões jurídicas nos Tribunais e salvaguardar, de imediato, um dos pilares de qualquer Estado de Direito. Assim, admirável a preocupação do legislador constituinte reformador.[267]

Porém, a ausência dessa norma expressa, por óbvio, não poderia levar ao desrespeito aos direitos adquiridos, por constituírem cláusulas pétreas em nossa Constituição (CF, art. 60, § 4º, IV c.c. art. 5º, XXXVI).

Como professado por Benoit Jeanneau, da Faculdade de Direito e Ciências Econômicas de Poitiers, o objeto de uma constituição é duplo: de uma parte arranja, dispõe sobre o exercício do poder; a este título é uma *règle du jeu*; e, de outra parte, consagra os princípios que devem guiar a ação dos poderes públicos; deste ponto de vista é uma filosofia e tal é o significado das declarações de direitos. E o princípio do respeito ao direito adquirido constitui, sem dúvida, entre nós, uma das categorias integrantes da concepção filosófica que inspirou a Constituição. O Congresso Nacional, no exercício do Poder Constituinte derivado, pode reformar a norma constitucional por meio de emendas, porém respeitando as vedações impostas pelo poder constituinte originário, este sim hierarquicamente inalcançável, pois manifestação da vontade soberana do povo e consagrado pela Constituição Federal de 1988. Assim, a Lei Magna prevê, expressamente, seguindo tradição constitucional, a imutabilidade das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV), ou seja, a impossibilidade de emenda

constitucional prejudicar os direitos e as garantias individuais, entre eles, o *direito adquirido* (art. 5º, XXXVI).

Todos os aposentados e pensionistas, portanto, possuem direito adquirido, não só em relação à existência da aposentadoria, como situação jurídica já concretizada, mas também em relação aos valores e regras de atualização dos proventos recebidos, regidos pela constituição e legislação atuais, inatacáveis por meio de proposta de emenda constitucional, uma vez que, nas palavras de Limongi França, "a diferença entre expectativa de direito e direito adquirido está na existência, em relação a este, de fato aquisitivo específico já configurado por completo".[268]

Igualmente, aqueles que já preencheram todos os requisitos exigidos para a aposentadoria, na vigência da Constituição Federal e legislação atuais, porém continuam a exercer suas funções, têm a garantia do direito adquirido, não só, repetimos, em relação à aquisição da aposentadoria, como também de que seus *proventos da inatividade regular-se-ão pela legislação vigente ao tempo em que reuniram os requisitos necessários*.[269]

O Supremo Tribunal Federal, dando exato entendimento ao enunciado da Súmula 359, firmou em aresto da lavra do eminente Ministro Luiz Gallotti:

> "se, na vigência da lei anterior, o impetrante preenchera todos os requisitos exigidos, o fato de, na vigência, não haver requerido a aposentadoria, não o fez perder o seu direito, que já estava adquirido. Um direito já adquirido não se pode transmudar em expectativa de direito, só porque o titular preferiu continuar trabalhando e não requereu a aposentadoria antes de revogada a lei em cuja vigência ocorrera a aquisição do direito. Expectativa de direito é algo que antecede a aquisição; e não pode ser posterior a esta".[270]

Ora, a intenção das regras da Constituição Federal de 1988 e da legislação previdenciária vigente, para as aposentadorias em geral, foi definir a aquisição da aposentadoria, nos termos atuais propostos, como direito definitivamente incorporado ao patrimônio de seu beneficiário, tratando-se, pois, de direito adquirido.

A EC nº 103/19 pretendeu, ainda, evitar que houvesse um grande número de aposentadorias no setor público, prevendo ao servidor público que tenha cumprido todos os requisitos para obtenção da aposentadoria voluntária, antes de sua publicação, a possibilidade de optar por permanecer em atividade, fazendo jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências constitucionais para aposentadoria compulsória.

16 ESTABILIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL

O art. 41 da Constituição Federal consagra a regra de *estabilidade* do servidor público. Assim, nos termos da Emenda Constitucional nº 19/98, são requisitos para a aquisição de estabilidade do servidor público:

- nomeação para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público;
- efetivo exercício por três anos[271] (*estágio probatório*) – Ressalte-se, porém, que, nos termos do art. 28 da EC nº 19/98, ficou assegurado o prazo de dois anos de efetivo exercício para aquisição da estabilidade aos servidores em estágio probatório à época da promulgação da Emenda Constitucional, sem prejuízo da avaliação especial e obrigatória prevista no próximo tópico. Conforme decidido pelo STF, “os institutos da estabilidade e do

estágio probatório estão necessariamente vinculados, de modo que se lhes aplica o prazo comum de 3 anos";[272]
- avaliação especial e obrigatória de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

Em regra, os servidores estáveis somente poderão perder o cargo:

- *em virtude de sentença judicial transitada em julgado;*
- *mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;*[273]
- *mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.*

A Emenda Constitucional nº 19/98 trouxe outra possibilidade de o servidor estável perder o cargo no art. 169,[274] em norma constitucional de eficácia limitada à edição de lei complementar.

Assim, a despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar. Para que esses limites sejam adequados e cumpridos, a própria EC 19/98 previu que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências:

- redução em pelo menos 20% das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;
- *exoneração dos servidores não estáveis*: conforme o art. 33 da EC nº 19/98, consideram-se servidores não estáveis, para os fins do art. 169, § 3º, II, da Constituição Federal aqueles admitidos na administração direta, autárquica e fundacional sem concurso público de provas ou de provas e títulos após 5-10-1983. O Supremo Tribunal Federal decidiu em hipótese análoga, referente à relação ao art. 19 do ADCT ("*Os servidores públicos*

> *civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37 da Constituição, são considerados estáveis no serviço público*"), "o destinatário do art. 19 do ADCT da Carta Magna, no tocante ao requisito do '*exercício na data da promulgação da Constituição há pelo menos cinco anos continuados*', e aquele que esteja vinculado a uma das pessoas jurídicas de direito público ali relacionadas na qualidade de servidor público, embora não admitido na forma regulada no art. 37 da Constituição, sem hiatos quanto a essa relação jurídica, ainda que a títulos diversos, desde que se sucedam sem solução de continuidade".[275]

Ocorre, porém, que, se essas medidas não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da citada lei complementar, *o servidor estável poderá perder o cargo,* desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.

A Constituição Federal resguardou ao servidor estável que perder o cargo na hipótese descrita o direito à indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço, sendo que o cargo objeto da redução será considerado extinto, vedada a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou assemelhadas pelo prazo de quatro anos.

As leis regulamentadoras dessas duas hipóteses de perda do cargo pelo funcionário público (previstas no inciso III do § 1º do art. 41 e no § 7º do art. 169) estabelecerão critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado. Na hipótese de

insuficiência de desempenho, a perda do cargo somente ocorrerá mediante processo administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa.

A administração pública, durante o *estágio probatório*, avalia a conveniência da confirmação efetiva do servidor concursado no funcionalismo público, aferindo requisitos objetivos que demonstrem sua idoneidade moral, sua eficiência, aptidão, assiduidade, moralidade etc. Mesmo durante o *estágio probatório*, o funcionário concursado não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade.[276]

O ordenamento jurídico brasileiro consagra a plena independência das instâncias administrativa e penal em relação à apuração de fato ensejador da demissão do funcionário público. Assim, o funcionário estável poderá ser demitido após processo administrativo que tenha observado ampla defesa, mesmo que ainda esteja pendente ação penal sobre o mesmo fato.[277] Ressalte-se que somente haverá repercussão da instância penal na administrativa nas hipóteses em que aquela tenha concluído pela inexistência material do fato ou pela negativa de sua autoria.[278]

Determina a Constituição Federal, após a EC nº 19/98, que, invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço. Ainda, há a previsão de que extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

17 MILITARES DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

A Emenda Constitucional nº 18, de 5 de fevereiro de 1998, alterou integralmente a redação da Seção III, do Capítulo VIII, do Título III, da Constituição Federal, passando a denominá-la "Dos Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios"; além de alterar a redação de seu único artigo.

Dessa forma, a Constituição Federal passou a tratar em capítulos diversos os Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios (CF, art. 42) e as Forças Armadas (CF, art. 142). Como fora salientado em edições anteriores desta obra, a organização e o regime único dos servidores públicos militares já diferiam entre si, até porque o ingresso nas Forças Armadas dá-se tanto pela via compulsória do recrutamento oficial, quanto pela via voluntária do concurso de ingresso nos cursos de formação oficiais; enquanto o ingresso dos servidores militares das polícias militares ocorre somente por vontade própria do interessado, que se submeterá a obrigatório concurso público.

A citada EC nº 18/98 pretendeu equacionar essas diferenças, deslocando o tratamento jurídico-constitucional das Forças Armadas, somente para o art. 142 da Constituição Federal.

Assim, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina.

A própria Constituição Federal, porém, determina a aplicação aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, *além do que vier a ser fixado em lei*, das disposições previstas no art. 14, § 8º, no art. 40, § 9º, e no art. 142, §§ 2º e 3º.

Caberá ainda à lei estadual especificar sobre o ingresso dos Militares dos Estados, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares dos Estados, consideradas as peculiaridades de suas atividades.

As patentes dos militares dos Estados e do Distrito Federal serão conferidas pelo Governador do Estado ou do Distrito Federal.

Por fim, a Emenda Constitucional nº 18/98 passou a prever expressamente matéria já pacificada na doutrina e jurisprudência, sobre o não cabimento de *habeas corpus* em relação ao mérito das punições disciplinares aplicadas aos policiais militares bombeiros dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.[279]

18 MILITARES DOS ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS E CARGO PÚBLICO CIVIL

18.1 Cargo público civil permanente

A Emenda Constitucional nº 18, de 5 de fevereiro de 1998, determina a aplicação dos §§ 2º e 3º, do art. 142 da Constituição Federal aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

O art. 142, § 3º, inciso II, da CF prevê que o militar em atividade que tomar posse em cargo ou emprego civil permanente será transferido para a reserva, nos termos da lei, salvo a hipótese do art. 37, VI, *c*.

Analisando a disciplina constitucional anterior, cuja redação do § 3º do art. 42, atualmente revogado pela EC nº 18/98, estipulava que o militar em atividade que aceitasse cargo público civil permanente seria transferido para a reserva, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não estaria assegurada a passagem do militar para a reserva *remunerada.* Com base nesse entendimento, o Tribunal indeferiu mandado de segurança impetrado por oficial da Aeronáutica contra ato do Presidente da República que, fundado no art. 98, XIV e § 3º, da Lei nº 6.880/80 (Estatuto dos Militares), negara autorização para que o impetrante fosse transferido para a reserva

remunerada a fim de tomar posse no cargo de professor em escola municipal, para o qual fora aprovado em concurso público.[280] Dessa forma, caberia ao Presidente da República, com base no Estatuto dos Militares, a decisão discricionária sobre a possibilidade ou não da transferência remunerada para a reserva nessa hipótese.

A nova redação constitucional transformou essa hipótese constitucional em norma de eficácia limitada, devendo a lei estabelecer as condições da passagem para a reserva do militar em atividade que tomar posse em cargo ou emprego público civil permanente. Enquanto não for editada nova norma exigida pela EC nº 18/98, permanece em pleno vigor, pois recepcionada, a Lei nº 6.880/80 (Estatuto dos Militares).

Ressalte-se, porém, que a partir da Emenda Constitucional nº 101, de 3 de julho de 2019, as hipóteses de acumulação de cargos públicos previstas no artigo 37, XVI da Constituição Federal, com prevalência da atividade militar, passaram a ser aplicadas aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; tornando-se, portanto, exceções ao disposto no § 3º, do artigo 142 do texto constitucional.

18.2 Cargo, emprego ou função pública temporária

O militar dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios que, *de acordo com a lei*, tomar posse em cargo, emprego ou função pública civil temporária, não eletiva, ainda que da administração indireta, ficará agregado ao respectivo quadro e somente poderá, enquanto permanecer nessa situação, ser promovido por antiguidade, contando-se-lhe o tempo de serviço apenas para aquela promoção e transferência para a reserva, sendo depois de dois anos de afastamento, contínuos ou não, transferido para a reserva, *nos termos da lei*.[281]

19 MILITARES DOS ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS E DIREITOS SOCIAIS

Aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios são proibidas a *sindicalização* e a *greve*, em face das funções a eles cometidas pela Constituição Federal, relacionadas a tutela da liberdade, da integridade física e da propriedade dos cidadãos.[282]

Entretanto, conforme dispõe o § 1º do art. 42 da Constituição Federal, com redação dada pelas Emendas Constitucionais nºs 18/98 e 20/98, aplicam-se aos militares dos Estados e do Distrito Federal o § 3º do art. 142 da Carta Magna, e, consequentemente, os direitos sociais previstos no art. 7º, VIII, XII, XVII, XVIII, XIX e XXV, a saber:

- décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;
- salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;[283]
- gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
- licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 dias;
- licença-paternidade, nos termos fixados em lei;
- assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até cinco anos de idade em creches e pré-escolas.[284]

Além desses direitos sociais, também estão garantidos aos militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios e a seus pensionistas os seguintes direitos:[285]

aos pensionistas dos militares dos Estados, do Distrito Federal e
- dos Territórios aplica-se o que for fixado em lei específica do respectivo ente estatal;
- o tempo de contribuição federal, estadual, distrital ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente, para efeito de disponibilidade.

20 EMENDAS CONSTITUCIONAIS N^{OS} 19/98, 41/03 E 47/05, TETO SALARIAL E RESPEITO AOS DIREITOS ADQUIRIDOS

O Congresso Nacional, no exercício do Poder Constituinte derivado, pode reformar a Constituição Federal por meio de emendas, porém respeitando as vedações expressas e implícitas impostas pelo poder constituinte originário, pois somente esse é hierarquicamente inalcançável, enquanto manifestação da vontade soberana do povo.

Note-se que a alterabilidade constitucional, embora possa traduzir-se na alteração de muitas disposições da Constituição, sempre deverá conservar um valor integrativo, no sentido de que deve deixar substancialmente idêntico o sistema originário idealizado pelo legislador constituinte originário. Nelson Sampaio, citando Cooley, afirma que "as emendas constitucionais não podem ser revolucionárias; elas devem estar em harmonia com o corpo do documento".[286] Não é outro o entendimento exposto por Carl Schmitt, ao afirmar que a possibilidade de a Constituição ser reformada não "quer dizer que as decisões políticas fundamentais que integram a substância da Constituição possam ser suprimidas e substituídas por outras quaisquer pelo Parlamento".[287]

A emenda constitucional somente ingressará no ordenamento jurídico após sua aprovação, passando então a ser preceito constitucional, de mesma hierarquia das normas constitucionais originárias, pois é produzida segundo

uma forma e versando sobre conteúdo previamente limitado pelo legislador constituinte originário. Ressalte-se que a emenda constitucional somente permanecerá no ordenamento jurídico se em sua edição tiver respeitado as limitações expressas e implícitas decorrentes do art. 60 da Constituição Federal (Cf. Capítulo 11, item 4.1).

Dessa forma, reconhece o Supremo Tribunal Federal a total e plena possibilidade de incidência do controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado, sobre emendas constitucionais, a fim de verificar-se sua constitucionalidade ou não, a partir da análise do respeito aos parâmetros fixados expressa e implicitamente no art. 60,[288] entendendo que

> "o Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário, que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador (CF, art. 60, § 1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar. As limitações materiais explícitas, definidas no § 4º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício quanto às categorias temáticas ali referidas".[289]

Analisando esses limites constitucionais ao poder de alteração constitucional, salientou o Ministro Celso de Mello que

> "atos de revisão constitucional – tanto quanto as emendas à Constituição – podem, assim também incidir no vício de inconstitucionalidade, configurando este pela inobservância de limitações jurídicas superiormente estabelecidas no texto da

> Carta Política por deliberação do órgão exercente das funções constituintes primárias ou originárias".[290]

Uma das regras obrigatórias para o Congresso Nacional no exercício do poder constituinte derivado reformador é a observância das chamadas *cláusulas pétreas,* verdadeiras limitações materiais ao poder de alteração constitucional e, dentre elas, os chamados *direitos e garantias individuais* (CF, art. 60, § 4º, IV).[291]

Os direitos e garantias individuais, portanto, constituem um núcleo intangível da Constituição Federal, no sentido de preservação da própria identidade da Carta Magna, impedindo sua destruição ou enfraquecimento, pois, como ensinado por Konrad Hesse,

> "a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. (...) A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar a força que reside na natureza das coisas, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição".[292]

Assim, a supremacia da Constituição corresponde à vinculação irrestrita de todos os Poderes do Estado a suas normas,[293] ou como denominado por Canotilho, "*a função promocional da constituição,* radicalmente antagônica da tese da eficácia zero do direito constitucional".[294]

Dentre os vários direitos e garantias individuais, encontram-se os *direitos adquiridos* (CF, art. 5º, XXXVI), consubstanciando-se, pois, em

cláusulas pétreas.

Como explicam Carlos Ayres Brito e Valmir Pontes Filho, "quer se trate de direito que se adquire em sede legal, quer se trate daquele que se obtém por virtude da norma constitucional, tudo é matéria tabu para as leis e as emendas à Constituição, indistintamente. Um e outro direito subjetivo são alcançados pelo princípio constitucional da segurança jurídica e, nessa medida, garantidos pela petrealidade de que trata o inciso IV do § 4º do art. 60 da Carta de Outubro", para depois concluírem que, "em síntese, a norma constitucional veiculadora da intocabilidade do direito adquirido é norma de bloqueio de toda função legislativa pós-Constituição. Impõe-se a qualquer dos atos estatais que se integram no processo legislativo, sem exclusão das emendas. Não fosse assim, teríamos que dizer do direito adquirido aquilo que o gênio de Dostoievski hipotetizou em relação ao próprio Deus: Se Deus não existe, então tudo é permitido".[295]

O art. 29 da Emenda Constitucional nº 19/98, ao estabelecer que "Os subsídios, vencimentos, remuneração, proventos da aposentadoria e pensões e quaisquer outras espécies remuneratórias adequar-se-ão, a partir da promulgação desta Emenda, aos limites decorrentes da Constituição Federal, não se admitindo a percepção de excesso a qualquer título", bem como o art. 9º da Emenda Constitucional nº 41/03, ao estipular que "aplica-se o disposto no art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias[296] aos vencimentos, remunerações e subsídios dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer natureza", logicamente, deverão ser interpretados *conforme as normas constitucionais originárias* e, em especial, de acordo com a já citada cláusula pétrea dos *direitos adquiridos.* Assim, possuindo os

citados artigos vários significados, uns compatíveis com as normas constitucionais pétreas e outros não, deverá o intérprete conceder à norma a interpretação que lhe garanta compatibilidade constitucional com a cláusula pétrea de respeito aos direitos adquiridos (CF, art. 60, § 4º, IV). Como ensina Canotilho, "a interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe um *espaço de decisão* (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela".[297] Conforme já definido pelo Supremo Tribunal Federal, a técnica da denominada *interpretação conforme* "só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco".[298]

No presente caso, necessária será a realização de uma *interpretação conforme sem redução do texto,* de forma a reduzir o alcance valorativo dos arts. 29 da EC nº 19/98 e 9º da EC nº 41/03, com o intuito de compatibilizá-lo com a Constituição, excluindo-lhe a interpretação que lhe conceda retroatividade em relação às situações jurídicas já consolidadas antes, primeiramente, da promulgação da Emenda Constitucional nº 19/98, e, posteriormente, da Emenda Constitucional nº 41/03. Como já decidiu a Corte Suprema, "a *interpretação conforme* é plenamente aceita e utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de dar ao texto do ato normativo impugnado compatibilidade com a Constituição Federal, mesmo se necessário for a redução de seu alcance".[299]

Em conclusão, entendemos inadmissível qualquer interpretação seja da EC nº 19/98, seja da EC nº 41/03 que possibilite o desrespeito aos direitos adquiridos dos servidores públicos, às vantagens pessoais incorporadas regularmente aos seus vencimentos e, consequentemente, integrantes definitivamente em seu patrimônio, em face de desempenho efetivo da função ou pelo transcurso do tempo, como por exemplo anuênios ou

quinquênios. Irrefutável a argumentação do saudoso Hely Lopes Meirelles, quando afirma que "vantagens irretiráveis do servidor só são as que já foram adquiridas pelo desempenho efetivo da função (*pro labore facto*), ou pelo transcurso do tempo (*ex facto temporis*)".[300]

Em relação a essas vantagens, consubstanciou-se o fator aquisitivo, configurando-se a existência de direito adquirido, pois conforme salienta Limongi França, "a diferença entre a expectativa de direito e direito adquirido está na existência, em relação a este, de fato aquisitivo específico já configurado por completo".[301] Ora, aqueles que, de forma lícita e reconhecida juridicamente, tenham seus vencimentos atuais superiores ao *teto salarial do funcionalismo*, previsto no inciso XI, do art. 37, da Constituição Federal, pela EC nº 41/03 – autoaplicável, em face do art. 8º da citada emenda, conforme já analisado –, e correspondente ao subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos, de forma alguma poderão sofrer uma redução salarial, sob pena de flagrante desrespeito *à proteção aos direitos adquiridos.* O mesmo ocorrerá caso, nos termos da EC nº 47/05, os estados-membros e o Distrito Federal, por meio de emendas às suas respectivas Constituições estaduais e Lei Orgânica Distrital, alterarem seus *subtetos,* no sentido de estabelecer um limite único para todos os servidores estaduais ou distritais, correspondente ao subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça (90,25% do subsídio dos Ministros do STF).

Ivo Dantas corrobora o entendimento do texto, afirmando que "o princípio do *Direito adquirido, quando constitucionalmente consagrado,* dirigir-se-á, da mesma forma, tanto ao *Poder Legislativo Ordinário* quanto ao *Poder Reformador,* visto que este, como aquele, tem uma natureza de *Poder Constituído,* em decorrência do que, inafastavelmente, estará limitado pelas normas constitucionais".[302]

Devemos nos lembrar de que se os vencimentos – mesmo que extrapolem futuro teto *salarial fixado em lei* – estão sendo percebidos, isso decorre da própria interpretação que o Supremo Tribunal Federal pacificou em relação a antiga redação do inciso XI, do art. 37, entendendo que as vantagens de caráter pessoal não deveriam ser computadas no teto original previsto no inciso XI do art. 37 da Constituição Federal.[303] Assim entendendo, o Pretório Excelso reconheceu que uma determinada vantagem pessoal que acresceu aos vencimentos do servidor público, mesmo acima do teto salarial, incorporou em seu patrimônio, concedendo-lhe direito adquirido a recebê-las, independentemente de futura alteração de regime jurídico.

Aqui, necessário se faz outro esclarecimento. A posição pacificada na jurisprudência da Corte Suprema sobre a inexistência de direito adquirido em relação à imutabilidade do regime jurídico do servidor público, sendo as leis que o alterem aplicáveis desde o início de sua vigência,[304] não afasta a proteção constitucional dos direitos adquiridos relacionados a eventuais vantagens pessoais que já tenham acrescido ao patrimônio do servidor público, pois são coisas diversas.

Como bem ressaltado por Hugo Nigro Mazzilli, os precedentes do STF sobre inexistência de direito adquirido e emendas constitucionais diziam respeito a pretensa existência de direito adquirido contra a imutabilidade de regime jurídico do servidor,[305] concluindo o referido autor que "ora, não se admitindo direito adquirido à imutabilidade de regime jurídico, obviamente tanto o poder constituinte originário como o derivado podem o alterar

livremente, respeitados, neste último caso, apenas os efeitos válidos já consumados sob a ordem jurídica anterior".[306] Assim, por exemplo, um servidor público que tenha ingressado na carreira sob a vigência de determinado regime jurídico que lhe garantisse a percepção de quinquênios, ou seja, acréscimo à sua remuneração de determinada verba, como adicional por tempo de serviço, a cada 5 anos, após 10 anos de efetivo serviço terá adquirido pelo transcurso do tempo de serviço (*ex facto temporis*) direito a integralização ao seu patrimônio desses dois quinquênios. Se, futuramente, houver alteração no regime jurídico regente da carreira desse servidor público, ele não mais fará jus à aquisição de novos quinquênios a cada 5 anos de efetivo serviço, em face do posicionamento da Corte Suprema pela inexistência de direito adquirido a regime jurídico; porém, em relação aos valores equivalentes aos dois quinquênios incorporados aos seus vencimentos, já se constituiu direito adquirido uma vez que já se haviam completado os requisitos legais e de fato para a integralização patrimonial.[307] Como observa Carlos Maximiliano, "se chama adquirido o direito que se constitui regular e definitivamente e a cujo respeito se completam os requisitos legais e de fato para integrar no patrimônio do respectivo titular, quer tenha sido feito valer, quer não, antes de advir norma posterior em contrário".[308]

Portanto, em relação à situação ora tratada, afirma Hugo Mazzilli que, "havendo direito adquirido, o poder de emenda à CF e a ordem infraconstitucional devem-lhe respeito".[309]

Dessa forma, nenhum servidor público poderá, a partir da publicação da EC nº 41/03, adquirir qualquer vantagem pessoal ou de qualquer outra natureza, nos termos da nova redação do inciso XI, do art. 37, que exceda ao *teto salarial* do funcionalismo público, correspondente ao subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder

Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos. Diferentemente, será o tratamento jurídico-constitucional dos servidores públicos que já têm incorporadas ao seu patrimônio vantagens pessoais juridicamente reconhecidas. Em relação a esses, não haverá possibilidade de retroatividade, continuando os mesmos a perceber integralmente seus vencimentos, em face da existência do direito adquirido[310] e da impossibilidade de reconhecer-se uma retroatividade que desconstitua uma situação jurídica perfeita e acabada, consolidada na vigência da norma constitucional originária anterior, acarretando irregular irredutibilidade de vencimentos, devidamente incorporados ao patrimônio.

Em relação ao alcance da garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos, o Supremo Tribunal Federal já estabeleceu tratar-se de cláusula que "veda a redução do que se tem".[311] Dessa forma, como salientado pelo Ministro Celso de Mello,

> "o Supremo Tribunal Federal, tendo presente a concreta abrangência desse postulado fundamental, enfatizou que '...a garantia constitucional de irredutibilidade de vencimentos (...) torna intangível o direito que já nasceu e que não pode ser suprimido...' (*RTJ* 118/300, Rel. Min. CARLOS MADEIRA), pois, afinal, a garantia da irredutibilidade incide sobre aquilo que, a título de vencimentos, o servidor já vinha percebendo (*RTJ* 112/768, Rel. Min. ALFREDO BUZAID). Cumpre ter presente, neste ponto, a sempre relembrada decisão desta Suprema Corte, em período no qual a garantia em causa somente dizia respeito aos membros do Poder Judiciário, na qual se assentou,

> concernentemente ao tema em debate, que 'O que a irredutibilidade veda é a diminuição, por lei posterior, dos vencimentos que o juiz, em exercício antes de sua vigência, estivesse recebendo' (*RTJ* 45/353, 355, Rel. Min. EVANDRO LINS). Esse entendimento – impõe-se enfatizar – tem sido reiterado em diversos pronunciamentos dessa Corte Suprema, nos quais, por mais de uma vez, já se proclamou que a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos proíbe que o estipêndio funcional seja reduzido ou afetado, por ato do Poder Público, em seu valor nominal (*RTJ* 105/671, 675, Rel. Min. SOARES MUÑOZ)".[312]

Não nos esqueçamos da advertência feita por Celso Bastos, de que "a utilização da lei (*acrescentaríamos, lei ou espécie normativa*) em caráter retroativo, em muitos casos, repugna porque fere situações jurídicas que já tinham por consolidadas no tempo, e esta é uma das fontes principais da segurança do homem na terra".[313]

Relembre-se, como o faz Ivo Dantas, de que o desrespeito ao direito adquirido permitirá igual tratamento ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.[314]

A lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao analisar o art. 29 da EC nº 19/98, e plenamente aplicável ao art. 9º da EC nº 41/03, pois "a norma fere, evidentemente, o preceito constitucional que protege os direitos adquiridos (art. 5º, XXXVI); é a vontade do poder constituinte derivado prevalecendo sobre a vontade do poder constituinte originário. A exigência de respeito aos direitos adquiridos foi incluída na própria Constituição, entre os direitos que o constituinte originário considerou fundamentais. Se são fundamentais, é porque devem ser respeitados pelo legislador, qualquer que seja a natureza da norma promulgada. Trata-se de princípio geral do

direito, que diz respeito à segurança jurídica e que existiria ainda que não previsto no corpo da Constituição".[315]

Saliente-se, ainda, em relação aos órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e da Instituição do Ministério Público, que a previsão de garantias e prerrogativas constitucionais, tais como a tradicional *irredutibilidade de vencimentos*, ora denominada de *irredutibilidade de subsídio*, tem a finalidade de preservação da separação dos poderes e da defesa dos direitos fundamentais e, portanto, cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º, III e IV), não podendo, pois, haver supressão.[316]

No sentido do texto, o Supremo Tribunal Federal, analisando especificamente a questão do teto salarial autoaplicável a partir da EC nº 41/03, por maioria de votos (6 × 5),[317] reconheceu a intangibilidade da *irredutibilidade de vencimentos,* tendo afirmado o Ministro-relator Sepúlveda Pertence que "a garantia da irredutibilidade de vencimentos é, sim, modalidade qualificada de direito adquirido e, de qualquer sorte, conteúdo de normas constitucionais específicas, estendidas, na ordem constitucional vigente, aos magistrados e aos servidores públicos em geral. Desse modo – não obstante o dogma de que o agente público não tem direito adquirido ao seu anterior regime jurídico de remuneração – há, no particular, um ponto indiscutível: é intangível a irredutibilidade do montante integral dela", para concluir que "estou, portanto, em que a irredutibilidade – hoje, universalizada – de vencimentos e salários substantiva garantia constitucional oponível às emendas constitucionais mesmas. Trata-se de garantia individual erigida pela própria Constituição que, como tal, a doutrina amplamente majoritária reputa inilidível por emenda constitucional".[318]

[1] O princípio da eficiência foi acrescentado pela Emenda Constitucional nº 19, publicada no *Diário Oficial da União* de 5 jun. 1998.

[2] TAVARES, José. *Administração pública e direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1992. p. 21.

[3] Art. 4º, II, *d*, do Decreto-lei nº 200, de 25-2-1967 (com a redação da Lei nº 7.596, de 10-4-1987). cf. GUERZONI FILHO, Gilberto. Burocracia, tecnocracia, pseudoburocracia e a Constituição de 1988: tentativas e perspectiva de formação de uma burocracia pública no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, nº 128, p. 43, Brasília: Senado Federal, 1996.

[4] STF – Pleno – Adin nº 248-I/RJ – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, 8 abr. 1994.

[5] STF – Pleno – Adin nº 248-I/RJ – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, 8 abr. 1994; *RDA*, 197/20.

[6] HAURIOU, Maurice. *Derecho público y constitucional.* 2. ed. Madri: Reus, 1927. p. 141.

[7] José Tavares enumera-nos os princípios constitucionais da administração em Portugal: *legalidade, prossecução do interesse público, respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade* (Constituição da República Portuguesa, respectivamente, arts. 268, nº 4; 266, nº 1; 266, nº 1; 266, n°s 02 e 13; 266 nº 2 e 272; 266, nº 2; 266 nº 2). Além desses princípios expressos, cita o *princípio da boa administração ou do mérito*, assinalando existir controvérsia doutrinária (Op. cit. p. 21).

[8] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 82.

[9] Idem. p. 79.

[10] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella*. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988.* São Paulo: Atlas, 1991. p. 111.

[11] STF – 2ª T. – RExtr nº 160.381- SP, Rel. Min. Marco Aurélio, v. u.; *RTJ* 153/1.030.

[12] FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira*. O princípio constitucional da moralidade administrativa*. 2. ed. Curitiba: Genesis, 1993. p. 157.

[13] *RDA* 89/134 (TJ/SP, Rel. Des. Cardoso Rolim), apud MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit.

[14] LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Ética e administração pública.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 57.

[15] STF – 1ª T. – HC 102.819, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 5-4-2011, *DJe* de 30-5-2011.

[16] STF – Pleno – ADIs 6347, 6351, 6353, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 30-4-2020.

[17] STF – Pleno – ADPF 690/DF, ADPF 691/DF, ADPF 692/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamentos virtuais finalizados em 13-3-2021.

[18] Em sentido contrário, criticando a adoção do princípio da eficiência, Maurício Ribeiro Lopes afirma que "inicialmente cabe referir que *eficiência,* ao contrário do que são capazes de supor os próceres do Poder Executivo federal, jamais será *princípio* da Administração Pública, mas sempre terá sido – salvo se deixou de ser em recente gestão política – *finalidade* da mesma Administração Pública" (*Comentários à reforma administrativa.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 108).

[19] STJ – 6ª T. – RMS nº 5.590/95-DF – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, *Diário da Justiça*, Seção I, 10 jun. 1996, p. 20.395. Em outras oportunidades, a jurisprudência já se manifestara a respeito da existência do *princípio ou objetivo da eficiência* na administração pública: STJ – 6ª T. – RMS nº 5.590/95-DF – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, *Diário da Justiça,* Seção I, 10 jun. 1996, p. 20.395; STJ – 1ª T. – RMS nº 7.730/96-RS – Rel. Min. José Delgado, *Diário da Justiça*, Seção I, 27 out. 1997, p. 54.720; STJ – 1ª T. – RMS nº 628-0/RS – Rel. Min. Milton Luiz Pereira. *Diário da Justiça*, Seção I, 18 out. 1993 – *Ementário STJ*, 8/13; STJ – 5ª T. – nº 1.912-3/MG – Rel. Min. Jesus Costa Lima, *Diário da Justiça*, Seção I, 14 nov. 1994 – *Ementário STJ* 11/43; STJ – 6ª T. – RMS nº 5.306-7/ES – Rel. Min. Vicente Leal, *Diário da Justiça*, Seção I, 4 nov. 1996 – *Ementário STJ* 17/51.

[20] *Constitución española.* Barcelona: Rio Nuevo, 1990.

[21] *Constituições estrangeiras.* Brasília: Senado Federal, 1988. v. 6, p. 120 e 136.

[22] *Constituições estrangeiras.* Brasília: Senado Federal, 1988. v. 6, p. 224.

[23] CRP (quarta revisão/1997), art. 266 – 2: Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício de suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé (*Constituição da república portuguesa.* Lisboa: Quid Juris, 1997).

[24] CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição*... Op. cit. p. 928.

[25] *Constituição da república de Cuba.* Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1987.

[26] DROMI, José Roberto. *Derecho administrativo*. 6. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997. p. 464.

[27] Note-se que, nesse sentido, a Lei Fundamental da Suécia, em seu art. 9º, prevê que "Os tribunais e as autoridades públicas, além de outros executores de funções no âmbito da administração pública, deverão observar em suas atividades a igualdade de todos perante a lei e manter-se objetivos e imparciais" (*Constituições estrangeiras.* Brasília: Senado Federal, 1987, v. 4, p. 121).

[28] Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira critica a inclusão do *princípio da eficiência,* afirmando que a substituição do *princípio da qualidade do serviço público*, aprovado no 2º turno da Câmara dos Deputados, "parece não ter sido a melhor escolha, já que esta tem sentido bem mais restrito que aquela" (*Reforma administrativa:* o Estado, o serviço público e o servidor. Brasília: Brasília Jurídica, 1998, p. 157).

[29] Administração pública, na definição de Marcello Caetano, é "o conjunto de pessoas jurídicas, cuja vontade se exprime mediante órgãos e cuja atividade se processa através de serviços" (*Princípios fundamentais do direito administrativo.* Coimbra: Almedina, 1996. p. 63).

[30] Canotilho e Moreira, igualmente, fazem essa advertência, afirmando que "não se trata de uma perspectiva meramente tecnocrática, pois, como resulta do princípio da gestão participativa, à Constituição interessam não apenas os meios tecnológicos de organização, mas também as condicionantes sociopolíticas em que se move a Administração pública" (*Constituição...* Op. cit. p. 931).

[31] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 73-74.

[32] Poder-se-ia recorrer à lição de Tércio Sampaio Ferraz Jr., que ao analisar as novas funções da administração pública afirma que "o fundamento ético dessa administração intervencionista não é mais a *sittliche Gesetzmässigkeit,* no sentido de uma ética de convicção, mas a moral da conveniência e da adequação, no sentido de uma ética de resultados" (Ética administrativa num país em desenvolvimento. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* nº 22, p. 38).

[33] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo.* Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 70.

[34] Essa finalidade não parece afastar-se muito do princípio da boa administração ou do mérito, previsto implicitamente pela Constituição portuguesa (Cf. TAVARES, José. A *administração pública* e *direito administrativo.* Coimbra: Almedina, 1992, p. 45).

[35] *Constituições estrangeiras.* Brasília: Senado Federal, 1987. v. 4, p. 82.

[36] *Constitucion política de la republica de Chile.* Santiago: Editorial Juridica a del Chile, 1996.

[37] RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. *O princípio da imparcialidade da administração pública.* Coimbra: Almedina, 1996. p. 170.

[38] MACHADO, João Baptista. *Participação e descentralização:* democratização e neutralidade na Constituição de 1967. Coimbra: Almedina, 1982. p. 145.

[39] Nesse sentido a Constituição da República das Filipinas, de 15-10-1986: "Seção 28. O Estado, observadas condições razoáveis determinadas por lei, adota e implementa uma política de plena transparência em relação a todas as suas transações que envolvam o interesse público" (*Constituições estrangeiras.* Brasília: Senado Federal, 1988, v. 6, p. 74).

[40] Nesse sentido a Constituição da República das Filipinas, de 15-10-1986: "Seção 27. O Estado manterá a honestidade e a integridade no serviço público e tomará medidas positivas e eficazes contra o suborno e a corrupção" (*Constituições estrangeiras.* Brasília: Senado Federal, 1988. v. 6, p. 73).

[41] Reconheceu o Superior Tribunal de Justiça que ao Estado cabe o poder indeclinável de regulamentar e controlar os serviços públicos, exigindo sempre sua atualização e eficiência, de par com o exato cumprimento das condições impostas para sua prestação ao público (STJ – 1ª T. – RMS nº 7.730/96-RS – Rel. Min. José Delgado, *Diário da Justiça*, Seção I, 27 out. 1997, p. 54.720). Da mesma maneira, afirmou o Tribunal de Justiça do Espírito Santo que "atenta-se, ainda, para a circunstância de que habilitado ao concurso público, o impetrante aceitou as condições impostas no edital. Desse modo, fica autorizada a Administração a prescrever requisitos, exigências e pontuação que entender conveniente, como condições de eficiência, moralidade e aperfeiçoamento do serviço público, ou seja, a bem do interesse público" (MS nº 950001014 – Rel. Des. Maurilio Almeida de Abreu, decisão: 10 out. 1996).

[42] Nesse sentido, o art. 9º do Capítulo 11 da Lei Fundamental da Suécia (*Constituições* estrangeiras. Brasília: Senado Federal, 1987. v. 4, p. 161).

[43] O Superior Tribunal de Justiça já entendia a eficiência como objetivo precípuo da Administração no preenchimento de cargos públicos: "Servidora pública em estágio probatório pode ser dispensada por não convir à Administração a sua permanência, após ter sido apurado em sindicância regular, com a ampla defesa assegurada, que praticou atos incompatíveis com a função do cargo em que se encontrava investida. O estágio tem por escopo verificar se a pessoa habilitada no concurso preenche os requisitos legais exigidos, sua idoneidade moral, a disciplina, a *eficiência*, a aptidão, a assiduidade" (STJ – 5ª T. – RMS nº 1.912-3/MG – Rel. Min. Jesus Costa Lima, *Diário da Justiça*, Seção I, 14 nov. 1994 – *Ementário STJ* 11/43).

[44] *Constituição...* Op. cit. p. 927.

[45] OTERO, Paulo. *Conceito e fundamento da hierarquia administrativa.* Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 268.

[46] Conferir Lei 13.460/17, que instituiu o Código de Defesa do Usuário do Serviço Público.

[47] Conferir a respeito: VITA, Eduardo Coca. Revisión jurisdiccional de la inactividad material de la administración. *Revista Espanhola de Derecho Administrativo*, Madri, nº 17, p. 290; JACAS, Joaquin Ferret. *El control jurisdiccional de la inactividad administrativa.* Barcelona: Escuela de administración pública, 1985. p. 75.

[48] FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Arbitrariedad y discrecionalidad.* Madri: Civitas, 1991, p. 117.

[49] CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição*... Op. cit. p. 927.

[50] Definição constante na Portaria nº 05, de 14-11-1991, do presidente do Comitê Nacional da Qualidade e Produtividade, secretário geral da Presidência da República.

[51] Nesse sentido, foi editada a Lei 13.460/17.

[52] Em respeito ao Princípio da Separação de Poderes, o STF entendeu "inadmissível a previsão de 'controle de qualidade' – a cargo do Poder Executivo – de serviços públicos prestados por órgãos do Poder Judiciário" (Pleno – ADI 1905/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento virtual finalizado em 16-8-2021).

[53] Alexander Hamilton, in *The federalist,* denominava essa supremacia constitucional como *superior obligation and validity* ("vinculação mais forte").

[54] Cf. nesse sentido: QUEIROZ, Cristina M. M. *Os actos políticos no estado de direito.* Coimbra: Almedina, 1990. p. 201.

[55] Tal dificuldade, que a nosso ver não mais se justifica em virtude da alteração constitucional, verifica-se na seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça: "Restrito ao exame da legalidade do ato, não é permitida a perquirição judicial sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato, nessas hipóteses, emitindo-se manifestação de administração e não de jurisdição reservada ao Poder Judiciário" (STJ – 1ª T. – RMS nº 628-0/RS – Rel. Min. Milton Luiz Pereira, *Diário da Justiça*, Seção I, 18 out. 1993).

[56] TAWIL, Guido Santiago. *Administración y justicia.* Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 306.

[57] Essa previsão implícita do *princípio da eficiência,* decorrente da existência de órgãos fiscalizadores da atividade administrativa, como o Ministério Público na Constituição brasileira, também é indicada na Constituição da República da Coreia, de 12-9-1948, emendada em outubro de 1987, que em seu art. 97 prevê a existência de uma Junta de Auditoria e Inspeção que avaliará o desempenho dos órgãos executivos e autoridades públicas (*Constituições estrangeiras.* Brasília: Senado Federal, 1988. v. 6, p. 45).

[58] Ressalte-se que função semelhante possui o *ombudsman* sueco, quando o art. 6º do Capítulo 12 da Lei Fundamental Sueca prevê que "O Riksdag elegerá um ou mais de um *ombudsman* para o fim de supervisionar, conforme instruções determinadas pelo Riksdag, a aplicação das leis e de outras normas do serviço público (*Constituições estrangeiras.* Brasília: Senado Federal, 1987. v. 4, p 160).

[59] NIETO, Alejandro. La inactividad material de la administración: veintecinco años después. *Documentación Administrativa*. Madri, nº 208, p. 16, 1986.

[60] STF – Pleno – ADI 2135/DF – medida cautelar – Rel. p/ acórdão Min. Ellen Gracie, decisão: 2-8-2006. *Informativo STF* nº 474.

[61] Conferir os comentários sobre as introduções trazidas em comparação com o texto anterior *in* MORAES, Alexandre de. *Reforma administrativa (EC 19/98).* São Paulo: Atlas, 1998.

[62] STF – Pleno – ADI 5615, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 29-5-2020.

[63] Art. 37, I, com a nova redação dada pela EC nº 19/98. Conferir: STF – 2ª T. – RE 346180 AgR/RS – Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão: 14-6-2011.

[64] Art. 37, II, com a nova redação dada pela EC nº 19/98.

[65] Art. 12, Lei nº 8.112/90.

[66] Art. 37, V, com a nova redação dada pela EC nº 19/98.

[67] Conferir detalhado estudo em relação à vedação do nepotismo no âmbito do Poder Judiciário em artigo presente no CD-ROM em anexo.

[68] A edição da Súmula Vinculante 13 ocorreu após o julgamento do RE 579.951/RN – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão: 20-8-2008. Foram citados os seguintes precedentes: ADI 1521/RS (*DJU* de 17-3-2000); ADC 12 MC/DF (*DJU* de 1º-9-2006); MS 23.780/MA (*DJU* de 3-3-2006); RE 579.951/RN (j. em 20-8-2008).

[69] Rcl 29033 AgR/RJ, 1ª T, rel. Min. Roberto Barroso, j. 17-9-2019; STF – Pleno – Rcl 6650 MC AgR/PR – Rel. Min. Ellen Gracie, decisão: 16-10-2008.

[70] STF – Pleno – RE 570392/RS – Rel. Min. Cármen Lúcia, 11-12-2014.

[71] Art. 37, VII, com a nova redação dada pela EC nº 19/98.

[72] STF – Pleno – ARE 654432/GO – Rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgamento: 5-4-2017.

[73] STF – Pleno – ADI 6476/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, julgamento virtual finalizado em 3-9-2021.

[74] Art. 37, X, com a nova redação dada pela EC nº 19/98.

[75] Nesse sentido: *RTJ* 157/460, STF – Pleno – Adin nº 1.396/SC – Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 8 jun. 1998 – *Informativo STF* nº 114, jun. 1998. Observe-se que apesar desses precedentes referirem-se a antiga redação do inciso XI do art. 37 da CF, parecem-nos totalmente aplicáveis na situação atual.

[76] Art. 37, XI, com a nova redação dada pela EC nº 41/03.

[77] STF – Pleno – ADI nº 4900/DF – Rel. orig. Min. Teori Zavascki – Red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso – decisão: 11-2-2015 (ADI-4900).

[78] STF – Pleno – ADI 6584/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento virtual finalizado em 21-5-2021.

[79] STF – Pleno – ADI 5114, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 18-8-2020.

[80] Nova redação dada pela EC nº 19/98.

[81] STF – Pleno – ADI 6468/SE, Rel. Min. Edson Fachin, julgamento virtual finalizado em 2-8-2021.

[82] STF – Pleno – ADI 6437/MT, Rel. Min. Rosa Weber, julgamento virtual finalizado em 28-5-2021.

[83] Nova redação dada pela EC nº 19/98.

[84] STJ – 2ª T. – RMS nº 771/BA – Rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro, *Diário da Justiça*, Seção I, 21 out. 1991.

[85] Nova redação dada pela EC nº 19/98.

[86] Conforme decidiu o STF "é dispensável a autorização legislativa para a alienação de controle acionário de empresas subsidiárias" (STF – Pleno – ADI 5624 MC-Ref/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; Rcl 42.576/DF, Red. p/acórdão Min. Alexandre de Moraes, *DJe* 25-3-2021; STF – Pleno – ADPF 794/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento virtual finalizado em 21-5-2021).

[87] Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, promulgada em 4-6-1998 e publicada no *Diário Oficial da União* em 5-6-1998. Ressalte-se que o art. 34 da própria Emenda Constitucional estabeleceu que sua entrada em vigor seria na data de sua promulgação.

[88] STF – Pleno – ADC 36, Rel. Min. Cármen Lúcia, Red. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 8-9-2020.

[89] Redação dada pela EC nº 42, promulgada em 19 de dezembro de 2003 e publicada no *DOU* de 31-12-2003.

[90] Nova redação dada pela EC nº 19/98. Observe-se que, nos termos da Emenda Constitucional nº 101, de 3 de julho de 2019 a possibilidade de acumulação foi estendida aos militares dos Estados e do Distrito Federal.

[91] Nova redação dada pela EC nº 19/98.

[92] STF – Pleno – RE 612975/MT – Rel. Min. Marco Aurélio – julgamento: 27-4-2017.

[93] Em relação à necessidade de fixação dos subsídios de Governador e Vice-Governador de Estado em parcela única, conferir: STF – Pleno – ADI nº 3.771-4/RO – MC – Rel. Min. Carlos Britto, decisão: 10-8-2006.

[94] Conferir em relação ao teto salarial: STF – Pleno – MS nº 24875/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 11-5-2006, *Informativo* STF nºs 418 e 419. Nesse julgamento, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, rejeitou o pedido de declaração incidental de inconstitucionalidade das palavras "pessoais ou", contidas no inciso XI do art. 37 da Constituição, e da expressão "e da parcela a título de tempo de serviço", do artigo 8º da Emenda Constitucional nº 41/2003.

[95] STF – Pleno – ADI 3855/DF e ADI 3872/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamentos virtuais finalizados em 26-11-2021.

[96] Conferir a possibilidade de fixação de subteto no âmbito estadual, mesmo antes de expressa previsão constitucional federal: STF – RE 491.529-4/SP – Rel.

Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 14 nov. 2006, p. 105; STF – RE 472.039-6/MG – Rel. Min. Eros Grau, *Diário da Justiça*, Seção I, 14 nov. 2006, p. 101.

[97] *Ata* da Primeira Sessão Administrativa do Supremo Tribunal Federal do Ano de 2004, realizada em 5 de fevereiro de 2004 (*Diário da Justiça*, Seção I, 17 fev. 2004, p. 1).

[98] Em relação à ausência de aplicabilidade da antiga redação do inciso XI, do art. 37, dada pela EC nº 19/98 e revogada pela EC nº 41/02, conferir Ata da 3ª Sessão Administrativa do Supremo Tribunal Federal, de 24-6-98, no seguinte sentido: "O Supremo Tribunal Federal, reunido em Sessão Administrativa, deliberou, por 7 votos a 4, vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio e Ilmar Galvão, que não é autoaplicável a norma constante do art. 29 da Emenda Constitucional nº 19/98, por entender que essa regra depende, para efeito de sua plena incidência e integral eficácia, da necessária edição de lei, pelo Congresso Nacional, lei essa que deverá resultar de projeto de iniciativa conjunta do Presidente da República, do Presidente da Câmara dos Deputados, do Presidente do Senado Federal e do Presidente do Supremo Tribunal Federal. O Supremo Tribunal Federal, nessa mesma Sessão Administrativa, entendeu que, até que se edite a lei definidora do subsídio mensal a ser pago a Ministro do Supremo Tribunal Federal, prevalecerão os três (3) tetos estabelecidos para os Três Poderes da República, no art. 37, XI, da Constituição, na redação anterior a que lhe foi dada pela EC nº 19/98, vale dizer: no Poder Executivo da União, o teto corresponderá à remuneração paga a Ministro de Estado; no Poder Legislativo da União, o teto corresponderá à remuneração paga aos Membros do Congresso Nacional; e no Poder Judiciário, o teto corresponderá à remuneração paga, atualmente, a Ministro do Supremo Tribunal Federal. O Supremo Tribunal Federal, na Sessão Administrativa hoje realizada, declarou que não dispõe de competência, para, mediante ato declaratório próprio, definir o valor do subsídio mensal. Essa é matéria expressamente sujeita a reserva constitucional de lei em sentido formal."

[99] Redação dada pela EC nº 19/98.

[100] STF – 2ª T. – Rextr. nº 220.006-8/SP – Rel. Min. Néri da Silveira, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 abr. 1998, p. 27; STF – 2ª T. – RMS nº 21.966 – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 14 nov. 1996; STF – 1ª T. – RMS nº 21.839 – Rel. Min. Sydney Sanches, *Diário da Justiça*, Seção I, 18 abr. 1997.

[101] Ata da Primeira Sessão Administrativa do Supremo Tribunal Federal do Ano de 2004, realizada em 5 de fevereiro de 2004, *Diário da Justiça*, Seção I, 17 fev. 2004, p. 1. Conferir, ainda: STF – Pleno – MS 24527/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, decisão: 25-5-2005 – *Informativo STF* nº 389, p. 2.

[102] STF – Pleno – RE 612975/MT e RE 602043/MT – Rel. Min. Marco Aurélio – julgamento: 27-4-2017.

[103] STF – Pleno – ADI 6746/RO, Rel. Min. Rosa Weber, julgamento virtual finalizado em 28-5-2021.

[104] STF – Pleno – MS nº 24.875/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 11-5-2006.

[105] STF – Pleno – ADI 3854/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 07-12-2020.

[106] Redação dada pela EC nº 19/98. Conferir: REALE, Miguel. Acesso de estrangeiros aos cargos públicos – sentido do art. 37, inciso I, da Constituição. *RDA* 188/379. Observe-se, porém, que "a norma do inciso I do art. 37, CF, relativamente ao estrangeiro, é de eficácia limitada, porque dependente de normatização ulterior, assim não autoaplicável" (STF – RE nº 439.754/RR – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 12 dez. 2005, p. 130).

[107] STF – Pleno – Rextr. nº 141.864-8/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 23 mar. 1995, p. 6.721; STF – Pleno – Rextr. nº 157.863-7/DF, Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 1 out. 1993 – *Ementário* nº 1.719-5; STF – Rextr. nº 148.065-3-RS, Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, 21 set. 1995, p. 30.415; STF – Pleno – RMS nº 21.046, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; STF, 2ª T., RE 120.305-6, Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 jun. 1995, p. 17.236; STJ – RMS nº 1.086, 1ª T., Rel. Min. Garcia Vieira, *Diário da Justiça*, 9 mar. 1992 – ST, 38/115.

[108] *Comentários à Constituição de 1946...* Op. cit. p. 148.

[109] *Constituição...* Op. cit. p. 302.

[110] STF – Pleno – RE nº 439754/RR – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 12 dez. 2005, p. 130. Conforme decidiu o STF, "Até o advento das Emendas 11/1996 e 19/1998, o núcleo essencial dos direitos atribuídos aos estrangeiros, embora certamente compreendesse as prerrogativas necessárias ao resguardo da dignidade humana, não abrangia um direito à ocupação de cargos públicos efetivos na estrutura administrativa brasileira, consoante a redação primitiva do artigo 37, inciso I, da Lei Maior. Portanto, o art. 243, § 6º, da Lei

8.112/90 estava em consonância com a Lei Maior e permanece em vigor até que surja o diploma exigido pelo novo art. 37, I, da Constituição" (STF – 2ª T. – RE 346180 AgR/RS – Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão: 14-6-2011).

[111] Discordamos, portanto, da afirmação de Maurício Antonio Ribeiro Lopes quando diz que "não se compreende como possa um estrangeiro exercer cargo ou função pública sem residir no país" (*Comentários à reforma administrativa.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 110).

[112] Art. 37, II, com a nova redação dada pela EC nº 19/98.

[113] *RTJ* 161/831.

[114] STF – 1ª T – RE 856550/ES – Rel. orig. Min. Rosa Weber, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes – julgamento: 10-10-2017.

[115] Nesse sentido: MORAES, Alexandre de. *Reforma administrativa – EC nº 19/98.* São Paulo: Atlas, 1998 e LOPES, Maurício Ribeiro. *Comentários à reforma administrativa.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 117.

[116] Conferir: STF – Pleno – RE 635648/CE – Rel. Min. Edson Fachin – julgamento: 14-6-2017.

[117] FERREIRA, Pinto. *Comentários...* Op. cit. v. 2, p. 374.

[118] O Supremo Tribunal Federal entende a possibilidade de contratação com base em medida provisória, uma vez que possui *força de lei* (Cf. STF – Adin nº 1.567-2/DF – medida liminar – Rel. Min. Sydney Sanches, *Diário da Justiça*, Seção I, 7 nov. 1997, p. 57.231).

[119] SANTOS, Alvacir Correa. *Contratação temporária na administração pública*. Curitiba: Genesis, 1996. p. 53.

[120] STF – Pleno – ADI 3116/AP – Rel. Min. Carmen Lúcia, decisão: 14-2-2011.

[121] STF – Pleno – ADI 3662/MT – Rel. Min. Marco Aurélio – julgamento: 23-3-2017.

[122] STF – Suspensão de Segurança nº 1.081-6/ES, *Diário da Justiça*, Seção I, 3 set. 1996, p. 31.187; Suspensão de Segurança nº 1.082-4/ES, *Diário da Justiça*, Seção I, 3 set. 1996, p. 31.189; Suspensão de Segurança nº 1.085-9/ES, *Diário da Justiça*, Seção I, 3 set. 1996, p. 31.193, em todos relator o Ministro-presidente Sepúlveda Pertence.

[123] STF – Adin nº 1.329-7/AL – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 20 set. 1996, p. 34.531.

[124] STF – Pleno – Mandado de Segurança nº 21.322-1/DF, Rel. Min. Paulo Brossard, j. 3-12-92.

[125] Precedente citado: RE 164.715-MG (Pleno, 13-6-96). RE 201.724-PR, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1-10-96. No mesmo sentido: RE nº 162.873-1, Rel. Min. Maurício Correa – *Informativo STF* nº 47.

[126] STF – Pleno – ADI 6355/PE, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento virtual finalizado em 28-5-2021; STF – Pleno – Adin nº 248-I/RJ – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, 8 abr. 1994.

[127] STF, ADI 917/MG, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Teori Zavascki, 6-11-2013; *Informativo STF*, Brasília 19 a 23 ago. 1996, nº 41: "Precedente citado: Adin 231-RJ (RTJ 144/24). Adin 1.030-SC, Rel. Min. Carlos Velloso, 22-8-96."

[128] STF – Tribunal Pleno – Adin nº 363-1-DF; Rel. Min. Sydney Sanches, j. 15-2-1996; v.u., ementa – AASP nº 1987 – *Ementário* – 22 a 28 de janeiro de 1997, p. 8-e.

[129] STF/Súmula 15: Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação. Referência: Estat. dos Funcs. Públs. Civ. da União (Lei nº 1.711, de 28-10-52), art. 13. Cód. Civ., artigo 1.512 – Embs. Apel Civ. 7.387, de 9-8-44. Rec. em Mand. Segur. 8.724 de 9-8-61 e 8.578, de 27-9-61.

[130] STF – Pleno – MS nº 20.864-3/DF – Rel. Min. Carlos Madeira, *Diário da Justiça*, Seção I, 4 ago. 1989.

[131] STF – Pleno – ADI nº 2.931-2/RJ – Rel. Min. Carlos Britto, *Diário da Justiça*, Seção I, 29 set. 2006, p. 31.

[132] STF – Plenário – RE 598099/MS – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 10-8-2011. Conferir, no mesmo sentido: STJ – 2ª T. – Resp 1220684/AM – Rel. Min. Castro Meira, decisão: 3-2-2011.

[133] STF – Pleno – ADI 6476/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, julgamento virtual finalizado em 3-9-2021.

[134] Art. 37, VII, com a nova redação dada pela EC nº 19/98. A redação anterior dizia "...nos termos e nos limites definidos em lei complementar".

[135] A jurisprudência citada refere-se à necessidade de Lei Complementar, nos termos da redação constitucional anterior à promulgação da EC nº 19/98: STF – Pleno – MI nº 20/DF – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 22 nov. 1996, p. 45.690.

[136] STJ, 2ª T., AgRg no REsp 1390467/RN, Rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 25-9-2013; STJ, 1ª T., EDcl no REsp 1302179/PB, Rel. Min. Benedito Gonçalves, *DJe*

4-6-2013; STJ, 2ª T., AgRg no AREsp 244165/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJe* 17-12-2012. STF – 2ª T. – Rextr. nº 208.278-3/RS – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 13 out. 1997, p. 51.487.

137 STF – Pleno – MI 708/DF – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 19-9-2007. *Informativo STF* nº 480.

138 STF – Rcl. 6.568-SP – Rel. Min. Eros Grau.

139 STF – Pleno – ARE 654432/GO – Rel. orig. Min. Edson Fachin – red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes – julgamento: 5-4-2017.

140 STF – Rcl. 6.568-SP – Rel. Min. Eros Grau.

141 STF – Pleno (repercussão geral) – RE 846854/SP – Rel. orig. Min. Luiz Fux, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes – julgamento: 25-5-2017.

142 STF – Repercussão Geral – RE 693.456/RJ – Rel. Min. Dias Toffoli, decisão: 27-10-2016.

143 Art. 7º, XII, com redação dada pelo art. 1º da Emenda Constitucional nº 20/98.

144 Conferir extensa e completa análise sobre "Reforma constitucional, cláusulas pétreas, especialmente a dos direitos fundamentais, e a reforma tributária". VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba:* direito administrativo e constitucional. Coord. Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 162-178.

145 Trecho do voto – *Ementário STF* nº 1.730-10.

146 Trecho do voto – *Ementário STF* nº 1.730-10.

147 Conferir em realçam a não taxatividade do rol previsto no art. 5º: MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 297.

148 DANTAS, Ivo. *Constituição federal:* teoria e prática. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, v. 1. p. 308.

149 DANTAS, Ivo. *Constituição federal:* teoria e prática. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, v. 1. p. 302.

150 Relembre-se de que o rol do art. 5º é exemplificativo, existindo outros direitos e garantias individuais espalhados pela Constituição Federal e, consequentemente, existindo outras cláusulas pétreas com base no art. 60, § 4º, IV. Cf., em relação à fundamentação do Supremo Tribunal Federal no tocante à exemplificatividade do rol do art. 5º: MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 297.

[151] HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 239-240.

[152] STF – Pleno – Adin nº 1.946/DF – medida cautelar – Rel. Min. Sydney Sanches, decisão: 29-4-99 – *Informativo STF* nº 147. Cf., ainda, *Informativo* nº 144.

[153] *Informativo STF* – 13 a 17 maio 1996, nº 31 – MS 22.439-DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, 15-5-96 – Vencidos os Ministros Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Carlos Velloso. No mesmo sentido *Informativo STF* – 16 a 20 set. 1996, nº 45 – MS 22468-1, Rel. Min. Maurício Corrêa, afirmando: "*A lei que instituiu a* ***data-base*** *(Lei nº 7.706/88) e as outras que a repetem, não são normas autoaplicáveis no sentido de que obriguem o Chefe do Poder Executivo Federal a expedir proposta legislativa de revisão de vencimentos, face ao princípio constitucional que lhe reserva a privatividade da iniciativa (CF, artigo 61, § 1º, II, a). Depende a iniciativa da vontade política do Presidente da República e das conveniências subjetivas de sua avaliação." STF – Pleno – MS nº* 22.563-7/CE (em relação aos servidores públicos estaduais) e, ainda, STF – Pleno – MS nº 22.464-9/DF (em relação aos servidores públicos do Distrito Federal), ambos relatados pelo Min. Moreira Alves (*Diário da Justiça*, Seção I, 31 out. 1997, p. 55.544).

[154] Concordamos com Maurício Ribeiro Lopes, quando afirma que "Pode a administração conceder reajustes em periodicidade inferior a um ano, jamais superar à data limite fixada como de interregno de doze meses para a revisão salarial" (*Comentários*... Op. cit. p. 122).

[155] STF – Pleno – Adin. nº 2.061-7/DF – Rel. Min. Ilmar Galvão – *Diário da Justiça*, Seção I, 29 jun. 2001, p. 33.

[156] STF – 2ª T. – RE nº 503.122-5/RS – Rel. Min. Cezar Peluso, *Diário da Justiça*, Seção I, 12 set. 2006, p. 98.

[157] STF – Pleno – RE 843112 – Tema 624, Rel. Min. Luiz Fux, j. 22-9-2020.

[158] Conforme afirmou o Superior Tribunal de Justiça, "a incompatibilidade de horários, na acumulação de cargos de professor, configura-se em hipótese diversa da prevista pela Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XVI" (STJ 5ª T. – RMS nº 4.503/RN – Rel. Min. Flaquer Scartezzini, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 out. 1997, p. 50.010).

[159] Nova previsão dada pela EC nº 34, de 13-12-2001. A redação anterior previa a possibilidade de cumulação remunerada de dois cargos privativos de médico.

[160] STF – 2ª T. – Rext. nº 182.811/MG – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 30-5-06.

[161] Nesse sentido: “Considerando que a CF/88, nas hipóteses em que admite a acumulação de cargos, empregos ou funções, veda a percepção remunerada resultante de três posições no serviço público, incluindo-se aquela decorrente de aposentadoria, a Turma deu provimento a recurso extraordinário para reformar acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que reconhecera o direito de servidor público a acumular os vencimentos do cargo de médico do Estado e do cargo de professor adjunto da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ, com os proventos de outro cargo de médico, sob o entendimento de que a vedação constante da CF não abrange os proventos de aposentadoria (CF, art. 37: ‘...XVI – é vedada a acumulação remunerada de serviços públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI: a) a de dois cargos de professor; b) a de um cargo de professor com outro, técnico ou científico; c) a de dois cargos privativos de médico; XVII – a proibição de acumular estende-se a empregos e funções...’). Precedentes citados: RE 163.204-SP (*DJU* 15-3-96) e RE 141.730-SP (*DJU* 3-5-96)” (STF – 2ª T. – Rextr. nº 141.376-RJ – Rel. Min. Néri da Silveira, decisão: 2-10-2001. *Informativo STF* nº 244).

[162] Em relação à opção e acumulação de empregos: “Quando o servidor acumula emprego ou cargos públicos e opta por um deles a fim de atender ao preceito do art. 37, XVI e XVII, da CF, combinado com o art. 17, §§ 1º e 2º do ADCT, tacitamente pediu demissão do outro, fazendo jus apenas aos salários e às verbas decorrentes de sua iniciativa resilitória” (TRT – 10ª Região – 1ª T. – RO nº 0517/90 – Rel. Juiz Fernando Damasceno, *Diário da Justiça*, Seção II, 24 abr. 1991). No mesmo sentido: TRT – 10ª Região – 1ª T. – RO nº 2.092/90 – Rel. Juiz Heráclito Pena Jr., *Diário da Justiça*, Seção II, 21 ago. 1991.

[163] “A Vedação do artigo 37, XVI, da Constituição Federal limita-se a acumulação de dois cargos públicos, nada opondo a que se ative o funcionário em outra atividade no setor privado. Se, no caso do Policial Militar, houver proibição expressa da Corporação a que se subordina, terá ocorrido mera infração do Policial Militar com relação àquela entidade” (TRT – 2ª Região – 7ª T. – Recurso Ordinário nº 02970115713/SP – Rel. Juiz Gualdo Formica, decisão: 24 nov. 1997).

[164] Interpretando o texto constitucional da EC nº 41/03, o Supremo Tribunal Federal excluiu do limite previsto para o *teto salarial* a cumulação remunerada dos vencimentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal com a verba

remuneratória pela prestação de serviços eleitorais no TSE (*Ata* da Primeira Sessão Administrativa do Supremo Tribunal Federal do Ano de 2004, realizada em 5 de fevereiro de 2004, *Diário da Justiça*, Seção I, 17 fev. 2004, p. 1).

165 O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 145, § 7º, *c*, da Constituição do Estado do Mato Grosso que admitia a possibilidade de acumulação remunerada, desde que houvesse compatibilidade de horários, de dois cargos privativos de profissionais de saúde (STF – Adin nº 281-MT, Rel. Min. Ilmar Galvão, 5-11-97. *Informativo* nº 91). Nesse mesmo sentido, entendeu o STF que "a possibilidade de acumulação de dois cargos privativos de médico é exceção que não se estende a outros profissionais da saúde (CF, art. 37, XVI, redação anterior à EC 19/98). Com esse entendimento, a Turma manteve acórdão que negara à impetrante o pretendido reconhecimento da constitucionalidade da acumulação de dois cargos públicos de odontólogo" (STF – 1ª T. – Rextr. nº 222.423/RJ – Rel. Min. Ilmar Galvão, decisão: 31-8-99. *Informativo STF* nº 160). Em virtude da EC nº 34, de 13-12-2001, atualmente é possível a cumulação remunerada de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas.

166 TSE – Processo administrativo nº 15.698/DF – Rel. Min. Eduardo Alckmin, *Diário da Justiça*, Seção I, 21 out. 1997, p. 53.430.

167 STF – Pleno – Mandado de Segurança nº 22.182-8 – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 10 ago. 1995, p. 23.555. Conforme se referiu o Ministro-relator: "O Plenário desta Corte, recentemente, ao julgar o RE nº 163.204, firmou o entendimento de que, em face da atual Constituição, não se podem acumular proventos com remuneração na atividade, quando os cargos efetivos de que decorrem ambas essas remunerações não sejam acumuláveis na atividade." Conferir, ainda: STF – Pleno – Adin nº 1691-1/DF – medida liminar – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 28 nov. 1997 e 12 dez. 1997, STF – 2ª T. – Rextr. nº 382.389/MG, Rel. Min. Ellen Gracie, decisão: 14-2-2006.

168 CF, art. 37, § 10, incluído pela EC nº 20/98.

169 EC nº 20/98, art. 11.

170 Conferir: STF – 1ª T. – RMS 24737/DF – Rel. Min. Carlos Britto, decisão: 1º-6-2004, *Informativo STF* nº 350, p. 2.

171 STF – Adin nº 1.328-9/AL – Medida Liminar – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 10 ago. 1995, p. 23.556. Citando, inclusive, precedentes do Supremo Tribunal Federal: RE 81.728-SP, ERE 68.480, MS 19.902, RE 77.237-SP, RE 76.241-RJ.

[172] Plenário do TRF da 1ª Região, Rel. Tourinho Neto, por maioria, vencido o Juiz Luciano Amaral, 24 nov. 1994 – Leite Soares, pres. – Tourinho Neto, relator. In: Publicado nos *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política,* 11/363.

[173] CF, art. 40, § 6º, com a redação dada pela EC nº 20/98.

[174] STF – 2ª T. – RE 584388/SC – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão: 31-8-2011; STF – Pleno – MS nº 24.742, voto do Min. Marco Aurélio, *DJ* 11-3-05.

[175] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 180.

[176] STJ – Pleno – MS nº 5.602/DF – Rel. Min. Presidente Amércio Luz, *Diário da Justiça*, Seção I, 4 fev. 1998, p. 4.

[177] SILVA, José Afonso. *Curso...* Op. cit. p. 573.

[178] MELO, José Tarcizio Almeida. *Direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 46.

[179] FERRAZ, Sérgio; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 40-41.

[180] *RDP* 100/30.

[181] STF – Pleno – ADI 6522/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento virtual finalizado em 14-5-2021.

[182] STF – 2ª T. – RE 281012/PI, rel. orig. Min. Gilmar Mendes, red. p/ o acórdão, Min. Joaquim Barbosa, 20-3-2012.

[183] FERREIRA, Sérgio Andréa. *Comentários...* Op. cit. v. 3, p. 293.

[184] STF, 2ª T., RE 281012/PI, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe*-113, 11-6-2012; STF, 1ª T., RE 191668/RS, Rel. Min. Menezes Direito, *DJe*-097, 29-5-2008.

[185] STJ, 2ª T., AgRg no REsp 1368125/PR, Rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 28-5-2013; STJ, 2ª T., AgRg no AREsp 125375/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJe* 23-5-2012; STJ, 2ª T., AgRg no AREsp 6693/RS, Rel. Min. Castro Meira, *DJe* 27-9-2011; STJ, 2ª T., REsp 765212/AC, Rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 23-6-2010.

[186] Neste sentido: PAZZAGLINI FILHO, ROSA e FAZZIO JR. *Improbidade administrativa*: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público. São Paulo: Atlas, 1996. p. 35.

[187] A Lei nº 8.429/92 disciplina em seu art. 12 as sanções a serem aplicadas por prática de atos de improbidade.

[188] Conferir nosso *Direito Constitucional Administrativo.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

[189] A EC 119, de 27 de abril de 2022, estabeleceu que, “em decorrência do estado de calamidade pública provocado pela pandemia da Covid-19, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e os agentes públicos desses entes federados não poderão ser responsabilizados administrativa, civil ou criminalmente pelo descumprimento, exclusivamente nos exercícios financeiros de 2020 e 2021, do disposto no caput do art. 212 da Constituição Federal”. A EC 119 impediu “a aplicação de quaisquer penalidades, sanções ou restrições aos entes subnacionais para fins cadastrais, de aprovação e de celebração de ajustes onerosos ou não, incluídas a contratação, a renovação ou a celebração de aditivos de quaisquer tipos, de ajustes e de convênios, entre outros, inclusive em relação à possibilidade de execução financeira desses ajustes e de recebimento de recursos do orçamento geral da União por meio de transferências voluntárias”.

[190] STF – Pleno – ADPF 418, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 15-4-2020.

[191] No sentido do texto, em relação à natureza civil do ato de improbidade administrativa, conferir: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 29. ed. São Paulo. Malheiros, 1999. p. 337; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos.* São Paulo: Atlas, 1998. p. 83; PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JR., Waldo. *Improbidade administrativa.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 60 ss.; MELLO, Cláudio Ari. Improbidade administrativa: considerações sobre a Lei nº 8.426/92. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 3, nº 11, p. 49, abr./jun. 1995.

[192] STJ – 1ª T. – Resp 1038777/SP – Rel. Min. Luiz Fux, decisão: 3-2-2011; STJ – 1ª T. – REsp. nº 758.639/PB – Rel. Min. José Delgado, *Diário da Justiça*, Seção I, 15 maio 2006, p. 171.

[193] STF – Pleno – AC nº 2614/PE – AC nº 781/PI – AC nº 2946/PI – todas relatadas pelo Min. Luiz Fux – decisão: 23-6-2015 (AC-2614).

[194] PLATÃO. *República.* Bauru: Edipro, 1994. p. 117.

[195] MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Enriquecimento ilícito de agentes públicos. Evolução patrimonial desproporcional a renda ou patrimônio. *RT* 755/94. Cf., ainda: PAZZAGLINI FILHO, Marino. A improbidade administrativa e a reforma do Estado. *RT* 747/100; LIMA, Alcides de Mendonça. Princípio da probidade no Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 16, nº 61, p. 189, jan./mar. 1979.

[196] O Supremo Tribunal Federal indeferiu medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade proposta em face da Lei nº 8.429/92, afastando, inicialmente, a argumentação de vício formal (STF – Pleno – Adin nº 2.182/DF – Medida Cautelar – Rel. Min. Maurício Corrêa. Decisão: 31-5-2000. *Informativo STF* nº 191).

[197] STJ, REsp. nº 1.134.461/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, STJ, 1ª T., Resp. 926772/MA, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, decisão: 28-4-2009; STJ, 2ª T., Resp. 1042100/ES, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, decisão: 17-9-2010; STJ, Resp. 827455/SP, rel. p/Acórdão Min. Teori Albino Zavascki; STJ, 1ª T., AgRg no Resp. 1122474/PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJe* 2-2-2011; STJ, Resp. 875.425/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, *DJe*, 11-2-2009; STJ, 1ª T., Resp. 1130198/PR, Rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 15-12-2010; STJ – 1ª T. – REsp. nº 213.994-0/MG – Rel. Min. Garcia Vieira, *Diário da Justiça*, Seção I, 27-9-1999. Conferir, ainda: STJ – ROMS nº 8.858/RJ – Rel. Min. Milton Luiz Pereira, *Diário da Justiça*, Seção I, 19-4-1999.

[198] STJ, 1ª T., Resp. 1130198/PR, Rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 15-12-2010. Conferir, ainda: STJ – 1ª T. – Resp. 1038777/SP – Rel. Min. Luiz Fux, decisão: 3-2-2011.

[199] STJ, Resp. 875.425/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, *DJe*, 11-02-2009. Nesse mesmo sentido, inúmeros julgados do referido Tribunal Superior: 2ª T., Resp. 658.415/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* de 3-8-2006, 2ª T., Resp. 626.034/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJ*, 5-6-2006; REsp. 734.984/SP, 1ª T., Min. Luiz Fux, *DJe* de 16-6-2008; AgRg no REsp. 479.812/SP, 2ª T., Min. Humberto Martins, *DJ* de 14-8-2007; REsp. 842.428/ES, 2ª T., Min. Eliana Calmon, *DJ* de 21-5-2007; REsp. 841.421/MA, 1ª T., Min. Luiz Fux, *DJ* de 4-10-2007; REsp. 626.034/RS; REsp. 604.151/RS, Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* de 8-6-2006.

[200] FERNANDES, Flávio Sátiro. Improbidade administrativa. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 34, nº 136, p. 101, out./dez. 1997; FIGUEIREDO, Marcelo. Responsabilidade por atos de improbidade. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 5, nº 19, p. 123, abr./jun. 1997.

[201] Esse foi o entendimento consagrado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal: STF – Pleno – Adin nº 2797/DF e Adin nº 2860/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 15-9-2005 – *Informativo STF* nº 401, p. 1. Conferir, na doutrina: MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva; TEBET, Mário Antonio de Campos. Aspectos penais da improbidade administrativa: uma forma de crime organizado. *RT* 754/495; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses...* Op. cit. p. 82; COMPARATO,

Fábio Konder. Ação de improbidade: Lei 8.429/92. Competência ao juízo do 1º grau. *Boletim dos Procuradores da República,* ano 1, nº 9, jan. 1999; SMANIO, Gianpaolo Poggio; JESUS, Damásio E. Responsabilidade penal e administrativa de prefeitos municipais. *Boletim IBCCrim*, nº 54, maio 1997.

[202] Nesse sentido, Ives Gandra ensina: "Sendo a Lei 8.429/92, de 2-6-92, poderia ser aplicada retroativamente, ou seja, a fatos anteriores a sua promulgação? Entendo que não, muito embora a matéria sobre improbidade administrativa já tivesse tratamento penal pretérito" (MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Aspectos procedimentais*... Op. cit.). Na jurisprudência, conferir: STJ – 1ª T. – REsp. nº 196.932/SP – Rel. Min. Garcia Vieira. Decisão: 19-3-99; TJSP – 1ª Câmara de Direito Público – Agravo de Instrumento nº 164.928-5/0-SP – Rel. Des. Luís Ganzerla. Decisão: 16-5-2000.

[203] STF, Pleno, RE 852475/SP, red. p/ac. Min. Edson Fachin, julgamento em 8-8-2018.

[204] Nesse sentido, decidiu o STF: "É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas" (STF – Pleno – RE 636886 – Tema 899/RG, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 20-4-2020).

[205] Na Pet 3.240 AgR/DF, Rel. Min. Teori Zavascki (julgamento iniciado em 19-11-2014), o STF retomou a discussão sobre a possibilidade de responsabilização de Ministros de Estado por ato de improbidade administrativa, bem como sobre qual seria o foro competente.

[206] STJ, Corte Especial, AgRg na Rcl 12.514-MT, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 16-9-2013.

[207] STJ, 2ª T., EDcl no AgRg no REsp 1.216.168-RS, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 24-9-2013.

[208] STF, Pleno, Pet 3240 AgR/DF, red. p/ac. Min. Roberto Barroso, julgamento em 10-5-2018.

[209] STF – Pleno – Reclamação nº 2.138/DF – Rel. Min. Nelson Jobim, decisão: 12-6-2007; STF – Pleno – Reclamação nº 2.138/DF – Rel. Min. Nelson Jobim, decisão: 12-6-2007. Nesse sentido: STF – Rcl 2.186/DF – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 22-5-2008; STF – Pleno – PET 3211 – Rel. p/acórdão Min. Carlos Alberto Direito. Decisão: 13-3-2008.

[210] STF – Rcl 6254 – medida liminar – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 15-7-2008; STF – Pleno – Quest. Ord. Em Pet. nº 3.923/DP – Rel. Min. Joaquim Barbosa.

[211] STF, Pleno, ADIs 7042 e 7043, Rel. Min. Alexandre de Moraes, 31-8-2022.

[212] Tema 576 de Repercussão Geral, Rel. Min. Alexandre de Moraes, RE 976.566/PA.

[213] STF, Pleno, ARE 843989, Rel. Min. Alexandre de Moraes, 18-8-2022.

[214] Cf. FREITAS, Juarez. Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação. *Revista de Informação Legislativa*, nº 129, p. 51, Brasília: Senado Federal, 1996.

[215] Cf. o art. 25, IV, *b*, da Lei Orgânica Nacional dos Ministérios Públicos Estaduais (Lei nº 8.625/93).

[216] Conferir: STJ – 2ª T. – RMS nº 6.182/95-DF – Rel. P/Acórdão Min. Adhemar Maciel, *Diário da Justiça*, Seção I, 1º dez. 1997, p. 62.700; TJSP – Agravo de Instrumento nº 048.796.5/0, São Paulo – voto nº 10.157 – Rel. Des. Nelson Schiesari, decisão em 6 nov. 1997; Tribunal de Justiça de São Paulo – 2ª Câmara de Direito Público – Apelação Cível nº 272.996-1/8 – Guarulhos – Rel. Des. Passos de Freitas, decisão: 11 mar. 1997.

[217] STJ – 6ª T. – Resp. nº 67.148/SP – Rel. Min. Adhemar Maciel, decisão: 25-9-1995.

[218] STJ – 1ª T. – Resp. nº 142.707/SP – Rel. Min. Garcia Vieira, *Diário da Justiça*, Seção I, 27 abr. 1998, p. 85.

[219] STJ – 5ª T. – Resp. nº 98.648/MG – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *Diário da Justiça*, Seção I, 28 abr. 1997, *Ementário STJ* 18/185. **Conferir, ainda, nesse sentido:** Superior Tribunal de Justiça, Agravo de Instrumento 97.838-GO, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, 19 mar. 1996, *DJU*, 28 mar. 1996, p. 9.234; e ainda, Resp. nº 13.649, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, *RSTJ* 27.493.

[220] MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança...* Op. cit. p. 122-123.

[221] Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Cível 250.191-1/3, Iguape, 2ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Lineu Penteado, v.u., 21-5-1996; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 1ª Câmara Civil, Agravo de Instrumento 214.432-1/0, São Paulo, Relator Desembargador Alexandre Germano, v.u., 27-9-1994; Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível 201.861-1/8, 2ª Câmara Civil, Relator Desembargador Lino Machado, v.u., 1º-3-1994, *Revista de Direito Ambiental* 00/229-RT; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Agravo de Instrumento nº 198.572-1/4, 8ª Câmara Civil, v.u., Relator o insigne Desembargador Jorge Almeida.

[222] PAZZAGLINI FILHO, ROSA, FAZZIO JR. *Improbidade...* Op. cit. p. 181.

[223] Inexistência de responsabilidade objetiva por ato legislativo genérico: STF, ARE 1175599, AgR/DF, 1ª T, Rel. Min. Rosa Weber, j. 10-12-2019.

[224] Sobre as características da Teoria Geral da Responsabilidade Civil, aplicáveis ao campo administrativo, conferir: SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *Direito civil*: responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2000.

[225] STF – 1ª T. – Rextr. nº 109.615-2/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 ago. 1996, p. 25.785. No mesmo sentido: *Informativo STF* – Brasília, 15 a 19 abr. 1996 – nº 27. RE 140.270-MG, Rel. Min. Marco Aurélio, 15-4-96.

[226] O STF reconheceu a responsabilidade civil de pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público em razão de dano decorrente de crime de furto praticado em suas dependências, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal (1ª T., RE 598356/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 8-5-2018). Da mesma maneira, em repercussão geral, o STF entendeu que "o Estado responde subsidiariamente por danos materiais causados a candidatos em concurso público organizado por pessoa jurídica de direito privado (art. 37, § 6º, da CRFB/88), quando os exames são cancelados por indícios de fraude" (STF – Pleno – RE 662405 – Tema 512, Rel. Min. Luiz Fux, j. 29-6-2020).

[227] A responsabilidade civil do Estado abrange, inclusive, os atos dos agentes notariais, pois, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, "Os cargos notariais são criados por lei, providos mediante concurso público e os atos de seus agentes, sujeitos à fiscalização estatal, são dotados de fé pública, prerrogativa esta inerente à ideia de poder delegado do Estado. 2. Legitimidade passiva *ad causam* do Estado. Princípio da responsabilidade. Aplicação. Ato praticado pelo agente delegado. Legitimidade passiva do Estado na relação jurídica processual, em face da responsabilidade objetiva da Administração" (STF – 2ª T. – Rextr. nº 212.724-8/MG – Rel. Min. Maurício Corrêa, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 ago. 1999, p. 48).

[228] Tema 777 de Repercussão Geral. STF, Pleno, RE 842846/RJ, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 27-2-2019.

[229] STF – Pleno – RE 760931/DF – Rel. orig. Min. Rosa Weber, red. p/ o ac. Min. Luiz Fux – julgamento: 26-4-2017.

[230] STF – 1ª T. – RE nº 327.904-1/SP – Rel. Min. Carlos Britto, *Diário da Justiça*, Seção I, 8 set. 2006, p. 43; STJ – 2ª T. – Resp. nº 38.792-0/SP – Rel. Min. Peçanha Martins, *Diário da Justiça*, Seção I, 28 abr. 1997 – *Ementário STJ*, 18/282; STJ – 2ª T. – Resp. nº 20.860-2/SP – Rel. Min. Peçanha Martins, *Diário da*

Justiça, Seção I, 29 nov. 1993, *Ementário STJ* 09/627; STJ – 2ª T. – Resp. nº 25.800-0/SP – Rel. Min. Adhemar Maciel – *RSTJ* 112/123.

231 STF – Pleno – RE 608880 – Tema 362/RG, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 8-9-2020.

232 *RTJ* 164/308; STF – 1ª T. – Rextr. nº 109.615-2/RJ – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 ago. 1996, p. 25.785.

233 Nesse sentido, o STF fixou em repercussão geral a seguinte tese: "Para que fique caracterizada a responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do comércio de fogos de artifício, é necessário que exista a violação de um dever jurídico específico de agir, que ocorrerá quando for concedida a licença para funcionamento sem as cautelas legais ou quando for de conhecimento do poder público eventuais irregularidades praticadas pelo particular" (RE 136861 – Tema 366, Rel. Min. Edson Fachin, Red. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 11-3-2020).

234 STF – 1ª T. – Rextr. nº 170.014-9/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, Seção I, 13 fev. 1998, p. 12; STF – 2ª T. – Rextr. nº 179.147-1/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 27 fev. 1998, p. 18.

235 Conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça, "a força maior exclui a responsabilidade civil do Estado, quando descaracteriza o nexo de causalidade entre o evento danoso e o serviço público" (STJ – 2ª T. – Resp. nº 135.259-0/SP – Rel. Min. Ari Pargendler, *RSTJ* 105/190).

236 A jurisprudência sedimentada do Supremo Tribunal Federal é no sentido da "independência das responsabilidades administrativa e penal. A exceção ocorre à conta de situação concreta em que, no campo penal, hajam ficado patenteadas a inexistência da materialidade ou a negativa da autoria" (STF – Pleno – MS nº 22.476-2/AL – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 3 out. 1997, p. 49.230). Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça: "Independência da responsabilidade civil do Estado em confronto com a criminal, salvo quando no juízo penal se reconhece, via decisão trânsita em julgado, ausência de autoria e de materialidade do delito. A absolvição no juízo criminal não impede a propositura da ação civil, quando pessoa que não concorreu para o evento sobre dano não tiver culpa" (STJ – 1ª T. – Resp. nº 111.843/PR – Rel. Min. José Delgado, decisão: 24-4-1997).

237 STJ – 1ª T. – Resp. nº 111.843-0/PR – Rel. Min. José Delgado, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 jun. 1997 – *Ementário STJ* 18/110.

[238] STJ – 1ª T. – Resp. nº 37.215-1/SP – Rel. Min. Demócrito Reinaldo, decisão: 25-4-1994 – *Ementário STJ* 09/628.

[239] STF – 1ª T. – Rextr. nº 109.615-2/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 ago. 1996, p. 25.785.

[240] STF – Pleno – Tema 1.055 RG – RE 1209429/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/Acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 10-6-2021.

[241] Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, promulgada em 4-6-1998 e publicada no *Diário Oficial da União* em 5-6-1998. Ressalte-se que o art. 34 da própria Emenda Constitucional estabeleceu que sua entrada em vigor seria na data de sua promulgação.

[242] SANTOS, Alvacir Correa dos. *Contratação...* Op. cit. p. 41.

[243] STF – Pleno – MI nº 58/DF – Rel. p/ Acórdão Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 abr. 1991, p. 4.580.

[244] LOPES, Maurício Ribeiro. *Comentários...* Op. cit. p. 147.

[245] Conferir estudo detalhado *in* MORAES, Alexandre de. *Reforma...* Op. cit.

[246] STF – 1ª T. – Rextr. nº 223.454-1/RN – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 jun. 1998, p. 14.

[247] STF, Pleno, RE 663696/MG, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 28-2-2019.

[248] STF – Pleno – ADI 5400, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21-2-2020.

[249] STF – Pleno – ADIs 6165, 6.181, 6.178, 6.165, 6.197, 6.181, 6.178, Rel. Min. Alexandre de Moraes, SV de 12 a 19-6-2020.

[250] EC 103/19.

[251] Em relação à EC 47/05, nos termos da Súmula Vinculante 33, editada em 9 de abril de 2014, até a edição de lei complementar regulamentando a norma constitucional sobre a aposentadoria especial do servidor público, deverão ser seguidas as mesmas normas vigentes para os trabalhadores sujeitos ao Regime Geral de Previdência Social, nos seguintes termos: “Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do Regime Geral de Previdência Social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, parágrafo 4º, inciso III, da Constituição Federal, até edição de lei complementar específica.”

[252] O art. 40, § 1º, II, foi alterado pela Emenda Constitucional nº 88, de 7 de maio de 2015 (PEC da Bengala).

[253] Nesse sentido, o STF deferiu medidas cautelares para suspender o art. 57, § 1º, II, da Constituição do Estado do Piauí (ADI 4696/MC – Rel. Min. Ricardo

Lewandowski, decisão: 1º-12-2011) e o art. 72, VIII, da Constituição do Estado do Maranhão (ADI 4698/MC – Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão: 1º-12-2011). Ambas haviam alterado a idade para a aposentadoria compulsória de 70 para 75 anos.

254 Conferir novo posicionamento: STF – Pleno – Adin nº 2.602-0/MG – Rel. Min. Joaquim Barbosa, *Diário da Justiça*, Seção I, 31 mar. 2006, p. 6; STF – Pleno – medida cautelar – Adin nº 2.602-0/MG – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção 1, 6 jun. 2003, p. 30; STF – 1ª T. – Pet. (QO) 2.903/SP – Rel. Min. Moreira Alves, *Informativo STF* nº 303, p. 2; STF – Pleno – ADIn – medida cautelar nº 2.891/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Informativo STF* nº 311, p. 1. Em relação ao entendimento anterior: STF – 2ª T – Rextr. nº 199.801-6/SP – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça,* Seção I, 29 abr. 1996, p. 1.996.

255 Nos termos da EC nº 103/19, até que a lei discipline o cálculo dos benefícios do regime próprio de previdência social da União e do Regime Geral de Previdência Social, será utilizada a média aritmética prevista em seu artigo 26.

256 Nesse sentido, o STF declarou a constitucionalidade dessa previsão: STF – Pleno – ADI 2024/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 3-5-2007.

257 Nos termos da EC nº 103/19, até que a lei discipline o cálculo dos benefícios do regime próprio de previdência social da União e do Regime Geral de Previdência Social, será utilizada a média aritmética prevista em seu artigo 26.

258 Nos termos da EC nº 103/19, até que a lei discipline o cálculo dos benefícios do regime próprio de previdência social da União e do Regime Geral de Previdência Social, será utilizada a média aritmética prevista em seu artigo 26.

259 Nos termos da EC nº 103/19, até que a lei discipline o cálculo dos benefícios do regime próprio de previdência social da União e do Regime Geral de Previdência Social, será utilizada a média aritmética prevista em seu artigo 26.

260 Na vigência da redação dada pela EC nº 20/98, a integralidade dos valores a serem percebidos tratava-se de preceito autoaplicável, não necessitando de qualquer integração ordinária, bem como impedia a edição de qualquer lei ou ato normativo que visasse restringir o benefício da integralidade da pensão. Apesar de referirem-se à redação original do § 5º do art. 40 da Constituição Federal ("*o benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior*"), eram inteiramente aplicáveis à regulamentação dada pela citada EC nº 20/98, revogada pela nova redação da EC nº 41/03, os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal, que garantiam a

autoaplicabilidade do benefício da pensão, bem como a proibição de sua restrição por espécie normativa infraconstitucional: Rextr. nº 215.261-7/RS; Rextr. nº 215.322-2/RS; Rextr. nº 215.331-1/RS – todos STF – 2ª T. – Rel. Min. Néri da Silveira, *Diário da Justiça,* Seção I, 5 dez. 1997, p. 63.923-63.924.

261 Nos termos do artigo 11 da EC nº 103/19, a alíquota da contribuição previdenciária do servidor público ativo, aposentados e pensionistas de qualquer dos Poderes da União, incluídas suas autarquias e fundações, para a manutenção do respectivo regime próprio de previdência social (artigos 4º, 5º e 6º da Lei nº 10.887/2004) será de 14% (quatorze por cento), até que entre em vigor lei que estabeleça novos valores. A EC 103/19 prevê a possibilidade de redução ou majoração das alíquotas, de forma progressiva, considerado o valor da base de contribuição ou do benefício recebido, de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo § 1º do referido artigo 11, que variam da previsão de valor até 1 (um) salário-mínimo – com redução de seis inteiros e cinco décimos pontos percentuais – e acima de R$ 39.000,00 (trinta e nove mil reais) – com acréscimo de oito pontos percentuais.

262 O Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria de votos, a constitucionalidade da cobrança previdenciária dos inativos (STF – Pleno – Adin nº 3.105/DF e Adin nº 3.128/DF – Rel. orig. Min. Ellen Gracie, Rel. p/Acórdão Min. Cezar Peluso, *Informativo STF* nº 357, p. 1). Conferir, ainda: STF – Pleno – ADI nº 3.128-7/DF – Rel. Min. Ellen Gracie, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 set. 2006, p. 28.

263 STF – Pleno – Adin nº 2.176/RJ – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 11-5-2000. *Informativo STF* nº 188; STF – Pleno – Adin nº 2.196-6/RJ – medida liminar – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça,* Seção I, 18 ago. 2000; STF Pleno – Adin nº 2.197-4/RJ – Rel. Min. Maurício Corrêa, *Diário da Justiça,* Seção I, 15 maio 2000, p. 2.

264 STF – Pleno – Reclamação – questão de ordem – nº 1.507/RJ e Reclamação – questão de ordem – nº 1.652/RJ – Rel. Min. Néri da Silveira, decisão: 21-9-2000. *Informativo STF* nº 203; STF – Pleno – Adin nº 2.189-3/PR – medida liminar – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça,* Seção I, 9 jun. 2000, p. 22.

265 STF – Pleno – Adin nº 3.105/DF e Adin nº 3.128/DF – Rel. orig. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ acórdão Min. Cezar Peluso, *Informativo STF* nº 357, p. 1. **Conferir, ainda:** STF – Pleno – ADI nº 3.128-7/DF – Rel. Min. Ellen Gracie, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 set. 2006, p. 28.

[266] Conferir nosso artigo: Previdência social e os direitos adquiridos. *Revista de Previdência Social*, nº 184, mar. 1996.

[267] É firme a jurisprudência do STF, no sentido de que "o aposentado tem direito adquirido ao *quantum* de seus proventos calculado com base na legislação vigente ao tempo da aposentadoria, mas não aos critérios legais com base em que esse *quantum* foi estabelecido, pois não há direito adquirido a regime jurídico (RE 92.511, Moreira Alves, *RTJ* 99/1267)" (STF – 1ª T. – Agrav. Reg. em Agr. Inst. nº 145.522-5/PR – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 26 mar. 1999).

[268] FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito adquirido e expectativa de direito.* Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 25, p. 155-156.

[269] Súmula 359 do STF.

[270] *RTJ* 33/255. No mesmo sentido: *RTJ* 48/392, 54/486.

[271] A antiga redação do art. 41 previa "após dois anos de efetivo exercício...".

[272] STF – AI 754802 ED-AgR/DF – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 7-6-2011 (no caso concreto, tratava-se da obrigatoriedade do estágio probatório aos procuradores federais).

[273] Súmula 20/STF – "É necessário processo administrativo, com ampla defesa para demissão de funcionário admitido por concurso. Referência – Recs. em Mand. Segur. 9.291, de 21-562" (*Diário da Justiça*, 20 dez. 1962, p. 853); 9.331, de 21-5-62; 9.483, de 30-5-62; 9.495, de 30-5-62 e 9.780 de 29-8-62 (*Diário da Justiça*, 16 nov. 1962, p. 647). Agravos 26.618, de 23-10-62; 26.944, de 8-3-63, e 26.841, de 30-11-62.

[274] EC nº 19/98 – Art. 33. Consideram-se servidores não estáveis, para os fins do art. 169, § 3º, II, da Constituição Federal aqueles admitidos na administração direta, autárquica e fundacional sem concurso público de provas ou de provas e títulos após 5-10-1983.

[275] STF – 1ª T. – Rextr. nº 162.621-6/SP – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 22 maio 1998, p. 16.

[276] Súmula 21/STF – Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade. Referência: Rec. Extr. 45.967 de 24-1-61 (*Diário da Justiça*, 3 jan. 1961, p. 46). Agravo 25.031, de 16-1-62 (*Diário da Justiça*, 25 abr. 1963, p. 204). Rec. Extr. 46.363, de 14-11-61. Rec. em Mand. de Segur. 8.222, de 11-12-61. Embs. em Rec. Extr. 45.518 de 4-12-61; 45.517, de 31-7-61; 46.967, de 11-5-62

(*Diário da Justiça*, 31 mar. 1963, p. 46). Mand. Segur. 9.146, de 7-5-62. Rec. Extr. 51.238, de 16-4-63 (*Diário da Justiça*, 8 ago. 1963, p. 664). Rec. em Mand. Segur. 9.593, de 4-6-62. Conferir, ainda: STJ – 6ª T. – RMS 22567/MT – Rel. Min. Og Fernandes, decisão: 28-4-2011.

277 Súmula 651/STJ – Compete à autoridade administrativa aplicar a servidor público a pena de demissão em razão da prática de improbidade administrativa, independentemente de prévia condenação, por autoridade judiciária, à perda da função pública.

278 STF – Pleno – MS nº 22.476-2/AL – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 3 out. 1997, p. 49.230; STF – MS nº 22.076-7/DF – Rel. Min. Maurício Corrêa, *Diário da Justiça*, Seção I, 7 nov. 1997, p. 57.237.

279 Cf. Capítulo 4, item 1.18. *Habeas corpus* e punições disciplinares militares.

280 *Informativo STF*, 7 ago. 1996, nº 38 – Pleno – MS 22.416-PA, Rel. Min. Octavio Gallotti, 1º-8-96, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello.

281 CF, arts. 42, § 1º, e 142, §§ 2º e 3º, com redação dada pelas Emendas Constitucionais n°s 18/98 e 20/98.

282 CF, arts. 42, § 1º, e 142, § 3º, IV, ambos com redação dada pela EC nº 18/98.

283 Art. 7º, XII, com redação dada pelo art. 1º da Emenda Constitucional nº 20/98.

284 A previsão desse direito social aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios é novidade constitucional introduzida pela EC nº 18/98.

285 Redação dada pela EC nº 20/98 e pela EC nº 41/03.

286 SAMPAIO, Nelson de Souza. *O poder de reforma constitucional.* 3. ed. Salvador: Nova Alvorada, 1995. p. 91.

287 SCHMITT, Carl. *Verfassungsleher.* Apud CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Revisão constitucional: o caso brasileiro. In: BATOCHIO, José Roberto (Coord.). *Revisão constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993. p. 96.

288 Nesse sentido, conferir: STF – Pleno – Adin nº 829-3/DF – Rel. Min. Moreira Alves – decisão 14-4-93. A citada ação direta de inconstitucionalidade refere-se à Emenda Constitucional nº 02, de 25-8-1992; STF – Pleno – Adin nº 939-7/DF – Rel. Min. Sydney Sanches, *Ementário STF* nº 1.730-10 (medida cautelar in *RTJ* 150/68), referente à Emenda Constitucional nº 03, de 17-3-1993; STF – Pleno – Adin nº 1.805/DF – medida cautelar – Rel. Min. Néri da Silveira, 26-3-98 – *Informativo STF* nº 104, capa, referente à Emenda Constitucional nº 16, de 4-6-1997.

[289] STF – Pleno – MS nº 23.087-5/SP – medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 3 ago. 1998, p. 48.

[290] *RTJ* 153/786.

[291] Importante conclusão e crítica sobre o tema nos faz Nelson Sampaio, na vigência da Constituição de 1946: "Em suma, a reforma constitucional pode ampliar – como também o pode a própria lei ordinária – os direitos fundamentais, mas nunca restringi-los e, muito menos, aboli-los. Devemos apenas observar – e, do ângulo político lamentar – que, a esta atitude dominante na doutrina, não corresponda, na prática revisora, um efetivo respeito pelos direitos fundamentais, o que, sem dúvida, corre por conta da já aludida imprecisão no caracterizar esses direitos e fixa-lhes o número" (*O poder de reforma constitucional.* 3. ed. Salvador: Nova Alvorada, 1995. p. 97).

[292] HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição.* Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991. p. 24.

[293] NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito.* Coimbra: Coimbra Editora, 1987. p. 44.

[294] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador.* Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 474.

[295] MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello (Coord.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba – direito administrativo e constitucional.* São Paulo: Malheiros, 1997. p. 156 e 160.

[296] 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."

[297] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional.* Coimbra: Almedina, 1993.

[298] STF – Pleno – Adin nº 1.344-1/ES – medida liminar – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 abr. 1996, p. 12.212.

[299] STF – Adin nº 1510-9/SC – medida liminar – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 25 fev. 1997.

[300] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 403.

[301] FRANÇA, Limongi. Direito adquirido e expectativa de direito. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. v. 25. p. 55.

[302] DANTAS, Ivo. *Direito adquirido, emendas constitucionais e controle de constitucionalidade.* Rio de Janeiro: Lumem Juris, 1997, p. 72. Inclusive, o autor cita acórdão do STF, na vigência da ordem constitucional anterior, reconhecendo a existência de direito adquirido em face da Emenda Constitucional nº 01/69 – Rextr. nº 75.102/SP – Rel. Min. Xavier Albuquerque.

[303] STF – 2ª T. – Rextr. nº 220.006-8/SP – Rel. Min. Néri da Silveira, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 abr. 1998, p. 27; STF – 2ª T. – RMS nº 21.966 – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 14 nov. 1996; STF – 1ª T. – RMS nº 21.839 – Rel. Min. Sydney Sanches, *Diário da Justiça*, Seção I, 18 abr. 1997.

[304] STF – 1ª T. – Agravo regimental em agravo de instrumento nº 208.210-8/MG – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 3 abr. 1998, p. 11.

[305] *RTJ* 94/1.238; 109/1.175; 114/237.

[306] MAZZILLI, Hugo Nigro. A reforma constitucional e as garantias da Magistratura, do MP e dos Tribunais de Conta. *Revista APMP* (Associação Paulista do Ministério Público) nº 17, p. 10.

[307] Conferir a respeito de direitos adquiridos: *RTJ* 33/255; 48/392; 54/486.

[308] MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946. p. 43.

[309] A reforma constitucional... Op. cit. p. 10.

[310] Conferir em relação a existência de direito adquirido em face da EC nº 01/69 – Capítulo 3, item 18.1.

[311] *RTJ* 104/808.

[312] STF – Pleno – Adin nº 1.396-3/SC – medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 fev. 1996.

[313] *Dicionário...* Op. cit. p. 43.

[314] DANTAS, Ivo. Direito adquirido, emendas constitucionais e controle de constitucionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, nº 206, dez. 1996.

[315] Op. cit. p. 376.

[316] A esse respeito conferir extenso estudo no Capítulo 10, item 5.12.

[317] Votaram pela intangibilidade da irredutibilidade de vencimentos, enquanto modalidade qualificada de direito adquirido, os Ministros Sepúlveda Pertence, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Celso de Mello e Enrique Lewandowski, tendo o Ministro Marco Aurélio somando-se à maioria, por ter proferido voto em maior

extensão. Contrariamente, votaram os Ministros Nelson Jobim, Joaquim Barbosa, Cezar Peluzo, Carlos Ayres Britto e Eros Grau.

[318] Trecho do voto no MS nº 24.875-1/DF.



Organização dos Poderes e do Ministério Público

10

1 SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS – LIMITAÇÃO DO PODER E GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 Introdução

A Constituição Federal, visando, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado e da Instituição do Ministério Público, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado democrático de Direito.

A divisão segundo o critério funcional é a célebre "separação de Poderes", que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra "*Política*", detalhada, posteriormente, por John Locke, no *Segundo tratado do governo civil*, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e

o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu *O espírito das leis*, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2º da nossa Constituição Federal.[1]

Interessante citar a lição de Ives Gandra da Silva Martins, ao dizer que

> "O que Locke e a Inglaterra ofertaram para o aprofundamento temático de Montesquieu foi a tripartição equilibrada do poder. Hoje, estamos convencidos – quanto mais lemos os autores modernos – de que, em matéria de Direito, pouco se acrescentou ao que os romanos criaram; e, em matéria de Filosofia, pouco se acrescentou ao que os gregos desvendaram. Qualquer filósofo posterior, como Políbio, que era também historiador, passando por Hume, Hobbes, Locke, Bacon, Maquiavel – historiador, filósofo, político e sociólogo – Rousseau e outros, traz pequena contribuição ao pensamento universal descortinado pelos gregos. Tenho a impressão de que depois dos gregos pouca coisa se pôde criar. Criaram-se variações inteligentes, mas o tema central de Filosofia se encontra na Grécia e o do Direito em Roma. Ora, com a tripartição equilibrada de poderes de Montesquieu, chega-se à discussão do sistema de governo, já a esta altura, após a Revolução Francesa, eliminando-se de vez a possibilidade de se discutir a permanência de monarquias absolutas".[2]

Como salientam Canotilho e Moreira,

> "um sistema de governo composto por uma pluralidade de órgãos requer necessariamente que o relacionamento entre os vários

centros do poder seja pautado por normas de *lealdade constitucional* (*Verfassungstreue*, na terminologia alemã). A lealdade institucional compreende duas vertentes, uma positiva, outra negativa. A primeira consiste em que os diversos órgãos do poder devem cooperar na medida necessária para realizar os objetivos constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema com o mínimo de atritos possíveis. A segunda determina que os titulares dos órgãos do poder devem respeitar-se mutuamente e renunciar a prática de *guerrilha institucional*, de abuso de poder, de retaliação gratuita ou de desconsideração grosseira. Na verdade, nenhuma cooperação constitucional será possível, sem uma *deontologia política*, fundada no respeito das pessoas e das instituições e num apurado sentido da responsabilidade de Estado (*statesmanship*)".[3]

1.2 Funções estatais, imunidades e garantias em face do princípio da igualdade

A finalidade das imunidades e garantias previstas para os membros do Legislativo, Executivo, Judiciário e do Ministério Público, para bem exercerem suas funções estatais deferidas pelo legislador constituinte, deve ser analisada à luz do princípio da igualdade, informador dos direitos fundamentais e de todo o ordenamento constitucional; verdadeiro vetor de interpretação constitucional da Democracia, em virtude de seu valor e de seu caráter principiológico.[4]

A Constituição Federal de 1988 adotou, como já visto anteriormente, o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as

diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, mostrando-nos que o tratamento desigual dos casos desiguais, à medida que se desigualam, é exigência do próprio conceito de Justiça, ou ainda, que o princípio da isonomia protege certas finalidades, o que, de resto, não é uma particularidade do tema em estudo, mas de todo o direito, que há de ser examinado sempre à luz da teleologia que o informa, somente sendo ferido quando não se encontra a serviço de uma finalidade própria, escolhida pelo direito.

Analisando as normas técnicas para interpretação constitucional, José Tarcizio de Almeida Melo acentua que o caráter teleológico, finalístico, da norma constitucional deve ser levado em consideração, para atingir-se o objetivo imediato que a constituição, desde sua origem, tem preservado.[5]

Este objetivo deve ser alcançado, em relação às funções estatais, imunidades e garantias previstas na Constituição Federal, pois o intérprete deve respeito à hermenêutica constitucional.

Nesse sentido, Tercio Sampaio Ferraz Jr., analisando a aplicabilidade e a interpretação das normas constitucionais, ensina:

> "Admitindo-se que as normas jurídicas instaurem uma relação de autoridade – portanto uma relação de hierarquia – entre o seu emissor e o seu destinatário (cometimento), e ao mesmo tempo expressem um relato, o chamado 'conteúdo normativo', o sucesso da norma estará na adequação entre a relação de autoridade e o conteúdo da norma. Assim, se o objetivo do emissor é obter uma obediência ou submissão (cometimento), mas o conteúdo normado não tem condições de ser cumprido, o sucesso da disposição normativa é frágil, ou não existe. A norma não tem ou tem baixa eficácia. Mas se o objetivo é, por exemplo, *não* a obediência, *não* a submissão, mas simplesmente, vamos dizer assim, uma satisfação ideológica, o apaziguamento da

consciência política, embora o disposto seja impossível de ser cumprido, este conteúdo impossível de ser cumprido é adequado à relação de autoridade. Porque é exatamente em razão da não aplicação que vai dar-se o sucesso da norma. Portanto, nesses termos, a eficácia enquanto termo relativo ao normativo, tendo em vista a relação entre o emissor da norma e o seu destinatário, exige-se que se leve em conta o objetivo colimado na instauração da relação de autoridade."

O objetivo colimado pela Constituição Federal, ao estabelecer diversas funções, imunidades e garantias aos detentores das funções soberanas do Estado, Poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e a Instituição do Ministério Público, é a defesa do regime democrático, dos direitos fundamentais e da própria Separação de Poderes, legitimando, pois, o tratamento diferenciado fixado a seus membros, em face do princípio da igualdade. Assim, estas eventuais diferenciações são compatíveis com a cláusula igualitária por existência de um vínculo de correlação lógica entre o tópico diferencial acolhido por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, pois compatível com interesses prestigiados na constituição.

Uma interpretação valorativa dos direitos fundamentais, bem como de proteção dos instrumentos e mecanismos previstos constitucionalmente para sua aplicabilidade integral e eficaz, entre eles as previsões de garantias e imunidades, vai ao encontro da dupla finalidade apontada por Mauro Cappelletti, ao dissertar sobre o nascimento da denominada *justiça constitucional das liberdades:* evitar os regimes ditatoriais e garantir independência e liberdade à função criativa do Judiciário, na efetividade dos referidos direitos fundamentais.[6]

Como salientava Montesquieu, o verdadeiro espírito da igualdade está longe da extrema igualdade, tanto quanto o Céu da Terra. O espírito de

igualdade não consiste em fazer que todo mundo mande, ou que ninguém seja mandado; consiste em mandar e obedecer a seus iguais. Não procura não ter chefe; mas só ter como chefes seus iguais. No estado natural, os homens nascem bem na igualdade; mas não poderiam permanecer assim. A sociedade os faz perdê-la, e eles não se tornam de novo iguais senão por meio das leis. Tal é a diferença entre a democracia regrada e aquela que o não é: nesta, só se é igual como cidadão; na outra, também se é igual como magistrado, como senador, como juiz, como pai, como marido, como senhor.

Neste sentido orientou-se o legislador constituinte ao prever a existência de imunidades e garantias aos agentes políticos, que serão analisadas adiante, exercentes das precípuas funções estatais, visando ao bom e harmônico funcionamento e perpetuidade dos Poderes da República e à salvaguarda dos direitos fundamentais.

Ao prelecionar sobre a divisão dos poderes, Montesquieu mostrava o necessário para o equilíbrio dos Poderes, dizendo que para formar-se um governo moderado, "precisa-se combinar os Poderes, regrá-los, temperá-los, fazê-los agir; dar a um Poder, por assim dizer, um lastro, para pô-lo em condições de resistir a um outro. É uma obra-prima de legislação, que raramente o acaso produz, e raramente se deixa a prudência produzir... Sendo o seu corpo legislativo composto de duas partes, uma acorrentada a outra pela mútua faculdade de impedir. Ambas serão amarradas pelo Poder Executivo, o qual o será, por seu turno, pelo Legislativo. Esses três Poderes deveriam originar um impasse, uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, são compelidos a caminhar, eles haverão de caminhar em concerto".[7]

Não há, pois, qualquer dúvida da estreita interligação constitucional entre a defesa da separação de poderes e dos direitos fundamentais como requisito *sine qua non* para a existência de um Estado democrático de direito. Nesta esteira, o legislador constituinte previu diversas imunidades e

garantias para os exercentes de funções estatais relacionadas com a defesa dos direitos fundamentais e gerência dos negócios do Estado, definindo-as nos capítulos respectivos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e, também, da Instituição do Ministério Público.

Os órgãos exercentes das funções estatais, para serem independentes, conseguindo frear uns aos outros, com verdadeiros controles recíprocos, necessitavam de certas garantias e prerrogativas constitucionais. E tais garantias são invioláveis e impostergáveis, sob pena de ocorrer desequilíbrio entre eles e desestabilização do governo. E, quando o desequilíbrio agiganta o Executivo, instala-se o despotismo, a ditadura, desaguando no próprio arbítrio, como afirmava Montesquieu ao analisar a necessidade da existência de imunidades e prerrogativas para o bom exercício das funções do Estado.

Se por um lado as imunidades e as garantias dos agentes políticos, previstas na Constituição Federal, são instrumentos para perpetuidade da separação independente e harmônica dos Poderes de Estado, por outro lado, igualmente defendem a efetividade dos direitos fundamentais e a própria perpetuidade do regime democrático.[8]

1.3 Funções estatais: Poder Legislativo, Poder Executivo, Poder Judiciário e Ministério Público

Note-se que nos referimos às garantias dos Poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e da Instituição do Ministério Público, uma vez que se assemelham em virtude da autonomia, independência e finalidades constitucionais. Além disto, exercem todos funções únicas do Estado, dentro de uma visão mais contemporânea das funções estatais, que reconhece que o Estado constitucional de direito assenta-se na ideia de unidade, pois o poder soberano é uno, indivisível, existindo órgãos estatais,

cujos agentes políticos têm a missão precípua de exercerem atos de soberania. Aliás, bem o disse Rousseau, o poder soberano é uno. Não pode sofrer divisão. Assim, o que a doutrina liberal clássica pretende chamar de separação dos poderes, o constitucionalismo moderno determina *divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos autônomos*.[9]

Lembremo-nos que o objetivo inicial da clássica separação das funções do Estado e distribuição entre órgãos autônomos e independentes tinha como finalidade a proteção da liberdade individual contra o arbítrio de um governante onipotente.

Em conclusão, o Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da ideia de Tripartição de Poderes, já entende que esta fórmula, se interpretada com rigidez, tornou-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado "freios e contrapesos" (*checks and balances*).

Assim, a Constituição Federal de 1988 atribuiu as funções estatais de soberania aos três tradicionais Poderes de Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário, e à Instituição do Ministério Público, que, entre várias outras importantes funções, deve zelar pelo equilíbrio entre os Poderes, fiscalizando-os, e pelo respeito aos direitos fundamentais.[10]

A estes órgãos, a Constituição Federal confiou parcela da autoridade soberana do Estado, garantindo-lhes autonomia e independência.

Esta opção do legislador constituinte em elevar o Ministério Público a defensor dos direitos fundamentais e fiscal dos Poderes Públicos, alterando substancialmente a estrutura da própria Instituição e da clássica teoria da Tripartição de Poderes, não pode ser ignorada pelo intérprete, pois se trata de um dos princípios sustentadores da teoria dos freios e contrapesos de nossa atual Constituição Federal.

Neste mesmo raciocínio da reestruturação das funções do Estado, sempre com a finalidade de controle político e preservação dos direitos e garantias individuais, salutar lembrar a lição do Ministro Sepúlveda Pertence, ao analisar o novo papel do Ministério Público:

> "Seu papel fundamental é, e continuará sendo, uma decorrência da característica fundamental de ser o Poder Judiciário um Poder inerte, vale dizer, um Poder sem iniciativa. E de existirem interesses em relação aos quais, interesses cujo âmbito se tende a ampliar, em relação aos quais o exercício da ação, o exercício do direito de ação não se pôde deixar à disposição das partes. Aí está o papel fundamental do Ministério Público. É mantida a inércia do Poder Judiciário, considerada requisito indispensável à sua imparcialidade, criar-se, exigir-se um órgão público capaz de exercer a ação quer na área penal, quer em âmbito que se amplia na área civil, ou intervir no processo entre partes na defesa daqueles interesses – repita-se – que não se deixaram à disposição dos interessados. É esse patrocínio desinteressado de interesses públicos, ou essa proteção desinteressada, mesmo de interesses privados, mas aos quais se quis dar proteção especial, que justificam o papel do Ministério Público"[11]

concluindo mais adiante,

> "é, porém, na definição das funções institucionais que a Constituinte se abre a um enorme desenvolvimento do papel ministerial. Eu dizia ontem, no Supremo Tribunal, que nunca se confiou tanto, e ao mesmo tempo se exigiu tanto do Judiciário, quanto na futura Constituição do Brasil. E isso levou a um imenso fortalecimento da instituição do Ministério Público. Na medida em que a Constituição, a meu ver acertadamente, de um

> lado deu ênfase em particular à temática dos Direitos Coletivos e dos Direitos Sociais e de outro adotou a fórmula que, para proteção jurisdicional de toda essa gama de interesses coletivos e direitos coletivos que começam a ganhar cidadania, a fórmula que me parece a mais adequada da dupla titularidade, já abriga de um lado a sociedade civil e de outro a de um órgão público o Ministério Público. É essencialmente o órgão mais adequado ao assumir essas funções".

1.4 Conclusão inicial

Não existirá, pois, um Estado democrático de direito, sem que haja Poderes de Estado e Instituições, independentes e harmônicos entre si, bem como previsão de direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização e a perpetuidade desses requisitos. Todos estes temas são de tal modo ligados que a derrocada de um, fatalmente, acarretará a supressão dos demais, com o retorno do arbítrio e da ditadura.

O legislador constituinte, no intuito de preservar este mecanismo recíproco de controle e a perpetuidade do Estado democrático, previu, para o bom exercício das funções estatais, pelos Poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e a Instituição do Ministério Público, diversas prerrogativas, imunidades e garantias a seus agentes políticos, que serão oportunamente analisadas.

2 PODER LEGISLATIVO

2.1 Funções

A Constituição Federal consagrou em seu art. 2º a tradicional tripartição de Poderes, ao afirmar que são Poderes do Estado, independentes

e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Com base nessa proclamação solene, o próprio legislador constituinte atribuiu diversas funções a todos os Poderes, sem, contudo, caracterizá-la com a *exclusividade absoluta*. Assim, cada um dos Poderes possui uma função *predominante*, que o caracteriza como detentor de parcela da soberania estatal, além de outras funções previstas no texto constitucional. São as chamadas funções típicas e atípicas.

As funções típicas do Poder Legislativo são *legislar* e *fiscalizar*, tendo ambas o mesmo grau de importância e merecedoras de maior detalhamento. Dessa forma, se por um lado a Constituição prevê regras de processo legislativo, para que o Congresso Nacional elabore as normas jurídicas, de outro, determina que a ele compete a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo (CF, art. 70).

As funções atípicas constituem-se em *administrar* e *julgar*. A primeira ocorre, exemplificativamente, quando o Legislativo dispõe sobre sua organização e operacionalidade interna, provimento de cargos, promoções de seus servidores; enquanto a segunda ocorrerá, por exemplo, no processo e julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade.

No exercício de suas funções, os membros do Poder Legislativo estão resguardados por um protetivo rol de prerrogativas e imunidades; bem como por algumas incompatibilidades, como se analisará a seguir.

2.2 Congresso Nacional

A Constituição Federal no Capítulo I, do Título IV, inicia o detalhamento sobre os Poderes de Estado, consagrados no art. 2º como independentes e harmônicos, com as regras sobre o Poder Legislativo, que nos Estados Democráticos, no dizer de Paolo Biscaretti di Ruffia, se "apresentam como órgãos constitucionais dotados de plena independência, também sob o aspecto financeiro".[12]

O Poder Legislativo Federal é bicameral e exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos deputados[13] e do Senado Federal,[14] diferentemente dos estaduais, distritais e municipais, onde é consagrado o unicameralismo (CF, arts. 27, 29 e 32).

O bicameralismo do Legislativo Federal está intimamente ligado à escolha pelo legislador constituinte da forma federativa de Estado, pois no Senado Federal encontram-se, de forma paritária, representantes de todos os Estados-membros e do Distrito Federal, consagrando o equilíbrio entre as partes contratantes da Federação.

A partir da EC nº 50/06, 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. Cada legislatura terá a duração de quatro anos, compreendendo quatro sessões legislativas[15] ou oito períodos legislativos.

Dessa forma, houve ampliação na duração de ambos os períodos legislativos, e, consequentemente, na própria sessão legislativa, diminuindo-se ambos os recessos de meio e final de ano.

	TEXTO ORIGINAL	**EC nº 50/06**
Sessão legislativa	15/02 – 15/12	2/02 – 22/12
Recesso de meio de ano	1º/07 – 31/07	18/07 – 31/07
Recesso de fim de ano	16/12 – 14/02	23/12 – 1/02

Inexiste foro privilegiado para suplente de Senador (STF – Inq. nº 2.453 AgR/MS – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão: 17 maio 2007).

Cada uma das Casas reunir-se-á em sessões preparatórias, a partir de 1º de fevereiro, no primeiro ano da legislatura, para a posse de seus membros e

eleição das respectivas Mesas, para mandato de 2 (dois) anos, vedada a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente.

O art. 57, § 6º, da Constituição Federal prevê a possibilidade de *convocação extraordinária* do Congresso Nacional, que poderá ser feita, dependendo da hipótese, pelo Presidente da República, pelo Presidente do Senado Federal, pelo Presidente da Câmara dos Deputados, ou a requerimento da maioria dos membros de ambas as Casas Legislativas.

A EC nº 50/06 inovou ao exigir para a concretização da convocação extraordinária nas hipóteses de urgência ou interesse público relevante votação e aprovação pela maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Essa votação somente será exigida quando a convocação extraordinária for feita com base no inciso II do § 6º do art. 57 da Constituição Federal, e subtraiu do Presidente da República e dos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal a possibilidade de convocação monocrática do Congresso Nacional, como ocorria até o advento da citada EC nº 50/06.

Dessa forma, salvo a convocação extraordinária monocraticamente feita pelo Presidente do Senado Federal, em caso de decretação de estado de defesa ou de intervenção federal, de pedido de autorização para a decretação de estado de sítio e para o compromisso e a posse do Presidente e do Vice-Presidente da República, todas as demais convocações extraordinárias deverão passar pelo crivo da maioria absoluta da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

A alteração do inciso II, § 6º, do art. 57, da Constituição Federal, exigindo aprovação de maioria absoluta de cada uma das Casas do Congresso Nacional para que seja realizada a convocação extraordinária, inclusive quando solicitada pelo Presidente da República, pretende situar em níveis mais razoáveis a ingerência do Chefe do Poder Executivo no Poder Legislativo, crescente na evolução do regime presidencial.[16] Ernest Fincher, inclusive, salienta que a influência do Presidente norte-americano

no processo legislativo cresceu muito em face do desenvolvimento dos meios de comunicação, que permitem ao Chefe da Nação dirigir-se diretamente ao povo solicitando apoio a suas proposições no Congresso, colocando-o em uma difícil posição perante o Poder Executivo.

Trata-se de importante alteração de fortalecimento do Poder Legislativo frente ao Presidente da República, que não mais poderá pautá-lo extraordinariamente sem prévia concordância da maioria absoluta de ambas as Casas Legislativas.

Na sessão legislativa extraordinária, o Congresso Nacional somente deliberará sobre a matéria para a qual foi convocado, ressalvada a hipótese referente a medidas provisórias, em vigor na data da convocação, quando então deverão ser automaticamente incluídas (CF, art. 57, § 8º c.c art. 62), vedado o pagamento de parcela indenizatória, em razão da convocação.

Discute-se sobre a possibilidade de dupla convocação extraordinária para o mesmo período, estabelecendo assuntos diversos a serem tratados. Entendemos plenamente possível, uma vez que a iniciativa de um dos legitimados constitucionais, que eventualmente se antecipasse aos demais, em convocar o Congresso Nacional extraordinariamente, não poderia impedir que os demais também o fizessem, desde que existentes os requisitos constitucionais.[17] Esse posicionamento foi fortalecido pela EC nº 50/06, pois, em caso de dupla convocação, haverá sempre o crivo da maioria absoluta dos membros das Casas Legislativas, que deverá aceitar as convocações.

O órgão administrativo de direção do Congresso Nacional é sua Mesa.

A Mesa do Congresso Nacional será presidida pelo Presidente do Senado Federal, e os demais cargos serão exercidos, alternadamente, pelos ocupantes de cargos equivalentes na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. Assim, aplicando-se as regras constitucionais, e com base nos *regimentos internos* da Câmara, do Senado e do próprio Congresso, a Mesa do Congresso será composta pelo Presidente do Senado, 1º Vice-presidente

da Câmara, 2º Vice-presidente do Senado, 1º Secretário da Câmara, 2º Secretário do Senado, 3º Secretário da Câmara e 4º Secretário do Senado.

As mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal serão eleitas, respectivamente, pelos deputados federais e senadores da República, para mandato de dois anos, vedando-se a recondução para o *mesmo cargo* na eleição imediatamente subsequente,[18] desde que seja na mesma legislatura; sendo, porém, permitida uma única recondução em legislaturas diversas.[19]

Observe-se que a presente regra – que veda a recondução dos membros das Mesas das Casas Legislativas federais para os mesmos cargos na eleição imediatamente subsequente (CF, art. 57, § 4º) – não é de reprodução obrigatória nas Constituições estaduais, que poderão, sem qualquer afronta ao texto magno, estabelecer regras diversas, inclusive com a possibilidade de reeleição.[20] No tocante à eleição para a mesa do Poder Legislativo estadual, o Supremo Tribunal Federal definiu que, apesar de o art. 57, § 4º, da Constituição Federal não ser norma de reprodução obrigatória por parte dos Estados-membros, em face dos princípios Republicano e Democrático, exige-se a alternância no Poder, não se admitindo a possibilidade de reeleições sucessivas para os mesmos cargos nas mesas diretoras dos órgãos legislativos, mas apenas uma única reeleição para o mandato subsequente.[21]

O Supremo Tribunal Federal fixou as seguintes teses:

> "(i) a eleição dos membros das Mesas das Assembleias Legislativas estaduais deve observar o limite de uma única reeleição ou recondução, limite cuja observância independe de os mandatos consecutivos referirem-se à mesma legislatura; (ii) a vedação à reeleição ou recondução aplica-se somente para o mesmo cargo da mesa diretora, não impedindo que membro da mesa anterior se mantenha no órgão de direção, desde que em cargo distinto; (iii) o limite de uma única reeleição ou recondução, acima veiculado, deve orientar a formação da Mesa

da Assembleia Legislativa no período posterior à data de publicação da ata de julgamento da ADI 6.524, de modo que não serão consideradas, para fins de inelegibilidade, as composições eleitas antes de 7.1.2021, salvo se configurada a antecipação fraudulenta das eleições como burla ao entendimento do Supremo Tribunal Federal".[22]

De igual maneira, as Leis Orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios poderão dispor sobre a composição, eleição e possibilidade de reeleição de suas mesas diretoras.[23]

A Constituição Federal prevê, além de outros casos esparsos no próprio texto, que a Câmara dos Deputados e o Senado Federal reunir-se-ão em sessão conjunta para:

- inaugurar a sessão legislativa;
- elaborar o regimento comum e regular a criação de serviços comuns às duas Casas;
- receber o compromisso do Presidente e do Vice-presidente da República;
- conhecer do veto e sobre ele deliberar.

As atribuições do Congresso Nacional vêm definidas nos arts. 48 e 49 da Constituição Federal, sendo que no art. 48[24] se exige a participação do Poder Executivo por meio da sanção presidencial, enquanto no art. 49,[25] por se tratar de competências exclusivas do Congresso Nacional, serão tratadas somente no âmbito do Poder Legislativo, por meio de Decreto Legislativo.

A Emenda Constitucional nº 109, de 15 de março de 2021, acrescentou o inciso XVIII ao art. 49 da Constituição Federal, determinando competir ao Congresso Nacional decretar o estado de calamidade pública de âmbito nacional previsto nos arts. 167-B, 167-C, 167-D, 167-E, 167-F e 167-G da Constituição, por proposta do Presidente da República (art. 84, XXVIII).

Durante a integralidade do exercício financeiro em que vigore a calamidade pública de âmbito nacional, estará dispensado o cumprimento do art. 167, inciso III, da Constituição Federal e, conforme os novos arts. 167, B, C, D, E, G e F da Constituição Federal, a União deve adotar regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para atender às necessidades dele decorrentes, somente naquilo em que a urgência for incompatível com o regime regular, nos termos definidos nos arts. 167-C, 167-D, 167-E, 167-F e 167-G da Constituição Federal.

2.3 Câmara dos Deputados

A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo,[26] eleitos pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal, sendo que o número total de deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar,[27] proporcionalmente à população. Haverá, portanto, necessidade de lei complementar tanto para a fixação do número total de Deputados Federais (atualmente, 513), quanto para a fixação do número de representantes por Estado da Federação.[28]

O sistema é proporcional quando a distribuição dos mandatos ocorre de maneira que o número de representantes em cada circunscrição eleitoral seja dividido em relação com o número de eleitores, de sorte que resulte uma proporção. A eleição para a Câmara dos Deputados é realizada no sistema eleitoral proporcional de lista aberta com voto uninominal.[29]

Dessa forma, explica Pinto Ferreira,

> “a representação proporcional é um sistema através do qual se assegura aos diferentes partidos políticos no Parlamento uma representação correspondente à força numérica de cada um. Ela objetiva assim fazer do Parlamento um espelho tão fiel quanto possível do colorido partidário nacional”.[30]

O *sistema proporcional* consiste, portanto, no procedimento eleitoral que visa assegurar ao Parlamento uma representação proporcional ao número de votos obtido por cada uma das legendas políticas. Nas palavras de Mirabeau, como recorda Dieter Nohlen, o parlamento deveria ser um mapa reduzido do povo.[31]

Segundo Duverger,[32] Sartori[33] e Canotilho,[34] esse seria o melhor sistema eleitoral para a democracia, pois tende a aproximar mais o eleitor dos eleitos, garantindo maior igualdade entre a maioria e a minoria na participação política.

A Constituição Federal, porém, atenua o critério puro da *proporcionalidade da população*[35] (representados)/*deputados* (representantes), pois determina a realização dos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma das unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de 70 deputados. Além disso, fixa independentemente da população, o número de quatro deputados para cada Território.[36] Essa atenuação perpetuou a existência de graves distorções em relação à citada proporcionalidade, favorecendo Estados-membros com menor densidade demográfica em prejuízo dos mais populosos, e acabando por contradizer a regra prevista no art. 14, *caput*, da Constituição Federal da *igualdade do voto (One Man One Vote*).

A fixação e readequação do número de cadeiras na Câmara dos Deputados serão realizados pelo Tribunal Superior Eleitoral, "consideradas as unidades da Federação", e deverão "decorrer de censo realizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE – definindo, com segurança, a população",[37] evitando-se, porém, de realizar essa alteração em anos eleitorais.[38]

A aplicação do *sistema proporcional* deve ser disciplinada pela legislação ordinária,[39] que adotou o *método do quociente eleitoral*, consistente na divisão do total de votos válidos dados em candidatos pelo número de cargos em disputa.[40]

O resultado dessa operação aritmética denomina-se *quociente eleitoral*. A partir disso, divide-se o total de votos obtidos por cada uma das legendas pelo quociente, chegando-se, consequentemente, ao número de cadeiras obtidas por cada legenda.[41]

O *sistema proporcional* acarreta o difícil e importante problema das *sobras eleitorais*, resultantes das referidas operações aritméticas.[42]

A legislação brasileira atual adotou para solução desse problema o *critério da melhor média.*[43]

Assim, após a definição do quociente eleitoral, esse critério consiste, primeiramente, na realização do cálculo real do número de votos que o partido necessitou para obter cada cadeira. Obtidas as médias que cada partido necessitou para eleger seus representantes, distribuem-se as cadeiras faltantes às melhores médias.[44]

Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

- autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-presidente da República e os Ministros de Estado;
- proceder à tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas ao Congresso Nacional dentro de 60 dias após a abertura da sessão legislativa;
- elaborar seu regimento interno;
- dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias;[45]
- eleger dois membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII.

2.3.1 Suplência e permanência no partido

No caso de renúncia ou perda do mandato de deputado federal, deverá ser chamado para assumir a vaga na Câmara dos Deputados o suplente, assim eleito e diplomado na forma do sistema de representação proporcional (conferir neste capítulo, item 2.3).

Conforme análise no item 2.7.16, neste mesmo capítulo, em virtude do reconhecimento da existência da fidelidade partidária em nosso ordenamento constitucional, tanto pelo Tribunal Superior Eleitoral, quanto pelo Supremo Tribunal Federal, perderá a condição de suplente o candidato diplomado pela justiça eleitoral que, posteriormente, se desvincula do partido pelo qual se elegeu, pois ambas as Cortes reconheceram que os mandatos pertencem aos Partidos Políticos que, consequentemente, tem direito de preservá-los se ocorrer cancelamento da filiação partidária ou transferência de legenda, sem justa causa.

Na hipótese de ter ocorrido coligações partidárias para as eleições proporcionais, a suplência pertencerá à Coligação, pois, com o ressaltado pelo Supremo Tribunal Federal, "a coligação assume perante os demais partidos e coligações, os órgãos da Justiça Eleitoral e, também, os eleitores, natureza de superpartido; ela formaliza sua composição, registra seus candidatos, apresenta-se nas peças publicitárias e nos horários eleitorais e, a partir dos votos, forma quociente próprio, que não pode ser assumido isoladamente pelos partidos que a compunham nem pode ser por eles apropriado", concluindo que "a sistemática estabelecida no ordenamento jurídico eleitoral para o preenchimento dos cargos disputados no sistema de eleições proporcionais é declarada no momento da diplomação, quando são ordenados os candidatos eleitos e a ordem de sucessão pelos candidatos suplentes. A mudança dessa ordem atenta contra o ato jurídico perfeito e desvirtua o sentido e a razão de ser das coligações. Ao se coligarem, os partidos políticos aquiescem com a possibilidade de distribuição e rodízio no exercício do poder em conjunto no processo eleitoral".[46]

2.4 Senado Federal

O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário, sendo que cada Estado e o Distrito Federal terão três senadores, com mandato de oito anos.

Sistema majoritário é aquele em que será considerado vencedor o candidato que obtiver maior número de votos (*maioria simples*), tendo o texto constitucional optado pelo *sistema majoritário puro ou simples* (um único turno) para a eleição de Senadores da República (conferir sobre sistema majoritário: Capítulo 10, item 3.1.2).

Diferentemente do critério proporcional para a eleição dos Deputados Federais, o critério majoritário aplicado no Senado Federal determina a eleição do Senador da República acompanhado por dois suplentes.

A representação de cada Estado e do Distrito Federal será renovada de quatro em quatro anos, alternadamente, por um ou dois terços do Senado Federal (CF, art. 46, § 2º). Exemplificando: na eleição de 1990 todos os Estados-membros e o Distrito Federal elegeram um senador, permanecendo no Senado Federal dois Senadores da República de cada unidade da federação que haviam sido eleitos em 1986 (*renovação de 1/3*). Na eleição de 1994, diferentemente, foram eleitos dois Senadores da República por Estado-membro e Distrito Federal, permanecendo na Casa Legislativa somente os parlamentares que haviam sido eleitos em 1990 (*renovação de 2/3*).

O legislador constituinte brasileiro concedeu ao Senado Federal a mesma relevância e força dada à Câmara dos Deputados, contrariando assim, a tendência britânica do bicameralismo.[47]

Compete privativamente ao Senado Federal:

- processar e julgar o Presidente e o Vice-presidente da República nos crimes de responsabilidade bem como os Ministros de

Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica,[48] nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

- processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;[49]
- aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de:

a. magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição;
b. Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República;
c. Governador de Território;
d. presidente e diretores do Banco Central;
e. Procurador-Geral da República;
f. titulares de outros cargos que a lei determinar;

- aprovar previamente, por voto secreto, após arguição em sessão secreta, a escolha dos chefes de missão de caráter permanente;
- autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios;
- fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal;

dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da
- União em operações de crédito externo e interno;
- estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;
- aprovar, por maioria absoluta e por voto secreto, a exoneração, de ofício, do Procurador-Geral da República antes do término de seu mandato;
- elaborar seu regimento interno;
- dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias;[50]
- eleger membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII;
- avaliar periodicamente a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional, em sua estrutura e seus componentes, e o desempenho das administrações tributárias da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios.[51]

2.4.1 Suplência e permanência no partido

No sistema constitucional eleitoral brasileiro não é possível que o candidato ao Senado Federal registre sua candidatura sem suplentes ou com um único suplente, sendo absolutamente imprescindível a necessidade do

registro completo da chapa que disputará a vaga ao Senado Federal, composto por um titular e dois suplentes.

Eleita a chapa registrada ao Senado Federal, o candidato ao cargo de Senador da República efetivamente será diplomado e empossado como tal, enquanto ambos os suplentes serão, nos termos do art. 215 do Código Eleitoral, diplomados na qualidade de suplência,[52] não sendo titulares de nenhum cargo[53] e, consequentemente, não possuindo nenhuma das prerrogativas estabelecidas no Estatuto dos Parlamentares;[54] pois os suplentes, como definido pelo Supremo Tribunal Federal, "possuem mera expectativa de direito, o de substituir, eventualmente, o senador com o qual foram eleitos".[55]

A diplomação, porém, torna a condição jurídico-política do titular e dos suplentes ato jurídico perfeito e acabado,[56] ou seja, concede direito a posse e exercício efetivo do mandato para o candidato eleito Senador da República e expectativa de direito aos suplentes, que deverão assumir na hipótese de ausência temporária do titular e sucedê-lo, caso haja vacância definitiva.

Os suplentes de Senadores, tradicionalmente em nosso Direito Constitucional, portanto, não têm mandato público eletivo no Senado Federal.

Já sob a égide da Constituição de 1946 e analisando a peculiar condição jurídica do "suplente", o Ministro Mário Guimarães apontou a inexistência de mandato do suplente, ensinando que: "o mandato começa quando o deputado presta seu compromisso, e isso o suplente não faz, de modo que não tem propriamente um mandato [...] Mandato, no sentido eleitoral, não existe. Existe, porém, uma expectativa de mandato".[57]

A diplomação, por conseguinte, concede a qualidade de Suplente de Senador da República durante os 8 (oito) anos de mandato, mesmo que eventualmente os suplentes precisem assumir o exercício do cargo nas ausências temporárias do titular, ou seja, nas vacâncias temporárias do

titular do cargo – Senador da República –, o suplente jamais tornar-se-á Senador, mas sim continuará na qualidade de suplente em exercício do cargo de Senador da República.

Dessa forma, o candidato eleito suplente de Senador da República permanecerá nessa condição jurídica – "SUPLÊNCIA" – desde a sua diplomação até o término do mandato do titular, mesmo que durante os oito anos eventualmente assuma o exercício do cargo na hipótese de vacância temporária.

Portanto, não tendo a suplência natureza jurídica de mandato público eletivo, não se lhe aplicam as prerrogativas e incompatibilidades dos detentores de mandatos parlamentares.

O suplente somente se tornará Senador da República se ocorrer a vacância definitiva do cargo.

Conforme análise no item 2.7.16, neste mesmo capítulo, em virtude do reconhecimento da existência da fidelidade partidária em nosso ordenamento constitucional, tanto pelo Tribunal Superior Eleitoral, quanto pelo Supremo Tribunal Federal, perderá a condição de suplente, mesmo em se tratando de mandato majoritário, o candidato diplomado pela justiça eleitoral que, posteriormente, se desvincula do partido pelo qual se elegeu, inclusive nas eleições majoritárias, pois ambas as Cortes reconheceram que os mandatos pertencem aos Partidos Políticos que, consequentemente, tem direito de preservá-los se ocorrer cancelamento da filiação partidária ou transferência de legenda, sem justa causa.

2.5 Função típica – fiscalização. Comissões Parlamentares de Inquérito

O exercício da função típica do Poder Legislativo consistente no controle parlamentar, por meio de fiscalização, pode ser classificado em *político-administrativo* e *financeiro-orçamentário*. Pelo primeiro controle, o

Legislativo poderá questionar os atos do Poder Executivo, tendo acesso ao funcionamento de sua máquina burocrática, a fim de analisar a gestão da coisa pública e, consequentemente, tomar as medidas que entenda necessárias. O art. 49, X, da Constituição Federal estabelece ser competência exclusiva do Congresso Nacional fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas – e não individualmente pelos parlamentares[58] – os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta.

Inclusive, a Constituição Federal autoriza a criação de comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, e 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,[59] sendo suas conclusões,[60] se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores (CF, art. 58, § 3º).[61]

Ressalte-se que a locução *prazo certo*, prevista no § 3º do art. 58 da Constituição, conforme jurisprudência do STF,[62] não impede prorrogações sucessivas dentro da legislatura, nos termos da Lei nº 1.579/52, alterada pela Lei nº 13.367, de 5 de dezembro de 2016.[63] Observe-se, porém, que o termo final de uma CPI sempre será o término da legislatura.

Em defesa ao direito das minorias parlamentares, decidiu o Supremo Tribunal Federal que, preenchidos os requisitos constitucionais do art. 58, § 3º, da Constituição Federal, existe "direito público subjetivo, nesse dispositivo assegurado, às minorias legislativas, de ver instaurado o inquérito parlamentar, com apoio no direito de oposição, legítimo consectário do princípio democrático", e concluiu ser obrigação do "Presidente do Senado, mediante aplicação analógica do art. 28, § 1º c/c o art. 85, *caput*, respectivamente, do Regimento Interno da Câmara dos

Deputados e o do Senado Federal, proceder, ele próprio, à designação dos nomes faltantes dos senadores que irão compor esse órgão de investigação legislativa, observado, ainda, o disposto no § 1º do art. 58 da CF".[64]

O Supremo Tribunal Federal, igualmente, declarou inconstitucional previsão constante em regimento interno de Assembleia Legislativa que exigia aprovação, por maioria absoluta, do requerimento de 1/3 dos parlamentares estaduais, tendo afirmado o Ministro Eros Grau que "em decorrência do pacto federativo, o modelo federal de criação e instauração das comissões parlamentares de inquérito constitui matéria a ser compulsoriamente observada pelas casas legislativas estaduais", para concluir que "daí porque se há de ter, na garantia da criação da comissão parlamentar de inquérito mediante requerimento de criação de um terço dos membros da Assembleia Legislativa, a garantia da sua instalação independentemente de deliberação do plenário. A sujeição do requerimento de criação da comissão a essa deliberação equivaleria a frustração da própria garantia. As minorias – vale dizer, um terço dos membros da Assembleia Legislativa – já não mais deteriam o direito à criação da comissão parlamentar de inquérito, que passaria a depender de decisão da maioria, tal como expressa no plenário".[65]

Já o segundo controle corresponde à fiscalização prevista nos arts. 70 a 75 da Constituição Federal.

Assim, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, além dos sistemas internos de cada Poder, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo.

O exercício dessa função constitucional típica por parte do Congresso Nacional abrange não somente as contas de entidades públicas no âmbito dos Poderes de Estado e do Ministério Público, mas também todas as contas das pessoas físicas ou entidades públicas ou privadas que utilizem,

arrecadem, guardem, gerenciem ou administrem dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária; e caracteriza-se pela sua natureza política, apesar de estar sujeito à prévia apreciação técnico-administrativa do Tribunal de Contas.

Não foi outra a razão dada para a redação do parágrafo único do art. 70 pela Emenda Constitucional nº 19/98, estabelecendo que prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

2.5.1 Limitações constitucionais às Comissões Parlamentares de Inquérito

O ordenamento constitucional brasileiro consagrou novamente, dentro das funções fiscalizatórias do Poder Legislativo, as Comissões Parlamentares de Inquérito, seguindo uma tradição inglesa que remonta ao século XIV, quando, durante os reinados de Eduardo II e Eduardo III (1327 – 1377), permitiu-se ao parlamento a possibilidade de controle da gestão da coisa pública realizada pelo soberano.[66]

O art. 58, § 3º, da Constituição Federal previu que *as comissões parlamentares de inquérito terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais*, porém, foi extremamente lacônico e impreciso, uma vez que no ordenamento jurídico brasileiro inexiste, em regra, o juiz-investigador,[67] tarefa essa deixada institucionalmente a cargo das Polícias Civil e Federal e do Ministério Público, em face da adoção do processo acusatório, onde a separação entre o juiz e o órgão acusador é extremamente rígida.

Assim, em face da imprecisão legislativa há a necessidade de definição de dois pontos básicos na atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito: *amplitude de seu campo de atuação* e *limites de seu poder investigatório.*

Em relação à *amplitude de seu campo de atuação*, inicialmente deve ser salientado que o poder do Congresso de realizar investigações não é ilimitado, devendo concentrar-se em fatos específicos, definidos e relacionados ao Poder Público, pois como salientado por Francisco Campos, "o poder de investigar não é genérico ou indefinido, mas eminentemente específico, ou há de ter um conteúdo concreto, suscetível de ser antecipadamente avaliado na sua extensão, compreensão e alcance pelas pessoas convocadas a colaborar com as comissões de inquérito".[68]

Observe-se que a necessidade de criação das comissões com objeto específico não impede a apuração de fatos conexos ao principal,[69] ou ainda, de outros fatos, inicialmente desconhecidos, que surgirem durante a investigação, bastando, para que isso ocorra, que haja um aditamento do objeto inicial da CPI.[70]

Assim, podem ser objeto de investigação todos os assuntos que estejam na competência legislativa ou fiscalizatória do Congresso,[71] não existindo autoridade geral das CPIs para exposição dos negócios privados dos indivíduos, quando inexistir nexo causal com a gestão da coisa pública.[72] Nesse sentido, importante relembrarmos a histórica decisão da Corte Suprema Norte-americana, sob a presidência do *Chief Justice* Warren, onde se afirmou a impossibilidade de "pressupor que todo inquérito parlamentar é justificado por uma necessidade pública que sobrepassa os direitos privados atingidos. Fazê-lo seria abdicar da responsabilidade imposta ao Judiciário, pela Constituição, de garantir que o Congresso não invada, injustificadamente, o direito à própria intimidade individual, nem restrinja as liberdades de palavra, imprensa, religião ou reunião... As liberdades protegidas pela Constituição não devem ser postas em perigo na

ausência de clara determinação, pela Câmara ou Senado, de que o inquérito em questão é justificado por uma necessidade pública específica".[73]

Igualmente, as Comissões Parlamentares de Inquérito, sejam da Câmara dos Deputados, sejam do Senado Federal ou do próprio Congresso Nacional, devem absoluto respeito à separação de poderes,[74] ao princípio federativo, e, consequentemente, à autonomia dos Estados-membros,[75] Distrito Federal e Municípios, cujas gestões da coisa pública devem ser fiscalizadas pelos respectivos legislativos.[76] Ressalte-se que o STF suspendeu "as convocações dos Governadores de Estado realizadas no âmbito da Comissão Parlamentar de Inquérito instaurada no Senado Federal (CPI da Pandemia), sem prejuízo da possibilidade de o órgão parlamentar convidar essas mesmas autoridades estatais para comparecerem, voluntariamente, à Reunião da Comissão a ser agendada de comum acordo", em face de "violação do princípio da separação dos poderes e afronta à autonomia federativa dos Estados membros".[77]

Em havendo respeito ao seu campo constitucional de atuação, as Comissões Parlamentares de Inquérito deverão observar os *limites de seu poder investigatório*.[78]

Uma vez que, conforme já analisado, inexiste como regra no ordenamento jurídico brasileiro o juiz-investigador, deve ser utilizado como paradigma para os poderes das CPIs aqueles que os magistrados possuem durante a instrução processual penal, relacionados à dilação probatória, em busca da verdade material, nos mesmos termos proclamados pela Lei Fundamental alemã, que em seu art. 44, item 2, ao se referir às comissões de inquérito, estabelece que "*as disposições relativas ao processo penal terão aplicação por analogia à apuração de provas*".

As Comissões Parlamentares de Inquérito, portanto e em regra, terão os mesmos *poderes instrutórios* que os magistrados possuem durante a instrução processual penal, inclusive com a possibilidade de invasão das liberdades públicas individuais, mas deverão exercê-los dentro dos mesmos

limites constitucionais impostos ao Poder Judiciário,[79] seja em relação ao respeito aos direitos fundamentais, seja em relação à necessária fundamentação[80] e publicidade de seus atos, seja, ainda, na necessidade de resguardo de informações confidenciais, impedindo que as investigações sejam realizadas com a finalidade de perseguição política[81] ou de aumentar o prestígio pessoal dos investigadores, humilhando os investigados e devassando desnecessária e arbitrariamente suas intimidades e vidas privadas.[82]

Assim, os poderes investigatórios das Comissões Parlamentares de Inquérito compreendem:

- *possibilidade de quebra de sigilo bancário, fiscal e de dados*:[83] Conferir, a respeito, o Capítulo 3, item 16.6 (Comissão parlamentar de inquérito e sigilo), onde o tema foi tratado. Acrescente-se, como destacado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, em relação à quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico, que "não há como negar sua natureza probatória e, em princípio, sua compreensão no âmbito dos poderes de instrução do juiz, que a letra do art. 58, § 3º, da Constituição, faz extensíveis às comissões parlamentares de inquérito".[84] Igualmente, conforme afirmado pelo Ministro Carlos Velloso, "pode, então, a CPI quebrar o sigilo dos dados ou registros telefônicos de pessoa que esteja sendo investigada";[85]
- *oitiva de testemunhas, inclusive com a possibilidade de condução coercitiva*: as comissões podem determinar a oitiva de qualquer pessoa, funcionário público – inclusive Ministros de Estado – ou particular,[86] desde que seja necessário para a investigação.[87] Ninguém pode escusar-se de comparecer à comissão parlamentar de inquérito para depor.[88] Como destacado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, "a Constituição explicitou

dispor a Comissão Parlamentar de Inquérito dos 'poderes de investigação próprios das autoridades judiciais', entre os quais avulta de importância o de intimar, fazer comparecer, se for o caso, e tomar o depoimento de qualquer pessoa sobre o fato determinado a cuja apuração se destinar: *the power to send for persons*".[89] Observe-se, porém, que, assim como as autoridades judiciais, os depoimentos nas CPIs deverão respeitar a existência de eventual sigilo profissional, que, conforme proclamado pelo Supremo Tribunal Federal, "tem alcance geral e se aplica a qualquer juízo, cível, criminal, administrativo ou parlamentar";[90]

- *ouvir investigados ou indiciados*:[91] Nessas oitivas, a Constituição Federal consagra o *direito ao silêncio,* inafastável inclusive pelas Comissões Parlamentares de Inquérito,[92] pois o investigado não poderá ser obrigado a depor contra si mesmo;[93]
- *realização de perícias e exames necessários à dilação probatória, bem como requisição de documentos e busca de todos os meios de provas legalmente admitidos*;[94]
- *determinar buscas e apreensões*:[95] as CPIs possuem, genericamente, o poder de determinar às autoridades policiais e administrativas a realização de buscas e apreensões de documentos necessários às investigações. Como salientado pelo Ministro Carlos Velloso, "a Comissão pode, em princípio, determinar buscas e apreensões, sem o que essas medidas poderiam tornar-se inócuas e quando viessem a ser executadas cairiam no vazio. Prudência, moderação e adequação recomendáveis nessa matéria, que pode constituir o *punctum dollens* da Comissão Parlamentar de Inquérito no exercício de seus poderes, que, entretanto, devem ser exercidos, sob pena da investigação tornar-se ilusória e destituída de qualquer sentido".[96] Esse poder genérico, porém, encontra sua limitação

na consagração constitucional da inviolabilidade domiciliar (CF, art. 5º, XI), em face da cláusula de reserva jurisdicional, que será analisada a seguir, de forma a impedir a determinação de buscas e apreensões que necessitem invadir domicílios para sua concretização.

Também é possível às CPIs a utilização de documentos licitamente obtidos, mesmo que sigilosos.[97]

Por outro lado, as Comissões Parlamentares de Inquérito jamais terão os mesmos poderes cautelares que possuem as autoridades judiciais durante a instrução processual penal, por carecerem de competência jurisdicional.[98] Nesse sentido, afirmou o Supremo Tribunal Federal que as comissões "não podem decretar medidas assecuratórias para garantir a eficácia de eventual sentença condenatória, uma vez que o poder geral de cautela de sentenças judiciais só pode ser exercido por juízes".[99]

Dessa forma, não poderão as Comissões Parlamentares de Inquérito:

- *decretar quaisquer hipóteses de prisão, salvo as prisões em flagrante delito*: as Comissões Parlamentares de Inquérito não possuem competência constitucional para a decretação de prisões temporárias, preventivas ou quaisquer outras hipóteses, salvo as prisões em flagrante delito, uma vez que a Constituição Federal reservou ao Poder Judiciário a função de zelar pelo *status libertatis* individual, nos termos do art. 5º, LXI.[100] Diferentemente das Constituições de 1824 (art. 179, X), 1891 (art. 72, § 13), 1934 (art. 113, nº 21), 1937 (art. 122, nº 11), 1946 (art. 141, § 20), 1967 (art. 150, § 12), EC nº 01/69 (art. 153, § 10), somente do Poder Judiciário poderão emanar ordens de prisão, salvo a hipótese de transgressão militar ou crime propriamente militar definidos em lei, pois a tutela à liberdade com a consequente limitação do poder estatal sobre o *status*

libertatis do indivíduo consiste em uma das maiores conquistas do Estado de Direito.[101] As CPIs somente poderão decretar prisões em flagrante delito, inclusive por falso testemunho, desde que, nessa hipótese, obviamente, não se trate do próprio investigado ou ainda de pessoa que deixar de revelar fatos que possam incriminá-la, em respeito ao constitucionalmente consagrado *direito ao silêncio*;[102]

- *determinar a aplicação de medidas cautelares, tais como indisponibilidade de bens, arrestos, sequestro, hipoteca judiciária, proibição de ausentar-se da comarca ou do país:* Como ressaltado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, "o decreto de indisponibilidade dos bens de determinada pessoa posta sob a suspeição da CPI, qual o impetrante, mostra-se de todo excedente à mais larga interpretação da autoridade das CPIs: indisponibilidade de bens, ou medida similar – qual o arresto, o sequestro ou a hipoteca judiciária – são provimentos cautelares de sentença definitiva de condenação, os quais obviamente não se confundem com os poderes instrutórios, ou de cautela sobre a prova, que se possam admitir extensíveis aos órgãos parlamentares de investigação";[103]
- *proibir ou restringir a assistência jurídica aos investigados*: tendo a Constituição Federal consagrado, em seu art. 133, como princípios constitucionais a indispensabilidade e a imunidade do advogado, não poderão as CPIs, impedir que os investigados façam-se acompanhar de seus advogados, nem tampouco cercear-lhes o exercício da atividade profissional, desde que nos parâmetros delimitados pela legislação em vigor e pela própria natureza inquisitiva do inquérito parlamentar, onde inexiste o contraditório. Como ressaltado pelo Ministro Celso de Mello, "a Comissão Parlamentar de Inquérito, como qualquer outro órgão

> do Estado, não pode, sob pena de grave transgressão à Constituição e às leis da República, impedir, dificultar ou frustrar o exercício, pelo advogado, das prerrogativas de ordem profissional que lhe foram outorgadas pela Lei nº 8.906/94", para concluir que "assiste ao advogado a prerrogativa – que lhe é dada por força e autoridade da lei – de velar pela intangibilidade dos direitos daquele que o constituiu como patrono de sua defesa técnica, competindo-lhe, por isso mesmo, para o fiel desempenho do *munus* de que se acha incumbido esse profissional do Direito, o exercício dos meios legais vocacionados à plena realização de seu legítimo mandato profissional",[104] inclusive com o direito de "protocolizar e de ver apreciadas, pela CPI, petições formuladas em nome da pessoa ou da entidade sob investigação", além do "direito de acesso a documentos sob cláusula de sigilo, desde que já incorporados aos autos do inquérito parlamentar".[105]

Além dessas limitações, incide sobre a atuação das CPIs, a denominada *cláusula de reserva jurisdicional*,[106] consistente na expressa previsão constitucional de competência exclusiva dos órgãos do Poder Judiciário para a prática de determinados atos. Assim, por exemplo, quando o texto constitucional prevê no art. 5º, XI, a possibilidade de invasão domiciliar durante o dia, por *determinação judicial*, ou ainda, quando no art. 5º, XII, permite a interceptação telefônica, *por ordem judicial*, expressamente reservou a prática desses atos constritivos da liberdade individual aos órgãos do Poder Judiciário. Nessas hipóteses, as CPIs carecem de competência constitucional para a prática desses atos, devendo solicitar ao órgão jurisdicional competente.[107]

Conforme salientam Canotilho e Vital Moreira, "os poderes das comissões de inquérito têm um limite naqueles direitos fundamentais dos

cidadãos que, mesmo em investigação criminal, não podem ser afectados senão por decisão de um juiz".[108]

O Ministro Celso de Mello adverte que essa cláusula consubstancia "ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado".[109]

Como afirmado por Luís Roberto Barroso, "ultrapassaria com exagero os limites da razoabilidade a suposição de que uma comissão parlamentar de inquérito – instância política, sujeita a paixões e excessos – pudesse livremente dispor da privacidade das pessoas, invadindo domicílios e escritórios, e apreendendo o que lhe aprouvesse".[110]

Ressalte-se que os eventuais abusos ou ilegalidades praticadas pelas Comissões Parlamentares de Inquérito deverão ser controlados pelo Poder Judiciário,[111] por meio do Supremo Tribunal Federal, em regra em sede de mandado de segurança[112] e *habeas corpus*,[113] nos termos do art. 102, I, *i*, da Constituição Federal, pois "as Comissões Parlamentares de Inquérito não são órgãos distintos, mas emanações do Congresso, competindo ao Supremo Tribunal Federal o controle de seus atos".[114] Dessa forma, conforme decidiu o Pretório Excelso, "ao Supremo Tribunal Federal compete exercer, originariamente, o controle jurisdicional sobre atos de comissão parlamentar de inquérito que envolvam ilegalidade ou ofensa a direito individual, dado que a ele compete processar e julgar *habeas corpus* e mandado de segurança contra atos das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, art. 102, I, *i*, da Constituição, e a comissão parlamentar de inquérito procede como se fora a Câmara dos Deputados ou o Senado Federal ou o Congresso Nacional. Construção constitucional consagrada",[115] não cabendo ao Poder Legislativo, como destacado pelo

STF, examinar "o acerto ou desacerto" das medidas deferidas, "diante da separação de poderes".[116]

Dessa forma, a conduta das Comissões Parlamentares de Inquérito deve, portanto, equilibrar os interesses investigatórios, certamente de grande interesse público, com as garantias constitucionalmente consagradas, preservando a segurança jurídica e utilizando-se dos meios jurídicos mais razoáveis e práticos em busca de resultados satisfatórios garantindo a plena efetividade da justiça, sob pena de desviar-se de sua finalidade constitucional.[117]

Há, portanto, necessidade de direcionar-se todas as regras hermenêuticas para garantir-se a plena aplicabilidade e efetividade dos direitos humanos fundamentais perante as Comissões Parlamentares de Inquérito.

Os direitos humanos fundamentais, enquanto uma das previsões absolutamente necessárias à todas as Constituições, no sentido de consagrar o respeito à *dignidade humana*, garantir a limitação de poder e visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana, são absolutamente vinculantes ao exercício dos poderes investigatórios das Comissões Parlamentares de Inquérito.[118]

Dessa forma, a maior limitação à atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito é o pleno respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, projeto maior de um Estado Democrático de Direito, no exato sentido que lhe empresta a definição de Roscoe Pound, para quem liberdade consiste "na reserva, para o indivíduo, de certas expectativas fundamentais razoáveis que entendem com a vida na sociedade civilizada e liberação em relação ao exercício arbitrário e desarrazoado do poder e da autoridade por parte daqueles que são nomeados ou escolhidos em sociedade politicamente organizada com o objetivo de ajustar relações e ordenar a conduta e se tornam, dessa maneira, capazes de aplicar a força dessa sociedade aos indivíduos".[119]

Sem respeito à dignidade da pessoa humana não haverá Estado de Direito, desaparecendo a participação popular nos negócios políticos do Estado, quebrando-se o respeito ao princípio da soberania popular, que proclama todo o poder emanar do povo, com a consequência nefasta do fim da Democracia.

Exige-se, pois, do Poder Legislativo, no exercício de sua função fiscalizatória, por meio de Comissões Parlamentares de Inquéritos, pleno respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, sob pena de flagrante inconstitucionalidade de suas condutas e perda da legitimidade popular que sustenta a atuação fiscalizatória dos parlamentares, pois como ensina Norberto Bobbio, "sem respeito às liberdades civis, a participação do povo no poder político é um engano, e sem essa participação popular no poder estatal, as liberdades civis têm poucas probabilidades de durar".[120]

2.6 Tribunal de Contas

2.6.1 Conceito, funções e finalidades

O Tribunal de Contas da União é órgão auxiliar e essencial de orientação do Poder Legislativo, embora a ele não subordinado,[121] praticando atos de natureza administrativa, concernentes, basicamente, à fiscalização,[122] com garantias de autonomia e autogoverno.[123]

O Tribunal terá sua sede no Distrito Federal, sendo integrado por nove ministros que exercerão suas atribuições em todo o território nacional, e terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, sendo, portanto, vitalícios, inamovíveis e tendo seus subsídios a garantia da irredutibilidade, aplicando-se-lhes quanto à aposentadoria e pensão, nos termos da Emenda Constitucional nº 103/2019, as normas constantes no art. 40 da Constituição Federal (conferir Capítulo 9, item 15).

Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão nomeados entre brasileiros que preencham determinados requisitos, a saber:[124]

- mais de 35 e menos de 65 anos de idade;
- idoneidade moral e reputação ilibada;
- notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública;
- mais de 10 anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso anterior.

A Constituição Federal estabeleceu um método diferenciado na escolha e investidura dos Ministros do Tribunal de Contas da União. Assim, o Presidente da República escolherá um terço dos membros do Tribunal (*três*), enquanto ao Congresso Nacional caberá a escolha dos outros dois terços (*seis*), na forma que dispuser seu regimento interno.

Em relação à composição dos Tribunais de Contas, o Supremo Tribunal Federal pacificou a absoluta necessidade de respeito à distribuição de vagas para garantir a composição heterogênea tanto do Tribunal de Contas da União,[125] quanto dos Tribunais de Contas dos Estados.[126]

A Constituição Federal estabeleceu no art. 71 as funções do Tribunal de Contas da União, que deverá auxiliar o Congresso Nacional a exercer o controle externo e fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União, ressaltando-se:[127]

- apreciação das contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio, que deverá ser elaborado em 60 dias a contar de seu recebimento;
- julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta (incluídos os Poderes Executivo,

Legislativo e Judiciário) e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

- aplicação aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, das sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário, podendo, inclusive, declarar a inidoneidade de empresa privada para participar de licitações promovidas pela Administração Pública.[128]

Observe-se, por fim, que, o STF, em entendimento anterior ao texto constitucional de 1988, passou a permitir ao Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, "apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos do Poder Público" (Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal, de 1963), em momento em que inexistia o controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, que de maneira tímida somente foi introduzido pela EC nº 16/65, tendo, finalmente, sido consagrado na Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, e reforçado pelas emendas constitucionais 03/93 e 45/2004, tornando-se juntamente com o amplo e renovado controle difuso (*repercussão geral das questões constitucionais, Súmulas vinculantes)* o sistema jurisdicional mais complexo e abrangente de garantia da supremacia do texto constitucional do Direito comparado.[129]

Houve uma clara e expressa opção do legislador constituinte de 1988 pela inclusão do controle de constitucionalidade no rol exclusivo dos órgãos do Poder Judiciário, exercentes de funções jurisdicionais. A declaração incidental de inconstitucionalidade ou, conforme denominação do *Chief Justice* Marshall (1 Chanch 137 – 1803 – Marbury v. Madison), a *ampla revisão judicial*, somente é permitida excepcionalmente aos juízes e tribunais para o pleno exercício de suas funções jurisdicionais, de maneira a

possibilitar ao magistrado garantir a supremacia das normas constitucionais ao solucionar de forma definitiva o caso concreto posto em juízo; sendo admissível no sistema constitucional de freios e contrapesos existentes na separação de poderes (CF, art. 97), mas não extensível implicitamente a qualquer outro Poder, Instituição ou órgão administrativo, sob pena de usurpação da função constitucional atribuída aos juízes e tribunais (*função jurisdicional)* e ignorando expressa competência do próprio Supremo Tribunal Federal (*"guardião da Constituição").* Conferir argumentação nesse mesmo sentido, porém em relação ao Conselho Nacional de Justiça, no item 4.4.5 – "f", neste mesmo capítulo.

A Constituição Federal de 1988, portanto, tornou inconcebível ao Tribunal de Contas, embora órgão importantíssimo e essencial do sistema constitucional de fiscalização, permanecer a exercer controle difuso de constitucionalidade, pois no âmbito de suas atribuições inexiste qualquer função jurisdicional.[130]

As funções de Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União serão exercidas por Instituição que não integra os quadros do Ministério Público da União. Esse modelo deverá ser seguido pelos Tribunais de Contas estaduais, ou seja, deverão ser criadas instituições que não façam parte dos respectivos Ministérios Públicos estaduais.[131] Conferir nesse sentido, nesse mesmo Capítulo, item 5.14 (Ministério Público junto aos Tribunais de Contas).

2.6.2 Tribunal de Contas – escolha pelo Presidente da República (1/3)

O art. 73, § 2º, I, determina que um terço dos Ministros do Tribunal de Contas da União será escolhido pelo Presidente da República, com aprovação por maioria simples (CF, art. 47) do Senado Federal, sendo dois alternadamente entre auditores e membros do Ministério Público junto ao

Tribunal, indicados em *lista tríplice* pelo Tribunal de Contas, segundo os critérios de antiguidade e merecimento, e um por meio de escolha livre.

Em relação a duas vagas, há, portanto, necessidade de adequar as duas etapas para preenchimento das vagas: *lista tríplice* e *antiguidade/merecimento*.

Dessa forma, o Tribunal de Contas da União elaborará lista indicando, alternadamente, três auditores ou três membros do Ministério Público junto ao Tribunal, seja pelo critério de merecimento, seja pelo critério da *antiguidade*, para que, posteriormente, o Presidente escolha um deles, submetendo-os à aprovação do Senado Federal.

Ressalte-se, pois, que mesmo devendo a vaga ser preenchida pelo critério da antiguidade, o Tribunal de Contas deverá remeter uma lista tríplice, com os nomes dos *três* auditores ou *três* membros do Ministério Público *mais antigos,* para que o Presidente da República escolha qualquer um deles. Não se justifica, portanto, a interpretação pela qual, na nomeação pelo critério de antiguidade, o Tribunal de Contas encaminhará ao Chefe do Poder Executivo, apenas, o nome do auditor ou membro de Ministério Público mais antigo na Corte de Contas, vinculando o Presidente da República a escolhê-lo. A referência constitucional à lista tríplice assegura ao Presidente a discricionariedade de livre escolha entre os três nomes nela constantes.[132]

2.6.3 Tribunais de Contas estaduais, distrital e municipais

O art. 75 da Constituição Federal refere-se aos Tribunais de Contas dos Estados, Distrito Federal e Municípios.[133] Igualmente, o art. 31 da Constituição Federal estabelece que a fiscalização do Município também será exercida mediante controle externo da Câmara Municipal, com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados[134] ou dos Conselhos ou

Tribunais de Contas dos Municípios, *onde houver*; prevê-se que o parecer prévio, emitido pelo órgão competente, sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.[135]

Note-se que a expressão *onde houver* deve ser interpretada de acordo com o § 4º do referido art. 31 da Constituição Federal, que veda a criação de tribunais, conselhos ou órgãos de contas municipais.

Essa interpretação nos leva à conclusão de que o legislador constituinte reconheceu a existência dos Tribunais ou Conselhos de Contas Municipais já existentes na data da promulgação da Constituição Federal, não permitindo às respectivas Constituições Estaduais aboli-los, porém, ao mesmo tempo, expressamente vedou a criação de novos Tribunais ou Conselhos de Contas.[136]

Os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios estão sujeitos, em matéria de organização, composição e atribuições fiscalizadoras de seus Tribunais de Contas, ao modelo jurídico estabelecido pela Constituição da República[137] (art. 75, *caput*),[138] pois conforme interpretado pelo Supremo Tribunal Federal,[139]

> "com a superveniência da nova Constituição, ampliou-se, de modo extremamente significativo, a esfera de competência dos tribunais de contas, os quais foram investidos de poderes jurídicos mais amplos, em decorrência de uma consciente opção política feita pelo legislador constituinte, a revelar a inquestionável essencialidade dessa instituição surgida nos albores da república. A atuação dos tribunais de contas assume, por isso, importância fundamental no campo do controle externo e constitui, como natural decorrência do fortalecimento de sua ação institucional, tema de irrecusável relevância. O regramento dos tribunais de contas estaduais, a partir da Constituição de

> 1988 – inobstante a existência de domínio residual para sua autônoma formulação – é matéria cujo relevo decorre da nova fisionomia assumida pela federação brasileira e, também, do necessário confronto dessa mesma realidade jurídico-institucional com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, construída ao longo do regime constitucional precedente, proclamava a inteira submissão dos Estados-membros, no delineamento do seu sistema de controle externo, ao modelo jurídico plasmado na Carta da República".[140]

Portanto, conforme salientado pelo Supremo Tribunal Federal, "gozam as Cortes de Contas do País das prerrogativas da autonomia e do autogoverno, o que inclui, essencialmente, a iniciativa reservada para instaurar processo legislativo que pretenda alterar sua organização e seu funcionamento".[141]

Dessa forma, o modelo federal deverá ser seguido pelos Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, inclusive em relação à composição e modo de investidura dos respectivos conselheiros, *respeitando-se a proporcionalidade de escolha entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo*, nos mesmos moldes da Constituição da República.[142] Assim, conforme a Súmula 653, entende o STF que "no Tribunal de Contas estadual, composto por sete conselheiros, quatro devem ser escolhidos pela Assembleia Legislativa e três pelo Chefe do Poder Executivo estadual, cabendo a este indicar um dentre auditores e outro dentre membros do Ministério Público, e um terceiro à sua livre escolha".[143]

A obrigatoriedade de observância do modelo constitucional federal pelos Tribunais de Contas estaduais, distrital e municipais, inclusive em relação à estrutura, investidura e composição,[144] não permite à unidade federativa "extinguir o cargo de Auditor na Corte de Contas estadual, previsto constitucionalmente, e substituí-lo por outro cuja forma de

provimento igualmente divirja do modelo definido pela CB/88",[145] nem tampouco, deixar de criar e prover os cargos referentes ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, cuja estrutura orgânica deve, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, estar ligada ao próprio Tribunal de Contas.[146]

Essa ampliação das funções do Tribunal de Contas engloba a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das pessoas estatais e das entidades e órgãos de sua administração direta e indireta,[147] no âmbito de atuação de cada Tribunal de Contas.

Importante ressaltar, também, que o âmbito de fiscalização dos Tribunais de Contas engloba pessoas jurídicas e físicas, públicas e privadas, desde que os recursos recebidos por elas tenham origem estatal, pois a gerência de dinheiro público ou a administração de bens, valores ou interesses da comunidade obriga à prestação de contas, nos termos do art. 71, II, da Constituição Federal.[148]

2.6.4 Tribunal de Contas e rejeição de contas do Chefe do Poder Executivo

No ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, a competência para julgamento das contas do Chefe do Poder Executivo, seja Federal, Distrital, Estadual ou Municipal, é exclusiva do Poder Legislativo respectivo. Dessa forma, nessa hipótese, a função do Tribunal de Contas é opinativa, atuando como órgão auxiliar do Parlamento.

Assim, apesar de caber ao Tribunal de Contas a apreciação das contas prestadas anualmente pelo chefe do Poder Executivo (CF, arts. 25, 31, 71, inciso I, e 75), somente ao Poder Legislativo caberá o julgamento das mesmas (CF, art. 49, inciso IX).[149]

2.7 Estatuto dos congressistas

2.7.1 Introdução

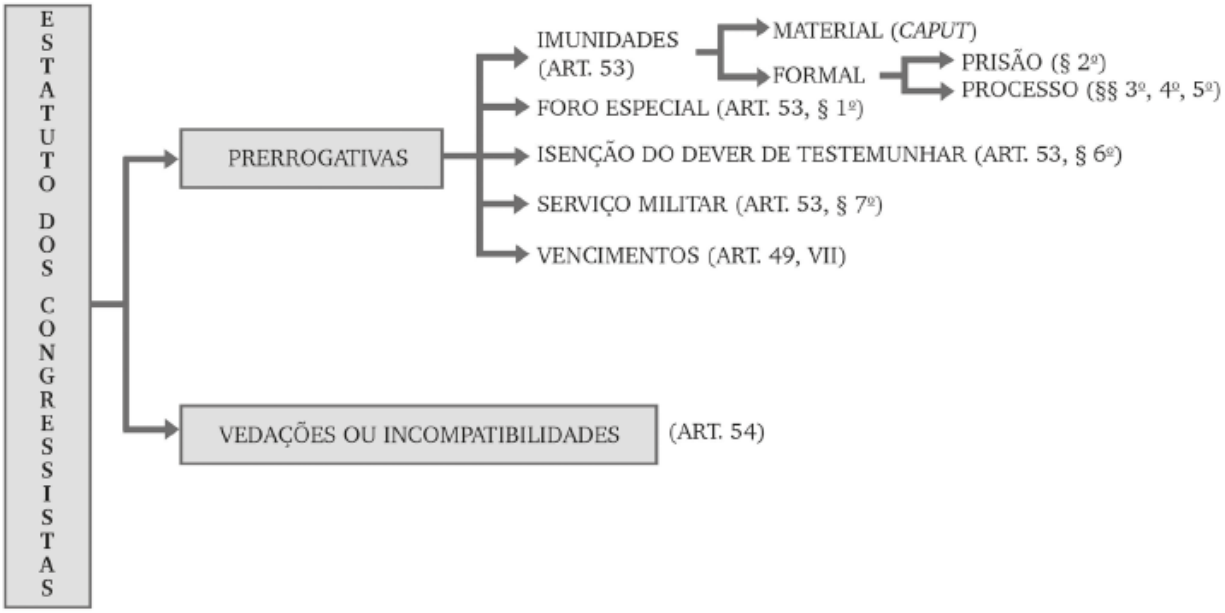
A Constituição Federal estabelece em seu Título IV – "Da organização dos Poderes" – Capítulo I – "Do Poder Legislativo" – Seção V – "Dos deputados e dos senadores", regras instituidoras das imunidades e vedações parlamentares, para que o Poder Legislativo, como um todo, e seus membros, individualmente, atuem com ampla independência e liberdade, no exercício de suas funções constitucionais. Tal conjunto de regras denomina-se estatuto dos congressistas, que, nos termos do artigo 27, § 1º, do texto constitucional, também é aplicável aos deputados estaduais.[150]

São diversas as prerrogativas e vedações constitucionais previstas pela Carta Magna aos membros do Poder Legislativo, todas como garantias de existência e independência do próprio Parlamento.[151] Desde as tradicionais imunidades material (art. 53, *caput*) e formal (art. 53, §§ 2º, 3º, 4º e 5º) até as prerrogativas de foro (art. 53, § 1º), de serviço militar (arts. 53, § 7º, e 143), vencimentos (art. 49, VII) e isenção do dever de testemunhar (art. 53, § 6º) e as incompatibilidades (art. 54).

A doutrina, não raramente, refere-se às imunidades ou prerrogativas parlamentares também como inviolabilidades.

Rodrigo Octávio aponta a denominação *imunidade* preferível à *inviolabilidade parlamentar* "que implica a ideia de estar o representante da nação fora da ação da lei".[152] Na verdade, a inviolabilidade corresponde à exclusão da punibilidade, referindo-se, somente, a alguns delitos (imunidade material), enquanto a imunidade é causa que pode impedir o prosseguimento do processo, caso haja a sustação do andamento da ação penal (imunidade formal), conforme veremos adiante.

Assim, a inviolabilidade acarretará a irresponsabilidade da conduta, enquanto a imunidade impedirá o livre desenvolvimento do processo, suspendendo a prescrição.[153]



2.7.2 Finalidade democrática

Na independência harmoniosa que rege o princípio da Separação de Poderes, as imunidades parlamentares são institutos de vital importância, visto buscarem, prioritariamente, a proteção dos parlamentares, no exercício de suas nobres funções, contra os abusos e pressões dos demais poderes; constituindo-se, pois, um direito instrumental de garantia de liberdade de opiniões, palavras e votos dos membros do Poder Legislativo, bem como de sua proteção contra prisões arbitrárias e processos temerários.

Assim, para o bom desempenho de seus mandatos, será necessário que o parlamento ostente ampla e absoluta liberdade de convicção, pensamento e ação, por meio de seus membros, afastando-se a possibilidade de ficar vulnerável às pressões dos outros poderes do Estado.

Dessa forma, imprescindível a existência das imunidades parlamentares à prática da democracia, significando verdadeira condição de independência do Poder Legislativo em face dos demais poderes e garantia da liberdade de pensamento, palavra e opinião, sem a qual inexistirá Poder Legislativo independente e autônomo, que possa representar, com fidelidade e coragem, os interesses do povo e do país, pois, e é sempre

importante ressaltar, estas imunidades não dizem respeito à figura do parlamentar, mas à função por ele exercida, no intuito de resguardá-la da atuação do Executivo ou do Judiciário, consagrando-se como garantia de sua independência perante outros poderes constitucionais.

Não prosperam, pois, assertivas sobre o eventual afastamento e desrespeito do princípio da igualdade (art. 5º, I, da Constituição Federal), como já visto anteriormente no capítulo inicial, em favor dos membros do Poder Legislativo, uma vez que a finalidade destas prerrogativas é a subsistência da democracia e do próprio Estado de Direito.

Na questão posta em estudo, a finalidade acolhida pelo direito – defesa da democracia e da existência e independência do Parlamento – afasta qualquer alegação de discriminação abusiva em favor dos parlamentares, conforme já estudado anteriormente.

2.7.3 Histórico

A criação das imunidades parlamentares como corolário da defesa da livre existência e independência do Parlamento tem no sistema constitucional inglês sua origem, através da proclamação do duplo princípio da *freedom of speach* (liberdade de palavra) e da *freedom from arrest* (imunidade à prisão arbitrária), no *Bill of Rights* de 1688, os quais proclamaram que a liberdade de expressão e de debate ou de troca de opiniões no Parlamento não pode ser impedida ou posta em questão em qualquer corte ou lugar fora do Parlamento.

Importante relembrar que foi basicamente o direito europeu que consolidou as imunidades parlamentares, dando-lhes os contornos atuais, porém, elas não passaram despercebidas do povo romano, pois eram intangíveis, invioláveis (*sacrosancta*) as pessoas dos tribunos e dos edis, seus auxiliares; tendo o povo romano outorgado-lhes por lei essa inviolabilidade e, para torná-la irrevogável, santificou-a com um juramento

(*les sacrata*), punindo com a pena de morte os atentados contra esta regulamentação. Esta inviolabilidade do tribuno garantia-lhe no exercício das suas funções ou fora delas e obstava a que ele pudesse ser acusado, preso ou punido.

A jurisprudência e a doutrina norte-americanas, historicamente, pacificaram-se no sentido de a *freedom from arrest* ser impeditiva de prisão tão somente em procedimentos cíveis. Por sua vez, a *freedom of speach* considera que o privilégio pertence à própria Casa Legislativa, a qual se encarrega de defendê-lo, geralmente através da constituição de comissão parlamentar de inquérito. Em relação à abrangência, também a origem histórica do instituto aponta que somente as palavras e os votos proferidos dentro do recinto das sessões ou das comissões é que são cobertos pela imunidade material, inclusive se o pronunciamento for considerado perigoso à segurança do Estado.

Posteriormente, as imunidades parlamentares foram inscritas constitucionalmente na Carta Magna dos Estados Unidos da América (17-9-1787) afirmando:

> "Em nenhum caso, exceto traição, felonia e violação da paz, eles (senadores e representantes) poderão ser presos durante sua frequência às sessões de suas respectivas Câmaras, nem quando a elas se dirigirem, ou delas retornarem; e não poderão ser incomodados ou interrogados, em qualquer outro lugar, por discursos ou opiniões emitidos em uma ou outra Câmara" (art. 1º, seção 6).

Anote-se ainda que na França, em 23 de junho de 1789, houve nova proclamação das imunidades, ante a ameaça de dissolução do Terceiro Estado; a assembleia decretou a inviolabilidade dos seus membros e declarou "traidor, infame e digno de morte quem pusesse a mão sobre eles".

Modernamente, quase todas as Constituições preveem as garantias de livre exercício do Poder Legislativo. Assim, por exemplo, a da França, de 1958, no art. 26 e a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, no art. 46, que, porém, como informa Pinto Ferreira, "exclui a injúria e a calúnia da esfera da inviolabilidade".[154] O mesmo se dava na Constituição Federal da antiga Alemanha Oriental, onde o art. 67, 1, segunda parte, afirma não incidir quanto às calúnias, no sentido do Código Penal, a regra jurídica da inviolabilidade, se comissão de inquérito da Câmara Popular as considerasse como tais.[155]

No Brasil, a Constituição Imperial de 1824 concedia aos membros do Parlamento as inviolabilidades pelas opiniões, palavras e votos que proferissem no exercício de suas funções, bem como a garantia do parlamentar não ser preso durante a legislatura, por autoridade alguma, salvo por ordem de sua respectiva Câmara, menos em flagrante delito de pena capital. Além disto, previa-se a necessidade de licença da casa respectiva para o prosseguimento da ação penal.

Assim, textualmente, previa a Constituição de 25-3-1824: "Art. 26. Os Membros de cada uma das Camaras são invioláveis pelas opiniões, que proferirem no exercício das suas funcções. Art. 27. Nenhum Senador, ou Deputado, durante a sua deputação, pode ser preso por Autoridade alguma, salvo por ordem da sua respectiva Camara, menos em flagrante delicto de pena capital. Art. 28. Se algum Senador, ou Deputado for pronunciado, o Juiz, suspendendo todo o ulterior procedimento, dará conta à sua respectiva Camara, a qual decidirá, se o processo deva continuar, e o Membro ser, ou não suspenso no exercício das suas funções."

A Constituição da República de 1891, em seus arts. 19 e 20, previa as imunidades material e formal, pois os parlamentares eram invioláveis pelas opiniões, palavras e votos, bem como não poderiam ser presos nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara, salvo caso de flagrante em crime inafiançável.

Era o seguinte, o texto da Constituição de 24-2-1891: “Art. 19. Os deputados e senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato. Art. 20. Os deputados e os senadores, desde que tiverem recebido diploma até à nova eleição, não poderão ser presos, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Camara, salvo caso de flagrância em crime inafiançável. Neste caso, levado o processo até pronuncia exclusive, a autoridade processante remetterá os autos à Camara respectiva, para resolver sobre a procedência da accusação, si o accusado não optar pelo julgamento immediato.”

O capítulo II, secção I, da Constituição de 1934, em seu art. 31 previa a inviolabilidade do parlamentar por suas opiniões, palavras e votos, no exercício do mandato, enquanto o art. 32 previa imunidades relacionadas à prisão e ao processo. Curiosamente, estas imunidades formais eram estendidas ao suplente imediato do Deputado em exercício.

O texto da Constituição de 16-7-1934 determinava: “Art. 31. Os deputados são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos no exercício das funcções do mandato. Art. 32. Os deputados, desde que tiverem recebido diploma até a expedição dos diplomas para a legislatura subsequente, não poderão ser processados criminalmente, nem presos, sem licença da Camara, salvo caso de flagrância em crime inafiançável. Esta immunidade é extensiva ao supplente immediato do Deputado em exercício. § 1º A prisão em flagrante de crime inafiançável será logo communicada ao Presidente da Camara dos deputados, com a remessa do auto e dos depoimentos tomados, para que ella resolva sobre a sua legitimidade e conveniência, e autorize, ou não, a formação de culpa. § 2º Em tempo de guerra, os deputados, civis ou militares, incorporados às forças armadas por licença da Camara dos deputados, ficarão sujeitos às leis e obrigações militares.”

A Carta de 1937 alterou o tratamento das imunidades parlamentares, pois, apesar de prevê-las, tanto a material quanto a formal, possibilitava a

responsabilização do parlamentar por difamação, calúnia, injúria, ultraje à moral pública ou provocação pública ao crime.

Os arts. 42 e 43 da Constituição de 10-11-1937 estipulavam, respectivamente, que durante o prazo em que estiver funcionando o Parlamento, nenhum de seus membros poderá ser preso ou processado criminalmente, sem licença da respectiva Câmara, salvo caso de flagrância em crime inafiançável; e que só perante sua respectiva Câmara responderão os membros do Parlamento Nacional pelas opiniões e votos que emitirem no exercício de suas funções; não estarão, porém, isentos de responsabilidade civil e criminal por difamação, calúnia, injúria, ultraje à moral pública ou provocação pública ao crime. Em seu parágrafo único, o art. 43 ainda estabelecia que em caso de manifestação contrária à existência ou independência da Nação ou incitamento à subversão violenta da ordem política ou social, podia qualquer das Câmaras, por maioria de votos, declarar vago o lugar do deputado ou membro do Conselho Federal, autor da manifestação ou incitamento.

Em 1946, a Constituição brasileira consagrando regras mais democráticas, previa as clássicas prerrogativas parlamentares. Assim, a imunidade material foi prevista no art. 44 e as imunidades formais foram previstas no art. 45, determinando-se que os deputados e senadores são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos (art. 44), e que desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara. No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de 48 horas, à Câmara respectiva para que resolva sobre a prisão e autorize, ou não, a formação de culpa.

A Câmara interessada deveria deliberar sempre pelo voto da maioria de seus membros. A Carta ainda previa que em se tratando de crime comum, se

a licença para o processo criminal não estivesse resolvida em 120 (cento e vinte) dias, contados da apresentação do pedido, este seria incluído em ordem do dia, para ser discutido e votado, independentemente de parecer (acrescentado pela EC nº 9, de 22-7-1964).

Em 1967, a Constituição Federal consagrou as imunidades material e formal no art. 34, prevendo a inviolabilidade do parlamentar, no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos; bem como a necessidade de licença da casa respectiva para a prisão e processo. Inovou, porém, ao permitir a concessão tácita de licença para o processo de parlamentar, ao prever que, se no prazo de noventa dias, a contar do recebimento, a respectiva Câmara não deliberasse sobre o pedido de licença, o mesmo seria incluído na Ordem do Dia, permanecendo durante 15 sessões ordinárias consecutivas, quando então, permanecendo a inércia, se teria como concedida a licença.

Assim, afirmava textualmente que os deputados e senadores eram invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos. Além disso, desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderiam ser presos, salvo flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara. No § 2º do referido artigo, porém, estabelecia que se no prazo de 90 dias, a contar do recebimento, a respectiva Câmara não deliberasse sobre o pedido de licença, seria este incluído automaticamente em ordem do dia e neste permaneceria durante 15 sessões ordinárias consecutivas, tendo-se como concedida a licença se, nesse prazo, não ocorresse a deliberação.

A Emenda nº 1, de 17-10-1969, e, posteriormente, a Emenda nº 11, de 13-10-1978, à Constituição Federal de 1967, alteraram a regulamentação das imunidades parlamentares, prevendo, em regra, que os deputados e senadores eram invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, porém, excepcionalmente poderiam ser responsabilizados,

no caso de crime contra a Segurança Nacional. Também era prevista a impossibilidade de prisão do parlamentar, desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, salvo no caso de flagrante de crime inafiançável, nem processados, criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara, e que, se a Câmara respectiva não se pronunciasse sobre o pedido, dentro de 40 dias a contar de seu recebimento, se teria como concedida a licença. No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos deveriam ser remetidos, dentro de 48 horas, à Câmara respectiva, para que resolvesse sobre a prisão e autorizasse ou não a formação da culpa.

A Constituição anterior, porém, excetuava das imunidades os crimes contra a Segurança Nacional, para os quais o processo independia de licença da respectiva Câmara, podendo o Procurador-Geral da República, recebida a denúncia e analisando a gravidade do delito, requerer a suspensão do exercício do mandato parlamentar, até a decisão final de sua representação pelo Supremo Tribunal Federal (EC nº 1, de 17-10-1969).

A redação original da Constituição Federal de 1988 previa as imunidades material e formal no art. 53, §§ 1º, 2º e 3º, determinando que os deputados e senadores eram invioláveis por suas opiniões, palavras e votos, bem como desde a expedição do diploma não poderiam ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Casa. Ainda, disciplinava que, no caso de flagrante de crime inafiançável, os autos seriam remetidos, dentro de vinte e quatro horas, à Casa respectiva, para que, pelo voto secreto da maioria de seus membros, resolvesse sobre a prisão e autorizasse, ou não, a formação de culpa.

A EC nº 35, de 20-12-2001, alterando significativamente o regime de imunidades dos parlamentares, manteve a imunidade material e restringiu a imunidade formal processual, como se verá a seguir.

2.7.4 Conceito de imunidades

As imunidades parlamentares representam elemento preponderante para a independência do Poder Legislativo. São prerrogativas, em face do direito comum, outorgadas pela Constituição aos membros do Congresso, para que estes possam ter bom desempenho de suas funções.

As imunidades são garantias funcionais, normalmente divididas em material e formal, são admitidas nas Constituições para o livre desempenho do ofício dos membros do Poder Legislativo e para evitar desfalques na integração do respectivo *quorum* necessário para deliberação.

2.7.5 Imunidades materiais

A. Definição e natureza jurídica

A Constituição Federal prevê serem os deputados e senadores invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos (art. 53, *caput*),[156] no que a doutrina denomina *imunidade material* ou *inviolabilidade parlamentar*.[157]

A imunidade material implica subtração da responsabilidade penal, civil, disciplinar ou política do parlamentar por suas opiniões, palavras e votos. Explica Nélson Hungria que, nas suas opiniões, palavras ou votos, jamais se poderá identificar, por parte do parlamentar, qualquer dos chamados *crimes de opinião* ou *crimes da palavra*, como os crimes contra a honra, incitamento a crime, apologia de criminoso, vilipêndio oral a culto religioso etc.,[158] pois a imunidade material exclui o crime nos casos admitidos; o fato típico deixa de constituir crime, porque a norma constitucional afasta, para a hipótese, a incidência da norma penal.

Damásio E. de Jesus, analisando o tema sob a égide da Carta Anterior, aponta a imunidade material como causa funcional de isenção de pena, e ilustrava que os parlamentares,

> "desde que cometido o fato no exercício da função, não respondiam pelos chamados *delitos de opinião ou de palavra*", concluindo que "nestes casos, diante da imunidade penal, os deputados federais e os senadores ficavam livres do inquérito policial e do processo criminal".[159]

Em relação à natureza jurídica da imunidade material, salienta o Ministro Celso de Mello tratar-se

> "a imunidade material ou real, de *causa justificativa* (excludente da antijuridicidade da conduta típica), ou de *causa excludente da própria criminalidade*, ou, ainda, de *mera causa de isenção de pena*, o fato é que, nos delitos contra a honra objetiva (calúnia e difamação) ou contra a honra subjetiva (injúria), praticados em razão do mandato parlamentar, tais condutas não mais são puníveis".[160]

Dessa forma, Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1967*), Nélson Hungria (*Comentários ao Código Penal*), e José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*) entendem-na como uma *causa excludente de crime*, Basileu Garcia (*Instituições de Direito Penal*), como *causa que se opõe à formação do crime*; Damásio de Jesus (*Questões Criminais*), *causa funcional de exclusão ou isenção de pena*; Aníbal Bruno (*Direito Penal*), *causa pessoal e funcional de isenção de pena*; Heleno Cláudio Fragoso (*Lições de Direito Penal*) considera-a *causa pessoal de exclusão de pena*; Magalhães Noronha (*Direito Penal*) *causa de irresponsabilidade*; José Frederico Marques (*Tratado de Direito Penal*), *causa de incapacidade penal por razões políticas*.

B. Abrangência da imunidade material

Independentemente da posição adotada, em relação à natureza jurídica da imunidade, importa ressaltar que da conduta do parlamentar (opiniões, palavras e votos) não resultará responsabilidade criminal, qualquer responsabilização por perdas e danos,[161] nenhuma sanção disciplinar, ficando a atividade do congressista, inclusive, resguardada da responsabilidade política,[162] pois trata-se de cláusula de irresponsabilidade geral de Direito Constitucional material; podendo, inclusive, ser reconhecida de ofício pelo Poder Judiciário.[163]

Esta é a lição de Raul Machado Horta, que, citando farta doutrina francesa, expõe:

> "*A inviolabilidade obsta a propositura de ação civil ou penal contra o parlamentar,* por motivo de opinião ou votos proferidos no exercício de suas funções. Ela protege, igualmente, os relatórios e os trabalhos nas Comissões. É absoluta, permanente, de ordem pública. A inviolabilidade é total. As palavras e opiniões sustentadas no exercício do mandato ficam excluídas de ação repressiva ou condenatória, mesmo depois de extinto o mandato. É a *insindacabilità* das opiniões e dos votos, no exercício do mandato, que imuniza o parlamentar em face de qualquer responsabilidade: penal, civil, administrativa, e que perdura após o término do próprio mandato."[164]

Como salientado por Pontes de Miranda, ao analisar o art. 44, *caput,* da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946, de idêntico enunciado ao atual art. 53 da CF/88,[165] "*não se admite o processo porque não há crime; nem cabe a responsabilidade por perdas e danos, porque a irresponsabilidade do art. 44 é geral, de direito constitucional material e, pois, compreensiva da irresponsabilidade penal e da irresponsabilidade civil"*.[166]

Nesse sentido, texto expresso da Constituição da República Portuguesa, com redação dada pela quarta revisão constitucional – Lei Constitucional nº 1, publicada no dia 20 de setembro de 1997, que em seu art. 157 prevê que *os deputados não respondem civil, criminal ou disciplinarmente pelos votos ou opiniões que emitirem no exercício das suas funções.*

Comentando o assunto, que se encontrava no antigo art. 160 da Constituição da República Portuguesa, com redação dada pela Lei Constitucional nº 01/89, porém, de idêntico teor ao do atual art. 157 da Carta Portuguesa, Canotilho e Moreira afirmavam que "a irresponsabilidade implica desde logo, que os deputados não incorrem em responsabilidade criminal, por causa de votos e opiniões, nem pelos chamados *crimes de responsabilidade* nem por quaisquer outros, inclusive os crimes de injúria. Também não incorrem em qualquer responsabilidade civil ou disciplinar com fundamento nos votos ou opiniões", para então concluírem que, "além da irresponsabilidade criminal, civil e disciplinar, os deputados gozam naturalmente também de *irresponsabilidade política*, não podendo ser destituídos nem pelos eleitores nem pelos partidos pelos quais foram eleitos".[167]

Esse entendimento foi corroborado pela EC nº 35, de 20 de dezembro de 2001, que expressamente passou a prever a exclusão da responsabilidade civil do parlamentar por suas opiniões, palavras e votos.

Em síntese, a imunidade material é prerrogativa concedida aos parlamentares para o exercício de sua atividade com a mais ampla liberdade de manifestação, por meio de palavras, discussão, debate e voto; tratando-se, pois, a imunidade, de cláusula de irresponsabilidade funcional do congressista, que não pode ser processado judicial ou disciplinarmente pelos votos que emitiu ou pelas palavras que pronunciou no Parlamento, em uma das suas comissões, ou, ainda, fora do recinto congressual, mas cujo conteúdo tenha relação com o exercício do mandato.

A imunidade parlamentar material só protege o congressista nos atos, palavras, opiniões e votos proferidos no exercício do ofício congressual, inclusive se praticados na rede social "Facebook",[168] sendo passíveis dessa tutela jurídico-constitucional apenas os comportamentos parlamentares cuja prática possa ser imputável ao exercício do mandato legislativo;[169] mesmo que as manifestações tenham sido grosseiras e ofensivas, desde que, logicamente, não caracterizem verdadeiro "discurso de ódio".[170] A garantia da imunidade material estende-se ao desempenho das funções de representante do Poder Legislativo, qualquer que seja o âmbito dessa atuação – parlamentar ou extraparlamentar – desde que exercida *ratione muneris*.[171]

Dessa forma, estão excluídas as manifestações que não guardem pertinência temática com o exercício do mandato parlamentar, pois a jurisprudência da Corte Suprema é pacífica no sentido de que a garantia constitucional da imunidade parlamentar material somente incide no caso de as manifestações guardarem conexão com o desempenho da função legislativa ou que sejam proferidas em razão desta;[172] não sendo possível utilizá-la como verdadeiro escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas, com a realização de discursos e manifestações de ódio, discriminatórios ou com a propagação de ideias contrárias à ordem constitucional e ao Estado Democrático (CF, art. 5º, XLIV; 34, III e IV), visando ao rompimento do Estado de Direito, com a extinção da cláusula pétrea constitucional da separação de Poderes (CF, art. 60, § 4º), com a consequente instalação do arbítrio.[173]

O Pretório Excelso tem acentuado que a prerrogativa constitucional da imunidade parlamentar em sentido material protege o parlamentar em todas as suas manifestações que guardem relação com o exercício do mandato, ainda que produzidas fora do recinto da própria Casa Legislativa,[174] ou, com maior razão, quando exteriorizadas no âmbito do Congresso Nacional.[175]

Da mesma forma, o depoimento prestado por membro do Congresso Nacional a uma Comissão Parlamentar de Inquérito[176] está protegido pela cláusula de inviolabilidade que tutela o legislador no desempenho do seu mandato, especialmente quando a narração dos fatos, ainda que veiculadora de supostas ofensas morais, guarda íntima conexão com o exercício do ofício legislativo e com a necessidade de esclarecer os episódios objeto da investigação parlamentar.[177]

No tocante à extensão da imunidade material, serão beneficiados os parlamentares, nunca as pessoas que participam dos trabalhos legislativos, sem, contudo, exercerem mandato. Esta extensão, porém, é absoluta e perpétua, não podendo o parlamentar ser responsabilizado por seus votos, palavras e opiniões praticados no exercício do mandato, mesmo depois que tenha cessado o seu mandato.

Além disto, a imunidade material é de ordem pública, razão pela qual o congressista não pode renunciá-la, e cobre ainda a publicidade dos debates parlamentares, tornando irresponsável o jornalista que as tenha reproduzido, desde que se limite a reproduzir na íntegra ou em extrato fiel o que se passou no Congresso.

Necessário, neste sentido, trazer à colação a lição de Celso de Mello, para quem

> "o instituto da imunidade parlamentar atua, no contexto normativo delineado por nossa Constituição, como condição e garantia de independência do Poder Legislativo, seu real destinatário, em face dos outros Poderes do Estado. Estende-se ao congressista, embora não constitua uma prerrogativa de ordem subjetiva deste. Trata-se de prerrogativa de caráter institucional inerente ao Poder Legislativo, que só é conferida ao parlamentar *ratione muneris*, em função do cargo e do mandato que exerce. É por essa razão que não se reconhece ao congressista, em tema de

imunidade parlamentar, a faculdade de a ela renunciar. Trata-se de garantia institucional deferida ao Congresso Nacional. O congressista, isoladamente considerado, não tem, sobre a garantia da imunidade, qualquer poder de disposição".[178]

C. Exercício do mandato parlamentar

A imunidade material exige relação entre as condutas praticadas pelo parlamentar e o exercício do mandato. Assim, haverá integral aplicabilidade desta inviolabilidade, desde que as palavras, votos e opiniões decorram do desempenho das funções parlamentares, e não necessariamente exige-se que sejam praticadas nas comissões ou no plenário do Congresso Nacional.

Ressalte-se, porém, ainda, que as manifestações dos parlamentares forem feitas fora do exercício estrito do mandato, mas, em consequência deste, estarão abrangidas pela imunidade material.[179]

D. Pressupostos

Em síntese final, a imunidade material apresenta certos pressupostos, para que afaste a incidência de ilícito à conduta do parlamentar, isentando-o de responsabilidade penal, civil, administrativa e política, por suas palavras, votos e opiniões no exercício do mandato.[180]

Primeiramente, refere-se somente a atos funcionais, ou seja, a atos praticados por parlamentares, por meio de opiniões, palavras ou votos, no exercício de suas funções e sobre matéria parlamentar. Além disso, a imunidade material possui eficácia temporal permanente ou absoluta, de caráter perpétuo, pois pressupondo a inexistência da infração penal ou ilícito civil, mesmo após o fim de sua legislatura, o parlamentar não poderá ser investigado, incriminado ou responsabilizado.

2.7.6 Imunidade formal – definição histórica

Imunidade formal é o instituto que garante ao parlamentar a impossibilidade de ser ou permanecer preso ou, ainda, a possibilidade de sustação do andamento da ação penal por crimes praticados após a diplomação.[181]

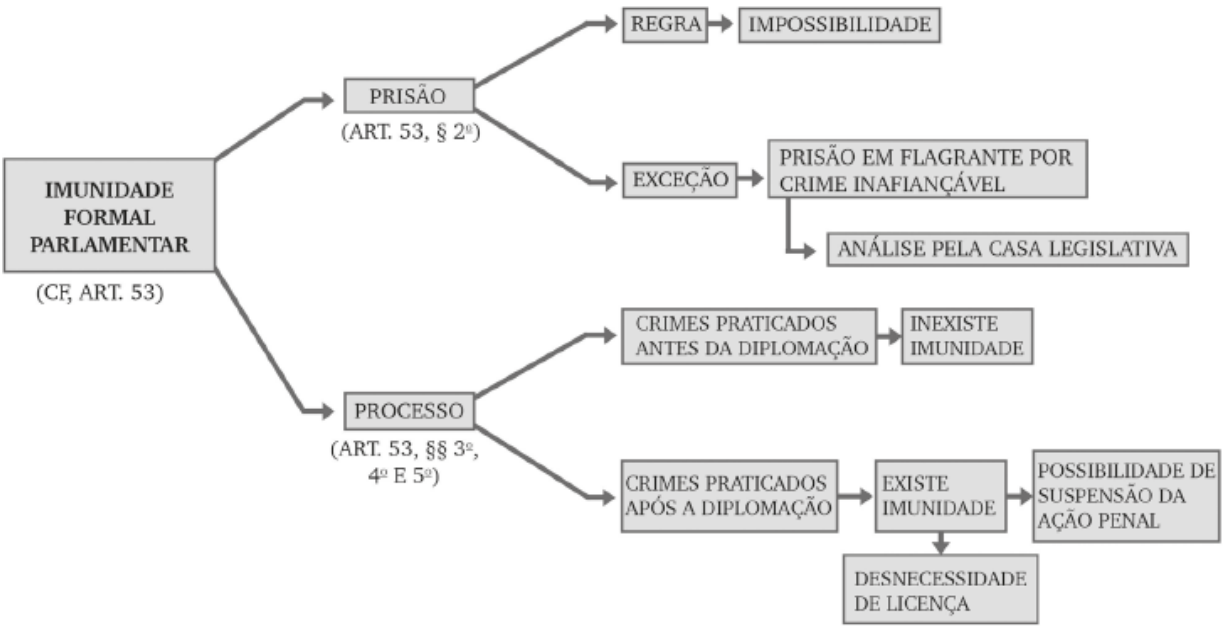
Na vigência da Constituição Federal de 1967, com as alterações da EC nº 1/69, poderia o parlamentar ser processado, mas, iniciada a ação penal, seu prosseguimento ficava na dependência da licença de seus pares. Raramente, porém, a licença era concedida, igualando-se as formas de imunidade parlamentar material com a formal. Em virtude disto, a EC nº 22, de julho de 1982, alterou o conteúdo das chamadas imunidades parlamentares, determinando que desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, os Membros do Congresso Nacional não poderiam ser presos, salvo flagrante de crime inafiançável, tendo sido extinta a licença da Casa respectiva como condição de prosseguibilidade da ação penal contra congressista, de maneira que, oferecida a denúncia ou a queixa, seu recebimento não estava mais condicionado a licença da Câmara ou do Senado para eventual continuação do procedimento criminal. O legislador reformador, tendo inovado em matéria de prerrogativas, determinou que nos crimes comuns, imputáveis a deputados e senadores, a Câmara respectiva, por maioria absoluta, poderia, a qualquer momento, por iniciativa da Mesa, sustar o processo. Salientava, na análise das alterações constitucionais, Damásio E. de Jesus, que

> "Sustar significa impedir de continuar, fazer parar, interromper, sobrestar (Aulete e Pedro Orlando). Não criou o legislador constitucional uma causa de extinção do processo, mas de sua suspensão (...) Assim, iniciado o procedimento criminal, poderá a Câmara ou o Senado impedir seu prosseguimento. Essa causa de sobrestamento da ação penal tem o mesmo efeito da antiga negativa de licença. A deliberação da Casa do Congresso impede que o processo tenha seguimento. Entretanto, cessada, por

qualquer motivo, a investidura do mandato, como seu término ou eventual cassação, o parlamentar perde a prerrogativa processual, de modo que a ação penal, desde que ainda não alcançada a pretensão punitiva pela prescrição, pode prosseguir. A causa de sobrestamento do processo está subordinada a duas condições: 1ª) deliberação pela maioria absoluta do Senado ou da Câmara; 2ª) iniciativa da Mesa".[182]

Não seguindo a tendência anterior, a redação original do art. 53 da Constituição Federal de 1988 consagrou a dupla imunidade formal, uma em relação à possibilidade de prisão, outra em relação à instauração do processo.

A EC nº 35/01, alterando a redação do art. 53 da Constituição Federal, manteve a imunidade formal em relação à prisão e alterou significativamente a imunidade formal processual.



Assim, os parlamentares, salvo nas hipóteses anteriormente estudadas de imunidade material, estão submetidos às mesmas leis que os outros indivíduos em face do princípio da igualdade, tendo de responder como

estes por seus atos criminosos, mas, no interesse público, convém que eles não sejam afastados ou subtraídos de suas funções legiferantes por processos judiciais arbitrários ou vexatórios, emanados de adversário político, ou governo arbitrário.

Consequentemente, esta prerrogativa protegerá os parlamentares contra a violência dos demais poderes constitucionais ou dos indivíduos em geral.

Analisaremos, primeiramente, a imunidade em relação à prisão, delimitando sua abrangência, para, posteriormente, estudarmos a possibilidade de sustação do andamento da ação penal por crime praticado por parlamentar após a diplomação.

2.7.7 Imunidade formal em relação à prisão e à imposição das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal[183]

No tocante à *freedom from arrest* norte-americana e inglesa, a praxe, a jurisprudência e a doutrina alienígenas são pacíficas no sentido de ser ela impeditiva somente de prisão civil, não tutelando

> "as prisões em razão da prática de crimes ou, pelo menos, em relação aos crimes mais graves, nem tampouco quanto às prisões preventivas ou prisão sem julgamento, por determinação do governo por motivo de segurança, nos termos da lei de defesa do país, podendo-se concluir que a instituição da imunidade teve fundamentalmente o objetivo de impedir a prisão por dívidas, frequentes antigamente no direito inglês".[184]

Dessa forma, a imunidade formal inglesa transformou-se em "relíquia histórica", por ser um absurdo cultural-político para os ingleses

> “pensar-se na ocorrência de prisões por motivos odiosos de perseguição política, o que seria intolerável para o simples cidadão e, com maior razão, para qualquer representante com assento no Parlamento inglês”.

Neste passo, a garantia pátria, consagrada constitucionalmente, difere de suas origens históricas, por sua maior abrangência, pois a imunidade formal abrange prisão penal e a civil, impedindo sua decretação e execução em relação ao parlamentar, que não pode sofrer nenhum ato de privação de liberdade, exceto o flagrante de crime inafiançável. Assim, mesmo a prisão civil do parlamentar, nas hipóteses constitucionalmente permitidas do devedor de alimentos e do depositário infiel, para compeli-lo à restituição dos objetos ou à satisfação dos alimentos, não poderá ser decretada.

Desde a Constituição do Império até a presente Constituição, de 5 de outubro de 1988, as imunidades não dizem respeito à figura do parlamentar, mas às funções por ele exercidas, no intuito de preservar o Poder Legislativo de eventuais excessos ou abusos por parte do Executivo ou Judiciário, consagrando-se como garantia de sua independência perante os outros poderes constitucionais e mantendo sua representação popular. Em matéria de garantias e imunidades, há a necessidade de uma interpretação constitucional que separe o CONTINENTE (“Poderes de Estado”) do CONTEÚDO (“eventuais membros que pratiquem ilícitos”), para fortalecimento das instituições, demonstrando que as imunidades visam a salvaguarda do regular exercício das funções constitucionais fixadas aos Poderes de Estado e não a possibilidade de privilégios pessoais àqueles que venham a delinquir.

Em regra, portanto, o congressista não poderá sofrer qualquer tipo de prisão de natureza penal ou processual, seja provisória (prisão temporária, prisão em flagrante por crime afiançável, prisão preventiva, prisão por pronúncia, prisão por sentença condenatória recorrível), seja definitiva

(prisão por sentença condenatória transitada em julgado), ou ainda, prisão de natureza civil.

Excepcionalmente, porém, o congressista poderá ser preso, no caso de flagrante por crime inafiançável.[185] Nesta hipótese, a manutenção da prisão dependerá de autorização da Casa respectiva para formação de culpa, pelo voto ostensivo e nominal da maioria de seus membros (art. 53, § 2º, CF).[186]

O Poder Judiciário dispõe de competência para impor aos parlamentares, por autoridade própria, as medidas cautelares a que se refere o art. 319 do Código de Processo Penal, seja em substituição de prisão em flagrante delito por crime inafiançável, por constituírem medidas individuais e específicas menos gravosas; seja autonomamente, em circunstâncias de excepcional gravidade.

Nessas hipóteses, assim como no caso dos autos da prisão em flagrante delito por crime inafiançável, a decisão judicial de imposição de medidas cautelares que impossibilitem, direta ou indiretamente, o pleno e regular exercício do mandato parlamentar e de suas funções legislativas, será remetida dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, nos termos do § 2º do artigo 53 da Constituição Federal, para que, pelo voto nominal e aberto da maioria de seus membros, resolva sobre a medida cautelar.

A EC nº 35/2001 revogou corretamente a previsão existente na redação constitucional original que exigia "voto secreto" para deliberação sobre a prisão do parlamentar, pois a votação ostensiva e nominal no julgamento de condutas dos agentes políticos é a única forma condizente com os princípios da soberania popular e da publicidade, consagrados, respectivamente, no parágrafo único do art. 1º e no art. 37, *caput*, da Constituição Federal e consagradora da efetividade democrática. Assim, a partir da nova redação, a votação deverá ser ostensiva e nominal, uma vez que "o princípio da publicidade consagrado constitucionalmente somente poderá ser excepcionado quando o interesse público assim determinar, pois o eleitor tem o direito de pleno e absoluto conhecimento dos posicionamentos de

seus representantes. Esse processo de democratização somente estará sendo respeitado e aprimorado se houver possibilidade de o eleitorado fiscalizar a atuação dos parlamentares na votação de importantes questões, como o impedimento da mais alta autoridade do Poder Executivo (*impeachment*) e dos próprios parlamentares, evitando-se, assim, incompatibilidade frontal e absurda entre o senso deliberativo da Comunidade e eventuais conluios político-partidários", pois "diferentemente do eleitor, que necessita do sigilo de seu **voto** como garantia de liberdade na escolha de seus representantes, sem possibilidade de pressões anteriores ou posteriores ao pleito eleitoral, os deputados e senadores são mandatários do povo e devem observar total transparência em sua atuação, para que a publicidade de seus **votos** possa ser analisada, refletida e ponderada pela sociedade nas futuras eleições, no exercício pleno da cidadania".[187]

Ressalte-se, que, em relação à possibilidade de prisão do parlamentar em virtude de decisão judicial com trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal posiciona-se pela sua admissibilidade, por entender que "a garantia jurídico-institucional da imunidade parlamentar formal não obsta, observado o *due process of law*, a execução de penas privativas de liberdade definitivamente impostas aos membros do Congresso Nacional".[188]

Conforme exposto supra, não concordamos com essa possibilidade de prisão, uma vez que a Constituição Federal não restringe a garantia somente às prisões processuais, e excetua somente a hipótese de prisão em flagrante por crime inafiançável, e, mesmo assim, submetendo-a a imediata apreciação da Casa Parlamentar. Deve ser relembrada, por fim, a finalidade dessa garantia do Poder Legislativo, qual seja, impedir que o parlamentar, enquanto no exercício de seu mandato, seja preso – cautelar ou definitivamente – sem autorização de sua Casa respectiva, evitando-se perseguições políticas dos demais Poderes e a possibilidade desses imporem ausências de congressistas em deliberações e votações importantes.

Deve ainda ser ressaltado que o legislador constituinte limitou a possibilidade de prisão também do Presidente da República (CF, art. 86) e, nessa hipótese, diferentemente dos parlamentares, é expressamente autorizada a prisão após a decisão de mérito do STF.

2.7.8 Imunidade formal em relação ao processo nos crimes praticados após a diplomação

A. Conceito, forma e abrangência

A EC nº 35/01 inovou substancialmente em relação à possibilidade de responsabilização penal de parlamentares, restringindo a tradicional imunidade formal em relação ao processo.

Não há mais necessidade de autorização da respectiva Casa Legislativa (Câmara ou Senado Federal) para que possa ser iniciado processo criminal em face do congressista.[189]

A imunidade processual parlamentar refere-se, a partir da EC nº 35/01, à possibilidade da Casa Legislativa respectiva sustar, a qualquer momento antes da decisão final do Poder Judiciário, o andamento da ação penal proposta contra parlamentar por *crimes praticados após a diplomação.*

A persecução penal dos parlamentares, portanto, sofrerá tratamento diferenciado, dependendo do momento da prática do crime, da seguinte forma:[190]

- *crimes praticados antes da diplomação*: não haverá incidência de qualquer imunidade formal em relação ao processo, podendo o parlamentar ser normalmente processado e julgado pelo órgão competente do Poder Judiciário, uma vez que nessa hipótese não incide a prerrogativa de foro;[191]

- *crimes praticados após a diplomação*: o parlamentar poderá ser processado e julgado ou pelo Supremo Tribunal Federal, enquanto durar o mandato, se a infração penal tiver relação com o desempenho de suas funções, ou pelo órgão competente do Poder Judiciário, sem necessidade de qualquer autorização, porém, a pedido de partido político com representação na Casa Legislativa respectiva, esta poderá sustar o andamento da ação penal pelo voto ostensivo e nominal da maioria absoluta de seus membros. A suspensão da ação penal persistirá enquanto durar o mandato, e acarretará, igualmente, a suspensão da prescrição.

O termo inicial para incidência da presente imunidade formal, portanto, não está relacionado com a posse, mas sim com a diplomação, pois é nesse momento que se tem a presunção de ter sido validamente eleito o representante, e, então a Constituição o protege, vedando sua prisão, como analisado anteriormente, e possibilitando a suspensão de ações penais propostas por crimes praticados após esse momento.[192]

A diplomação consiste, portanto, no início do *vinculum iuris* estabelecido entre os eleitores e os parlamentares, que equivale ao título de nomeação para o agente público e somente incidirá a imunidade formal em relação ao processo nos crimes praticados após sua ocorrência.

A garantia da imunidade parlamentar em sentido formal não impede a instauração e não possibilita a suspensão de inquérito policial contra congressista que está sujeito aos atos de investigação criminal promovidos pela Polícia Judiciária,[193] desde que essas medidas pré-processuais de persecução penal sejam adotadas no âmbito de procedimento investigatório em curso perante órgão judiciário competente.[194]

Assim, mesmo nos inquéritos policiais instaurados contra parlamentares, inexistirá o contraditório, pois a fase investigatória é preparatória da acusação, inexistindo, ainda, acusado, constituindo-se em

mero procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do Ministério Público.

Dessa forma, a investigação policial não se processa, em função de sua própria natureza, sob o crivo do contraditório, eis que é somente em juízo que se torna plenamente exigível o dever de observância ao postulado da bilateralidade e da instrução criminal contraditória.

Portanto, não cabe o amplo contraditório em nome do direito de defesa no inquérito policial, que é apenas um levantamento de indícios que poderão instruir ou não denúncia formal que poderá ser recebida ou não pelo Juiz, tornando desnecessária a incidência da imunidade formal processual.

Terminadas as investigações por crime praticado durante o exercício do cargo e relacionado às suas funções, desde que as medidas pré-processuais de persecução penal tenham sido adotadas no âmbito de procedimento investigatório em curso perante o próprio STF o relator abrirá vistas ao Procurador-Geral da República, nos casos de ação penal pública, para que ofereça denúncia, se caso for, em quinze dias, ou se o indiciado estiver preso, em cinco dias. No caso de tratar-se de ação penal de iniciativa privada, o relator determinará seja aguardada a iniciativa do ofendido, ou de quem por lei esteja autorizado a oferecer a queixa.

Após o oferecimento da denúncia ou queixa-crime, *o relator não mais deverá solicitar licença da Casa respectiva para iniciar o processo*, podendo prosseguir na persecução penal, nos termos da Lei nº 8.038/90.

Não sendo caso de prerrogativa de foro, o procedimento adotado será da legislação processual penal comum.

A imunidade formal processual, alterada pela EC nº 35/01, portanto, não impede o oferecimento da denúncia e seu recebimento pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo órgão competente do Poder Judiciário.

O procedimento para eventual aplicação da imunidade formal processual, todavia, iniciar-se-á com o recebimento da denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo órgão competente do Poder Judiciário, que deverá dar ciência à Casa Legislativa respectiva, para análise de eventual sustação do andamento da ação penal.

A *sustação do andamento da ação penal* pela Casa Legislativa respectiva dependerá dos seguintes requisitos:

- *momento da prática do crime*: independentemente da natureza da infração penal, somente haverá incidência da imunidade formal em relação ao processo quando tiver sido praticada pelos congressistas *após a diplomação*;
- *termos para sustação do processo criminal*: somente poderá ser iniciado o procedimento pela Casa Legislativa respectiva, se houver *ação penal em andamento*, ou seja, após o recebimento da denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo órgão do Poder Judiciário competente; persistindo essa possibilidade até decisão final ou até o término do mandato, quando, então, cessarão todas as imunidades;
- *provocação de partido político com representação da própria Casa Legislativa*: importante ressaltar que não será da ciência do STF ou do órgão judicial competente à Casa Legislativa respectiva, informando do início de ação penal contra parlamentar por crime praticado após a diplomação, que iniciará o procedimento para análise da sustação do processo criminal. Haverá necessidade de provocação de partido político com representação da Casa respectiva. A Casa Parlamentar não poderá, portanto, agir de ofício ou mesmo por provocação de qualquer de seus membros. A EC nº 35/01 somente concedeu legitimidade aos partidos políticos para a deflagração desse

procedimento, por seus órgãos dirigentes, nos termos de seus próprios estatutos;

- *prazo para análise do pedido de sustação*: a Casa Legislativa terá 45 (quarenta e cinco) dias do recebimento do pedido de sustação pela Mesa Diretora, para votar o assunto, sendo improrrogável esse prazo;
- *quórum qualificado para a sustação do processo*: o § 3º, do art. 53, exige *"voto da maioria de seus membros"*, ou seja, para que a Casa Legislativa suspenda o andamento da ação penal contra parlamentar por crime praticado após a diplomação; deverá obter a maioria absoluta dos votos, que deverão ser ostensivos e nominais.

A nova disciplina da imunidade formal, em face de sua natureza processual, tem aplicação imediata, permitindo ao Supremo Tribunal Federal ou ao órgão judicial competente o início da ação penal em relação a todas as infrações penais praticadas por parlamentares, inclusive em relação àquelas em que a licença – até então exigida – tivesse sido negada.[195]

No tocante à abrangência da imunidade formal, independem de licença quaisquer processos ou medidas de natureza cível, administrativa ou disciplinar, ou mesmo procedimentos criminais em relação a infrações penais praticadas antes da diplomação.

Igualmente, a imunidade formal processual não produzirá nenhum efeito em relação ao prosseguimento de processo criminal, nas hipóteses em que, ao tempo de sua investidura, o parlamentar já estivesse sendo processado, em qualquer juízo ou Tribunal.

Importante observar que a imunidade formal possui extensão temporal, ou seja, tem eficácia temporal limitada, protegendo os parlamentares somente durante o exercício atual e efetivo do mandato.

Historicamente, a Carta Imperial de 1824 determinava em seu art. 27 a imunidade do deputado ou do senador durante sua deputação, ou seja, desde sua eleição e pelo tempo que perdurasse o mandato. Como termo *ad quem*, a CF de 1891 determinou o da nova eleição; a de 1934, a diplomação de novos eleitos; a de 1946, a inauguração da legislatura seguinte, o que foi repetido pelo texto de 1967.

A Carta Magna atual fixou como termo *a quo* da imunidade processual a expedição do diploma, que comprova a eleição, não fixando, porém, termo *ad quem*. Contudo, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que os ex-congressistas, por não mais exercerem seus mandatos e, consequentemente, inexistirem os fundamentos de validade das imunidades, delas estão excluídos, concluindo-se que seu termo final será o início da próxima legislatura.

B. Natureza da deliberação da Casa Legislativa

Existem dois posicionamentos sobre a natureza da deliberação do pedido de sustação à Casa Legislativa respectiva, para processar-se um parlamentar. Ambas partem da mesma premissa, qual seja, o parlamentar em regra não deve ser privado de suas funções no curso da sessão, devendo-se, portanto, evitar eventual sentença condenatória decorrente de um processo criminal. Com base na premissa inicial, diferenciam-se as posições em face da natureza do juízo de valor a ser realizado pelo Legislativo.

A primeira posição entende que o Parlamento deve atuar como verdadeiro tribunal jurídico, negando a sustação, desde que inexista motivo grave para suspender o andamento da ação penal e se verifique a existência da comprovação da materialidade do delito e indícios suficientes de autoria.

A segunda posição interpreta a Constituição de forma a inverter as prioridades, dando maior ênfase à liberdade e à autonomia do Parlamento. A regra, portanto, será de que, mesmo que existam provas da materialidade e indícios suficientes de autoria, a Casa Legislativa deverá suspender o

andamento do processo criminal, pois o parlamentar encontra-se sempre envolvido em questões problemáticas, ora com o Executivo, ora com o próprio Judiciário. Excepcionalmente, porém, desde que existam motivos extremamente graves que justifiquem tal medida, deverá ser negada a sustação da ação penal. Atuando dessa forma, acredita-se que a independência do Poder Legislativo estará sendo preservada, garantindo-se a plena harmonia entre os Poderes de Estado.

A decisão legislativa para a sustação ou não do andamento da ação penal deverá ser sempre do Plenário da Casa, não podendo ser delegada à Mesa Diretora ou a qualquer de suas comissões,[196] não estando, pois, submetida a regras rígidas e pré-constituídas, pois os critérios não são jurídico-normativos, mas movidos por motivos políticos de conveniência e oportunidade.

C. *Sustação do andamento da ação penal e concurso de agentes*

Na hipótese de ocorrer a sustação do andamento da ação penal em relação ao parlamentar e existindo concurso de agentes com não parlamentar, o processo deverá ser separado, enviando-se os autos à Justiça comum, para que prossiga no processo e julgamento do coagente não parlamentar, enquanto a prescrição estará suspensa para o parlamentar.

Observa-se que, na hipótese de concurso de agentes, na vigência da redação anterior do art. 53 – que exigia prévia licença da Casa respectiva para o processo contra parlamentar –, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pacificou-se no sentido de autorizar a separação do processo penal condenatório, com fulcro no art. 80 do Código de Processo Penal, sempre que, havendo diversos denunciados, e sendo um deles parlamentar, a Casa Legislativa a que este pertence deixar de conceder autorização ou abstiver-se de qualquer deliberação sobre o pedido de licença.[197]

D. Sustação do processo e suspensão da prescrição

Nas infrações penais praticadas por parlamentares após a diplomação, havendo possibilidade de sustação da ação penal perante o Supremo Tribunal ou o órgão judicial competente, o texto constitucional, com a finalidade de evitar impunidade, determina que a prescrição ficará suspensa enquanto durar o mandato.[198]

Dessa forma, o termo inicial para a suspensão da prescrição coincide com o momento em que a Casa Legislativa susta o andamento da ação penal; e o termo final para essa suspensão será o término do mandato.

O texto constitucional anterior a EC nº 35/01 não previa prazo para deliberação sobre a então necessária licença para processar criminalmente os congressistas, podendo a Casa Legislativa negá-la ou concedê-la imediatamente, ou, ainda, protelar a discussão indefinidamente. Previa, porém, que o indeferimento do pedido de licença ou a ausência de deliberação suspendesse a prescrição, enquanto durar o mandato. Assim, negada a licença pela Casa Legislativa respectiva, ou, ainda, tendo ela omitido-se de deliberar sobre o pedido, seja por discricionariedade política, seja por entender que as provas apresentadas eram insuficientes para embasar uma ação penal contra o congressista, o Supremo Tribunal Federal não poderia receber a denúncia ou queixa-crime e, consequentemente, a prescrição seria suspensa, enquanto durasse o mandato.

O termo inicial da suspensão da prescrição dava-se com o primeiro momento que acarretasse empecilho ao exercício da jurisdição, que se manifestava desde quando se fizesse necessário paralisar o procedimento e aguardar a deliberação do Parlamento. Consequentemente, o termo inicial da suspensão da prescrição era o momento em que, reconhecendo-a necessária, o Relator determinasse a solicitação da licença com o consequente sobrestamento do feito.[199]

A alteração no texto constitucional extinguiu essa hipótese de suspensão da prescrição, tendo a promulgação da EC nº 35/01 encerrado o prazo de suspensão da prescrição de todos os procedimentos que aguardavam deliberação da Casa Legislativa respectiva, ou mesmo daqueles onde houvesse sido negada a autorização para o processo.

Nova suspensão da prescrição, consequentemente, somente ocorrerá se – em relação às infrações penais praticadas após a diplomação – a Casa Legislativa respectiva sustar o andamento da ação penal, como anteriormente analisado.

A alteração no texto constitucional extinguiu essa hipótese de suspensão da prescrição, tendo a promulgação da EC nº 35/01 encerrado o prazo de suspensão da prescrição de todos os procedimentos que aguardavam deliberação da Casa Legislativa respectiva, ou mesmo daqueles onde houvesse sido negada a autorização para o processo. **Dessa forma, o cômputo do prazo prescricional retornou a partir da EC nº 35/01, sendo, porém, válida a suspensão prescricional anterior.**[200]

2.7.9 Prerrogativa de foro em razão da função

Os congressistas[201] possuem prerrogativa de foro no Supremo Tribunal Federal, para o processo e julgamento de infrações penais cometidas durante o exercício do mandato e relacionadas às suas funções.[202]

A abrangência desta prerrogativa constitucional de foro dos membros do Congresso Nacional relaciona-se com a locução *"crimes comuns",* prevista no art. 53, § 4º e art. 102, inciso I, *b*, ambos da Constituição Federal, cuja definição o Supremo Tribunal Federal já determinou abranger todas as modalidades de infrações penais,[203] estendendo-se aos delitos eleitorais,[204] alcançando, até mesmo, os crimes contra a vida e as próprias contravenções penais.[205] É a mesma posição pacificamente adotada pelo Tribunal Superior Eleitoral, em relação ao cometimento de crimes eleitorais

pelos parlamentares.[206] Observe-se, porém, a inexistência de foro por prerrogativa de função para ação de improbidade contra parlamentares, em virtude de sua natureza não penal.[207]

O Supremo Tribunal Federal alterou a regra de regência de definição de competência em relação à prerrogativa de foro em razão da função, que exigia somente a *atualidade do mandato*.[208]

Tratando-se de crime comum praticado pelo parlamentar na vigência do mandato, somente se for relacionado com o exercício das funções congressuais, enquanto durar o mandato, a competência será do Supremo Tribunal Federal. Nas demais hipóteses, o congressista será processado e julgado pelo órgão judicial competente de primeira instância.

Tratando-se de infração penal praticada durante e em razão do mandato, encerrado o seu exercício e, consequentemente, cessada a prerrogativa de foro do parlamentar, não mais subsistirá a competência do Supremo Tribunal Federal para o processo e julgamento, uma vez que o próprio Tribunal, por unanimidade, cancelou a Súmula nº 394[209] por entender que "o art. 102, I, *b*, da CF – que estabelece a competência do STF para processar e julgar originariamente, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República – não alcança aquelas pessoas que não mais exerçam mandato ou cargo".[210] Dessa forma, não mais ocorrerá a perpetuação da competência do Supremo Tribunal Federal para o processo e julgamento dos crimes comuns praticados pelas autoridades previstas no art. 102, I, *b* e *c*, dentre eles os parlamentares federais, quando cessarem seus mandatos. Deixa, portanto, de ter aplicação a regra da *contemporaneidade* do crime comum com o exercício do mandato, e, consequentemente, devendo os autos serem remetidos à Justiça de 1º grau.[211]

Importante ressaltar que o STF, por unanimidade, decidiu pela plena validade de todos os atos praticados e decisões proferidas com base na

Súmula 394, ou seja, os efeitos da revogação da Súmula nº 394 do STF foram *ex nunc*, não retroativos.[212]

Não mais haverá a aplicação da regra da *atualidade do mandato* em havendo a eleição do investigado/réu durante o inquérito policial/ação penal, pois mesmo com sua respectiva diplomação não incidirá a prerrogativa de foro, por tratar-se de crime praticado antes do mandato.

Assim, a competência do Supremo Tribunal Federal para o processo e julgamento de crimes praticados por parlamentares no exercício e em razão do mandato somente persistirá enquanto o mandato não se encerrar. Com o término do mandato, os autos deverão ser remetidos ao juízo comum, sendo válidos todos os atos praticados até esse momento.[213]

O Supremo Tribunal Federal, alterando seu posicionamento anterior quanto à declinação de competência na hipótese de renúncia do réu/parlamentar a qualquer tempo,[214] entende que a renúncia efetivada durante a instrução processual encerra sua competência;[215] porém, determinou a manutenção de sua competência nas hipóteses de renúncia daqueles que detenham *foro privilegiado* (a hipótese foi de parlamentar), desde que já encerrada a instrução e marcado o julgamento,[216] pois patente a intenção do réu em abster-se do iminente julgamento, pretendendo ter remetido seu processo à 1ª instância. Como salientado pelo STF, "os motivos e fins desse ato (renúncia) demonstrariam o intento do parlamentar de se subtrair ao julgamento por esta Corte, em inaceitável fraude processual, que frustraria as regras constitucionais e não apenas as de competência", para concluir "que os fins dessa renúncia – às vésperas da apreciação do feito e após a tramitação do processo por mais de 14 anos – não se incluiriam entre aqueles aptos a impedir o prosseguimento do julgamento, configurando, ao revés, abuso de direito ao qual o sistema constitucional vigente não daria guarida".[217]

A Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que, alterando a redação do art. 84 do Código de Processo Penal, restabeleceu legislativamente a

regra da *contemporaneidade* fato/mandato, antigamente prevista na Súmula 394 do STF, hoje cancelada, foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Em seu § 1º, o citado art. 84 estabelecia que a competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevaleceria, ainda que o inquérito ou a ação judicial fossem iniciados após a cessação do exercício da função pública. Essa redação feria flagrantemente a interpretação dada pelo STF ao art. 102, I, *b*, da Constituição Federal, usurpando sua função de *"guardião e intérprete da Constituição"* e, consequentemente, foi declarada inconstitucional.[218]

Em relação às regras de competência para processo e julgamento das autoridades com foro privilegiado perante o Supremo Tribunal Federal, *bem como a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002,* conferir item 4.7-A4, neste mesmo capítulo.

2.7.10 Vencimentos dos parlamentares

É de competência exclusiva do Congresso Nacional fixar subsídio para deputados federais e senadores, presentes os seguintes requisitos (CF, art. 49, VII, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98):[219]

- subsídios idênticos para deputados federais e senadores fixados, obrigatoriamente, por decreto legislativo;[220]
- a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o

subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal;

- o membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, ao disposto no art. 37, X e XI. Assim, em nível federal, nos termos da EC nº 41/03, o teto salarial não poderá exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos. Nos termos da EC nº 47/05, os estados-membros e o Distrito Federal, por meio de emendas às suas respectivas Constituições estaduais e Lei Orgânica Distrital, podem fixar seus *subtetos,* no sentido de estabelecer um limite único para todos os servidores estaduais ou distritais, exceptuando-se os parlamentares. Esse limite será o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça (90,25% do subsídio dos Ministros do STF);
- vedação à previsão de tratamento privilegiado em relação aos demais contribuintes (CF, art. 150, II);

- vedação à exclusão da incidência de imposto de renda e proventos de qualquer natureza (CF, art. 153, III);
- respeito aos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade (CF, art. 153, § 2º, I).

2.7.11 Deputados Federais/Senadores da República e Forças Armadas

A incorporação às Forças Armadas de deputados e senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva (CF, art. 53, § 7º), caracterizando-se como uma imunidade, uma vez que o parlamentar fica imune a uma obrigação imposta pela Constituição Federal (CF, art. 143).

2.7.12 Parlamentar e obrigação de testemunhar

Os deputados e senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações (CF, art. 53, § 6º). Trata-se de escolha *discricionária* do parlamentar e não abrange o dever de testemunhar quando convocado na qualidade de cidadão comum, sobre fatos não abrangidos pela norma constitucional e necessários à instrução penal ou civil.

2.7.13 Irrenunciabilidade das imunidades

As prerrogativas parlamentares protegem exclusivamente um bem público, a instituição, e como tais, não são suscetíveis de renúncia. Assim, os congressistas são beneficiários das prerrogativas, porém não podem renunciar às mesmas, que visam ao funcionamento livre e independente do próprio Poder Legislativo.

Em defesa das imunidades parlamentares como garantias do Parlamento e da própria Sociedade, Ruy Barbosa afirmava que “tanto não são do Senador, ou do Deputado, as immunidades, que dellas não é lícito abrir mão. Da representação poderá despir-se, demittindo-se do seu logar no Congresso. Mas, emquanto o occupar, a garantia da sua liberdade adherirá inseparavelmente ao representante, como a sombra ao corpo, como a epiderme ao tecido cellular”.[221]

2.7.14 Imunidades e parlamentar licenciado para exercício de cargo executivo (Ministro de Estado, Secretário de Estado)

Questão importante sobre imunidades parlamentares refere-se ao fato de o parlamentar que se licencia do exercício de seu mandato, para exercer cargo no executivo, permanecer ou não no gozo das mesmas.

Deve-se ter em conta, para a análise da questão, a finalidade constitucional das imunidades parlamentares, historicamente vinculadas à proteção do Poder Legislativo e ao exercício independente do mandato representativo.

Dessa forma, os parlamentares estão submetidos às mesmas leis que todos os cidadãos, responsabilizando-se por suas condutas delituosas. Porém, como já analisado no capítulo inicial, no interesse público, convém que eles não sejam afastados, importunados ou mesmo subtraídos de suas funções por processos judiciais arbitrários ou vexatórios, emanados seja de um adversário político, seja de um governo desejoso de desembaraçar-se de um opositor perigoso, devendo as imunidades formais protegê-los contra os processos judiciais, mal-fundados ou intempestivos, que somente seriam inspirados por sentimentos de perseguição política.

Afastando-se, voluntariamente, do exercício do mandato, para ocupar cargo no Poder Executivo, o parlamentar não leva a prerrogativa conferida ao Poder Legislativo e, por via reflexa, a seus membros, no desempenho das funções específicas. Nem seria possível entender que, na condição de Ministro de Estado, Governador de Território, Secretário de Estado, continuasse inviolável, por suas opiniões, palavras e votos, ou com a isenção de permanecer preso, sem autorização de sua Câmara ou poder ter sobrestada sua ação penal, de modo diverso, assim, do que sucede com os altos dignitários do Poder Executivo, que veio integrar, deixando de exercer a função legislativa.

Desta forma, harmonizando-se com a determinação constitucional que veda o exercício simultâneo de funções em Poderes de Estado diversos, o parlamentar que se licenciar para o exercício de outro cargo fora do Parlamento, apesar de não perder o mandato, perderá as imunidades parlamentares, tendo inclusive o Supremo Tribunal Federal, expressamente, cancelado na forma do art. 102 de seu regimento interno, a Súmula 4, que entendia de forma diversa.[222]

Por não ter perdido a condição de parlamentar, mas sim estar afastado do exercício de suas funções e investido temporária e precariamente no cargo de Ministro de Estado, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, o parlamentar "sujeita-se a processo disciplinar perante a respectiva casa legislativa".[223]

2.7.15 Incompatibilidades

A Constituição Federal ainda prevê, como forma de garantia da independência do Poder Legislativo, algumas vedações aos parlamentares, conhecidas como *incompatibilidades*. Assim, os deputados e senadores não poderão:

I – desde a expedição do diploma:

a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;

b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os de que sejam demissíveis *ad nutum*, nas entidades constantes na alínea anterior.

II – desde a posse:

a) ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada;

b) ocupar cargo ou função de que sejam demissíveis *ad nutum*, nas entidades referidas no inciso I, *a*;

c) patrocinar causa em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere o inciso I, *a*;

d) ser titulares de mais de um cargo ou mandato público eletivo.

2.7.16 Perda do mandato

O art. 55 da Constituição Federal estabelece as hipóteses em que, excepcionalmente, os parlamentares perderão o mandato,[224] antes do término da legislatura:[225]

- infringência de qualquer das incompatibilidades previstas no art. 54 da Constituição (ver item anterior);
- procedimento que for declarado incompatível com o decoro parlamentar: O próprio § 1º, do art. 55, define ser incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens

indevidas. Apesar do grande subjetivismo, o termo *decoro parlamentar* deve ser entendido como o conjunto de regras legais e morais que devem reger a conduta dos parlamentares, no sentido de dignificação da nobre atividade legislativa. Nessa hipótese, por tratar-se de ato disciplinar de competência privativa da Casa Legislativa respectiva, não competirá ao Poder Judiciário decidir sobre o mérito da tipicidade da conduta do parlamentar nas previsões regimentais caracterizadoras da falta de decoro parlamentar ou mesmo sobre o acerto da decisão – desde que garantido o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório[226] –, pois tal atitude consistiria em indevida ingerência em competência exclusiva de órgão do Poder Legislativo, atribuída diretamente pela Constituição Federal (CF, art. 55, §§ 1º e 2º), *sem previsão de qualquer recurso de mérito*. Ressalte-se que esse procedimento é aplicável aos parlamentares momentaneamente afastados para o exercício dos cargos de Ministro de Estado, Secretário de Estado ou Secretário Municipal de Capitais, pois o Supremo Tribunal Federal entendeu que "o parlamentar, investido temporária e precariamente no cargo de Ministro de Estado, por não ter perdido a condição de parlamentar, sujeita-se a processo disciplinar perante a respectiva casa legislativa";[227]

- falta de comparecimento, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões – ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;
- perda ou suspensão dos direitos políticos;[228]
- decretação pela Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta constituição;
- condenação criminal em sentença transitada em julgado.[229]

Nos casos de infringência das incompatibilidades, falta de decoro parlamentar e condenação criminal em sentença transitada em julgado,[230] a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto aberto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.[231]

Observe-se que, na hipótese da condenação criminal ser superior a 120 dias em regime fechado, a 1ª Turma do STF decidiu pela perda automática do mandato, como consequência lógica das resultantes faltas a 1/3 das sessões (art. 55, III). Nesses casos, a Mesa da respectiva Casa Legislativa deverá tão somente declarar a perda do mandato, não havendo necessidade de deliberação do Plenário.[232]

A EC nº 76, de 28 de novembro de 2013, alterou a redação do § 2º do artigo 55 do texto constitucional e aboliu a votação secreta nos casos de perda de mandato de Deputado Federal ou Senador da República, sendo extensível e obrigatória a votação aberta nas hipóteses de cassação dos demais parlamentares estaduais, distritais e municipais. Antes da EC nº 76/2013, o Supremo Tribunal Federal havia decidido que a previsão da Constituição Federal sobre o *"voto secreto"* nas votações sobre a perda de mandato parlamentar era de observância obrigatória aos Estados-membros, por força do § 1º do art. 27 da CF, que determina a aplicação, aos deputados estaduais, das regras da Constituição Federal sobre perda de mandato.

Parece-nos plenamente aplicável esse entendimento em relação à extensão do voto aberto.[233]

A votação ostensiva e nominal dos representantes do povo, salvo raríssimas exceções em que a própria independência e liberdade do Congresso Nacional estarão em jogo, é a única forma condizente com os princípios da soberania popular e da publicidade consagrados, respectivamente, no parágrafo único do artigo 1º e no artigo 37, *caput,* da Constituição Federal e consagradora da efetividade democrática, pois a

Democracia somente surge, como ensinado por Canotilho e Moreira, a partir de verdadeiro "*processo de democratização*, entendido como processo de aprofundamento democrático da ordem política, econômica, social e cultural". O princípio da publicidade consagrado constitucionalmente somente poderá ser excepcionado quando o interesse público assim determinar, pois o eleitor tem o direito de pleno e absoluto conhecimento dos posicionamentos de seus representantes.

Esse *processo de democratização* somente estará sendo respeitado e aprimorado se houver possibilidade de o eleitorado fiscalizar a atuação dos parlamentares na votação de importantes questões como o impedimento da mais alta autoridade do Poder Executivo (*impeachment)* e dos próprios parlamentares, evitando-se assim incompatibilidade frontal e absurda entre o *senso deliberativo da Comunidade* e eventuais conluios político-partidários, pois, como salientado por Alexander Hamilton, nos artigos Federalistas, "o princípio republicano requer que o senso deliberado da comunidade governe a conduta daqueles a quem ela confia a administração de seus assuntos".

Diferentemente do eleitor, que necessita do sigilo de seu voto como garantia de liberdade na escolha de seus representantes, sem possibilidade de pressões anteriores ou posteriores ao pleito eleitoral, os deputados e senadores são mandatários do povo e devem observar total transparência em sua atuação, para que a publicidade de seus votos possa ser analisada, refletida e ponderada pela sociedade nas futuras eleições, no exercício pleno da cidadania.

Trata-se de posicionamento sempre defendido pelo professor Paulo Bonavides, ao apontar a constitucionalidade material do voto aberto no inciso II do artigo 1º da Constituição, por ser, como afirmado pelo mestre, "a cidadania um dos fundamentos da República Federativa do Brasil" e não existir cidadania na "escuridão do voto secreto".

A *votação aberta*, além de consagrar o respeito ao princípio republicano, respeita integralmente a independência parlamentar, que poderá livremente se posicionar, a partir de sua consciência e da Constituição Federal, refutando-se qualquer insinuação de incompatibilidade entre a votação aberta e a liberdade parlamentar, pois, como lembrado pelo Ministro Néri da Silveira, em defesa do voto aberto à época do *Impeachment*, "recuso-me admitir que os ilustres Deputados Federais, representantes da Nação, no instante de desempenhar tão extraordinária função, qual seja, autorizar o processo por crime de responsabilidade do Presidente da República, possam se submeter à coação do Governo ou do povo, como se afirma em acesa polêmica da imprensa escrita, deixando, ao contrário, de deliberar, como é de seu fundamental dever, de acordo com a consciência e a visão dos interesses e destinos superiores da Pátria" (STF, MS 21.564/DF).

Dessa forma, exige-se do Poder Legislativo, no exercício de sua função de fiscalização, seja do chefe do Executivo, seja de seus próprios pares, integral respeito à transparência, lisura e publicidade nos processos e julgamentos, adotando-se o voto aberto, para reafirmar-se a efetividade do princípio republicano da soberania popular – que proclama todo o poder emanar do povo – e garantindo-se a participação popular nos negócios políticos do Estado como condição inafastável da perpetuidade da democracia.

Não por outro motivo, a Constituição Federal consagra no *caput* de seu artigo 53 verdadeira *cláusula de inviolabilidade parlamentar,* impedindo-os que possam ser processados civil ou criminalmente por suas palavras, votos e opiniões proferidos no exercício do mandato. Mas não há liberdade sem responsabilidade, que nas hipóteses de palavras, votos e opiniões dos parlamentares se traduz na absoluta necessidade de prestação de contas a todos os eleitores.

Nesses casos, o Poder Judiciário somente poderá analisar a legalidade da medida, pois as medidas políticas sujeitas à discrição de um dos poderes são incensuráveis, salvo quando tomadas com desrespeito à Constituição ou às leis.

Nos casos de ausência à terça parte das sessões ordinárias da respectiva Casa ou privação dos direitos políticos, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada a ampla defesa.[234]

Na hipótese de decretação da perda do mandato pela Justiça Eleitoral, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, "a declaração a que se refere o § 3º do art. 55 da CF independe do trânsito em julgado da decretação, pela Justiça Eleitoral, da perda de mandato parlamentar por prática de captação ilícita de sufrágio".

Conforme destacado pelo STF, "a atribuição da Mesa da Casa, a que pertence o parlamentar que incorrera nas hipóteses sancionatórias previstas nos incisos III e V do art. 55 da CF, circunscrever-se-ia a declarar a perda do mandato, dando posse, por conseguinte, a quem devesse ocupar o cargo vago, haja vista que o registro do parlamentar já teria sido cassado pela Justiça Eleitoral, não podendo subsistir, dessa forma, o mandato eletivo. Asseverou-se, ademais, que a ampla defesa a que alude o § 3º do art. 55 da CF não diria respeito a nenhum procedimento eventualmente instaurado no âmbito de uma das Casas Legislativas, e sim à garantida nos processos que tramitam na Justiça Eleitoral, não cabendo à Mesa da Casa Legislativa a que pertence o titular do mandato eletivo cassado aferir o acerto, ou não, das decisões emanadas da Justiça Eleitoral, ou ainda fixar o momento adequado para cumprir tais julgados. Registrou-se que o ato da Mesa do Senado ou da Câmara que dispõe sobre a perda do mandato parlamentar (CF, art. 55, V) tem natureza meramente declaratória".[235]

Observe-se que, a partir da Emenda Constitucional de Revisão nº 6, de 7-6-1994, a renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos do art. 75, terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais da Casa respectiva.[236]

Essa norma concedeu *status* constitucional ao previsto no Decreto Legislativo nº 16, de 24-3-1994, ao prever que a renúncia de parlamentar sujeito à investigação por qualquer órgão do Poder Legislativo, ou que tenha contra si procedimento já instaurado ou protocolado junto à Mesa da respectiva Casa, para apuração das faltas a que se referem os incisos I e II do art. 55 da Constituição Federal, fica sujeito à condição suspensiva, só produzindo efeitos se a decisão final não concluir pela perda do mandato parlamentar. Concluindo que, sendo a decisão final pela perda do mandato parlamentar, a declaração de renúncia será arquivada.

Já o art. 56 da Constituição Federal determina que não perderá o mandato o Deputado ou Senador:

- investido no cargo de Ministro de Estado, Governador de Território, Secretário de Estado, do Distrito Federal, de Território, de Prefeitura de Capital ou chefe de missão diplomática temporária, podendo optar pela remuneração do mandato;
- licenciado pela respectiva Casa por motivo de doença, ou para tratar, sem remuneração, de interesse particular, desde que, neste caso, o afastamento não ultrapasse a cento e vinte dias por sessão legislativa.

Anote-se que sendo necessário, em virtude da existência de vagas nas Casas Legislativas, nas hipóteses ou de investidura do parlamentar em funções de Ministro de Estado, Governador de Território, Secretário de Estado, do Distrito Federal, de Território, de Prefeitura de Capital ou chefe de missão diplomática temporária, ou ainda, de licença superior a cento e

vinte dias, o suplente será convocado e assumirá o mandato. O suplente exercerá as funções legislativas até que a hipótese de vacância cesse ou até o término do mandato. Se, porém, *não houver suplentes suficientes*, a Constituição Federal prevê duas soluções, dependendo do prazo para o término do mandato. Se *faltarem mais de quinze meses* haverá nova eleição para o preenchimento da vaga faltante. Por outro lado, se *faltarem menos de quinze meses*, a vaga não será preenchida.

Em relação à fidelidade partidária, o Tribunal Superior Eleitoral reconheceu que os mandatos pertencem aos partidos políticos que, consequentemente, têm direito de preservá-los se ocorrer cancelamento da filiação partidária ou transferência de legenda,[237] ou seja, podem requerer à Justiça Eleitoral a cassação do mandato do parlamentar infiel e a imediata determinação de posse do suplente.[238]

Importante destacar a alteração no tradicional entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto a inocorrência de perda de mandato em face de *infidelidade partidária,* por tratar-se de "hipótese não colocada entre as causas de perda de mandato a que alude o art. 55 da Constituição".[239]

O Supremo Tribunal Federal alterou sua jurisprudência e confirmou entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, no sentido da perda do mandato por infidelidade partidária, tendo o Ministro Celso de Mello destacado que essa possibilidade surge de "emanação direta do próprio texto da Constituição, que a esse mesmo direito confere realidade e dá suporte legitimador, especialmente em face dos fundamentos e dos princípios estruturantes em que se apoia o Estado Democrático de Direito, como a soberania popular, a cidadania e o pluralismo político (CF, art. 1º, I, II e V). Não se trata, portanto, de impor, ao parlamentar infiel, a sanção da perda de mandato", para concluir que "O ato de infidelidade, seja ao Partido Político, seja, com maior razão, ao próprio cidadão-eleitor, mais do que um desvio ético-político, representa um inadmissível ultraje ao princípio

democrático e ao exercício legítimo do poder, na medida em que migrações inesperadas, nem sempre motivadas por razões justas, não só surpreendem o próprio corpo eleitoral e as agremiações partidárias de origem – desfalcando-as da representatividade por elas conquistada nas urnas –, mas culminam por gerar um arbitrário desequilíbrio de forças no Parlamento, vindo, até, em clara fraude à vontade popular, e em frontal transgressão ao sistema eleitoral proporcional, a asfixiar, em face de súbita redução numérica, o exercício pleno da oposição política."[240]

Posteriormente, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução nº 22.610/DF, de 25 de outubro de 2007, relatada pelo Ministro Cezar Peluso, disciplinando o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária;[241] sendo o Tribunal Superior Eleitoral competente para processar e julgar os pedidos relativos a mandatos federais e os Tribunais Regionais Eleitorais competentes para os demais casos.

A resolução estabeleceu que o partido político interessado possa pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de *desfiliação partidária sem justa causa.*

O Tribunal Superior Eleitoral, na citada resolução, optou por não definir o conceito de *ausência de justa causa,* preferindo, *a contrario sensu*, estabelecer como *justa causa* as seguintes hipóteses: incorporação ou fusão do partido; criação de novo partido; mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; grave discriminação pessoal.[242]

A Resolução nº 22.610/DF estabeleceu, ainda, como primeiro legitimado para o pedido perante a Justiça Eleitoral o próprio partido político pelo qual foi eleito o político que se desfiliou, permitindo, porém, na hipótese de sua inércia no período de 30 dias, que o pedido seja feito por quem tenha interesse jurídico ou pelo Ministério Público Eleitoral.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou constitucional a citada Resolução nº 22.610/DF editada pelo Tribunal Superior Eleitoral, afirmando que "a atividade normativa do TSE recebeu

seu amparo da extraordinária circunstância de o Supremo ter reconhecido a fidelidade partidária como requisito para permanência em cargo eletivo e a ausência expressa de mecanismo destinado a assegurá-lo".[243]

A Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015, alterou a Lei nº 9.096/95 fixando a "fidelidade partidária" legal, em sentido semelhante ao apontado pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Dessa maneira, a lei determina que perderá o mandato o detentor de cargo eletivo que se desfiliar, sem justa causa, do partido pelo qual foi eleito, apontando, porém, as hipóteses de justa causa para a "desfiliação partidária": (a) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; (b) grave discriminação política pessoal; (c) mudança de partido efetuada durante o período de trinta dias que antecede o prazo de filiação exigido em lei para concorrer à eleição, majoritária ou proporcional, ao término do mandato vigente.

A terceira hipótese de "justa causa" legal exige a presença de dois requisitos simultâneos: (a) requisito circunstancial: o titular do mandato deve estar no último ano de seu exercício; (b) requisito temporal: a mudança de partido deve ser realizada no período de 30 dias anterior ao prazo de filiação partidária, que, atualmente, se encerra seis meses antes das eleições.

Observe-se, porém, que a perda do mandato por infidelidade partidária, ou seja, em razão de mudança de partido, não deve ser aplicada aos detentores de mandatos que tenham sido eleitos pelo sistema majoritário.[244]

A Emenda Constitucional nº 91, de 18 de fevereiro de 2016, criou uma "janela de infidelidade" ao estabelecer a possibilidade do detentor de mandato eletivo se desfiliar do partido político pelo qual foi eleito nos 30 dias seguintes à promulgação da própria Emenda Constitucional, sem prejuízo do mandato.

Importante salientar que essa esdrúxula "janela de infidelidade" apresenta algumas características:

(a) **Excepcionalidade:** trata-se de norma constitucional temporária, com vigência definida pelo próprio texto da emenda, ou seja, somente será possível a total liberdade para migrações partidárias dos detentores de mandatos eletivos, durante os 30 dias após a promulgação da EC nº 91.

(b) **Amplitude:** a "janela de infidelidade partidária" se aplica tanto a detentores de mandatos majoritários – cujo entendimento do STF já garantia a migração partidária – quanto aos detentores de mandatos proporcionais (deputados e vereadores).

(c) **Desnecessidade de motivação:** a desfiliação partidária, durante o período previsto na EC nº 91, independe de qualquer alegação de justa causa.

(d) **Ausência de efeitos reflexos:** as alterações partidárias ocorridas durante o período de 30 dias previsto na EC nº 91/16 não serão consideradas para fins de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e televisão.

2.7.17 Conclusão

Uma das questões mais apaixonantes e importantes da história da democracia resume-se em uma pergunta: Qual o melhor governo, o das leis ou dos homens?

Defendendo o primado da lei, Platão afirmou:

> "Chamei aqui de servidores das leis aqueles que ordinariamente são chamados de governantes, não por amor a novas denominações, mas porque sustento que desta qualidade dependa sobretudo a salvação ou a ruína da cidade. De fato, onde a lei está submetida aos governantes e privada de autoridade, vejo pronta a ruína da cidade; onde, ao contrário, a lei é senhora dos governantes e os governantes seus escravos, vejo a salvação da

> cidade e a acumulação nela de todos os bens que os deuses costumam dar às cidades."[245]

A defesa da legalidade também foi realizada por Aristóteles:

> "É mais útil ser governado pelo melhor dos homens ou pelas leis melhores? Os que apoiam o poder régio asseveram que as leis apenas podem fornecer prescrições gerais e não provêm aos casos que pouco a pouco se apresentam, assim como em qualquer arte seria ingênuo regular-se conforme normas escritas... Todavia, aos governantes é necessária também a lei que fornece prescrições universais, pois melhor é o elemento que não pode estar submetido a paixões que o elemento em que as paixões são conaturais. Ora, a lei não tem paixões, que ao contrário se encontram necessariamente em cada alma humana."[246]

Assim, a supremacia da legalidade sobre o governo de homens traz, no dizer de Norberto Bobbio "duas coisas diversas embora coligadas: além do governo *sub lege*, que é o considerado até aqui, também o governo *per leges*, isto é, mediante leis, ou melhor, através da emanação (se não exclusiva, ao menos predominante) de normas gerais e abstratas. Uma coisa é o governo exercer o poder segundo leis preestabelecidas, outra coisa é exercê-lo mediante leis, isto é, não mediante ordens individuais e concretas. As duas exigências não se superpõem: num estado de direito o juiz, quando emite uma sentença que é uma ordem individual e concreta, exerce o poder *sub lege* mas não *per leges*; ao contrário, o primeiro legislador, o legislador constituinte, exerce o poder não *sub lege* (salvo ao pressupor, como faz Kelsen, uma norma fundamental), mas *per leges* no momento mesmo em que emana uma constituição escrita. Na formação do estado moderno a doutrina do constitucionalismo, na qual se resume toda forma de governo *sub lege*, procede no mesmo passo que a doutrina do primado da lei como

fonte de direito, entendida a lei, por um lado, como expressão máxima da vontade do soberano (seja ele o príncipe ou o povo), em oposição ao consueto; por outro lado, como norma geral e abstrata, em oposição às ordens dadas uma por vez. Que sejam considerados os três maiores filósofos cujas teorias acompanham a formação do estado moderno, Hobbes, Rousseau e Hegel: pode-se duvidar que eles devam ser incluídos entre os fautores do governo da lei, mas certamente todos os três são defensores do primado da lei como fonte do direito, como instrumento principal de dominação e enquanto tal prerrogativa máxima do poder soberano".[247]

Ora, sendo a lei "fonte do direito", "instrumento principal de dominação" e "prerrogativa máxima do poder soberano", indiscutível a necessidade de se prever a existência de um órgão estatal para sua realização. Órgão este independente e autônomo, a fim de realizar seu mister sem ingerências indevidas de outros órgãos estatais. Para tanto, consagrou-se a separação das funções do Estado mediante critérios funcionais.

A divisão segundo o critério funcional é a célebre "separação de poderes", que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam: legislação, administração e jurisdição.

Estas três funções devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade.

Essa classificação foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na já citada obra *Política*, onde eram repartidas as funções do Estado em deliberante (consistente na tomada das decisões fundamentais), executiva (consistente na aplicação pelos magistrados dessas decisões) e judiciária (consistente em fazer justiça).

Posteriormente, esta teoria foi detalhada por John Locke, no *Segundo tratado do governo civil*, que também reconheceu três funções distintas: a legislativa (consistente em decidir como a força pública há de ser

empregada), a executiva (consistente em aplicar essa força no plano interno, para assegurar a ordem e o direito) e a federativa (consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças).

A grande repercussão da teoria esboçada por Aristóteles e detalhada por Locke, porém, deu-se com a obra de Montesquieu, *O espírito das leis*, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas entre Executivo, Legislativo e Judiciário.

A separação dos poderes tornou-se princípio fundamental da organização política liberal, transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Cabendo, portanto, ao Poder Legislativo a função legiferante, necessária se torna a previsão de diversas garantias para o bom e livre funcionamento do parlamento e fiel execução das tarefas por parte dos legisladores.

Rousseau afirmava que

> "o legislador é, sob todos os pontos de vista, um homem extraordinário no Estado. Se o é pelo seu talento, não o é menos pelo seu cargo. Não é este de magistratura, nem de soberania. Este cargo, que constitui a República, não entra em sua constituição: é uma função particular e superior, que nada tem de comum com o império humano, porque se aquele que manda nos homens não deve dominar sobre as leis, aquele que domina as leis, tampouco deve mandar nos homens. Do contrário, com as leis do tirano, ministro de suas paixões, não farão, muitas vezes, senão perpetuar suas injustiças e nunca poderão evitar que opiniões particulares alterem o saneamento de sua obra".[248]

Para o exercício de tão importante função, os diversos ordenamentos jurídicos consagram regras sobre imunidades parlamentares, ora menos

abrangentes, ora mais abrangentes, mas sempre visando de forma imediata à defesa do parlamento e mediatamente a manutenção do primado da legalidade e da própria existência e sobrevivência da democracia.

3 PODER EXECUTIVO

Nossa tradição presidencialista iniciou-se com a primeira Constituição da República dos Estados Unidos do Brazil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891 (*"art. 41. Exerce o Poder Executivo o Presidente da República dos Estados Unidos do Brazil, como chefe electivo da nação"*), e manteve-se nas constituições seguintes, de 16 de julho de 1934 (*"art. 51. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República"*), de 10 de novembro de 1937 (*"art. 73. O Presidente da República, autoridade suprema do Estado, coordena a atividade dos órgãos representativos, de grau superior, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional, e superintende a administração do país"*), de 18 de setembro de 1946 (*"art. 78. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República"*), de 24 de janeiro de 1967 (*"art. 74. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado"*), inclusive com a redação dada pela EC nº 01, de 17 de outubro de 1969 (*"art. 73. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República auxiliado pelos Ministros de Estado"*); e, finalmente, pela atual Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988 (*"art. 76. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República auxiliado pelos Ministros de Estado"*).

A história do Presidencialismo inicia-se com a Constituição norte-americana de 1787,[249] a análise de suas características, bem como do desenvolvimento de seus institutos, e vem sendo realizada desde os escritos de Jay, Madison e Hamilton, nos artigos federalistas, publicados sob o codinome *Publius*, durante os anos de 1787-1788, até os dias de hoje, e

mostra que se trata de um regime de governo baseado principal e quase unicamente em uma figura central – *o Presidente da República.*[250]

São características básicas do presidencialismo:[251]

- ser um sistema de governo surgido com o modelo clássico da separação de Poderes apontado por Montesquieu;[252]
- consagrar a unipessoalidade na Chefia do Estado e na Chefia de Governo. O Presidente da República, como chefe de Estado, representa o país nas suas relações internacionais, bem como corporifica a unidade interna do Estado. Como chefe de Governo, a função presidencial corresponde à representação interna, na gerência dos negócios internos, tanto de natureza política (participação no processo legislativo), como de natureza eminentemente administrativa. Assim, o Chefe de Governo exercerá a liderança da política nacional, pela orientação das decisões gerais e pela direção da máquina administrativa;
- garantir a independência entre Executivo e Legislativo. No presidencialismo, o Poder Executivo concentra-se na pessoa do Presidente, que o exerce, em regra, sem responsabilidade política perante o Poder Legislativo, que somente poderá ser julgado por crimes de responsabilidade em casos extremados como o *impeachment.*[253] A irresponsabilidade política do Chefe do Executivo engloba seu ministério, por ele demissível *ad nutum*, sem nenhuma dependência ou vinculação política com o Congresso; pois, na implantação da Separação de Poderes pelos Estados Unidos da América, os poderes são iguais e visam a um relacionamento harmônico, não podendo nenhum deles atentar contra a existência, independência ou funcionamento dos demais. Assim, o Presidente da República não possui o poder de dissolver o Congresso Nacional, e tampouco o Poder Legislativo

pode demitir o Chefe do Executivo ou influir na escolha de seus auxiliares diretos (Ministros, Secretários);[254]

- prever a derivação dos poderes presidenciais diretamente do povo, em virtude seja – em regra – por eleições diretas, seja – excepcionalmente – por eleições indiretas, como ocorre nos Estados Unidos da América, desde o início do presidencialismo;[255]
- poder responsabilizar o Presidente da República, penal e politicamente, por crime de responsabilidade.

O Poder Executivo constitui órgão constitucional cuja função precípua é a prática dos atos de chefia de estado, de governo e de administração.

A Chefia do Poder Executivo foi confiada pela Constituição Federal ao Presidente da República, a quem compete seu exercício, auxiliado pelos Ministros de Estado, compreendendo, ainda, o braço civil da administração (burocracia) e o militar (Forças Armadas), consagrado mais uma vez o presidencialismo, concentrando na figura de uma única pessoa a chefia dos negócios do Estado e do Governo.

Apesar de a clássica separação dos Poderes ter sido adotada pelo constituinte de 1988, no art. 2º, ao afirmar que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, foram consagradas pela Constituição Federal, como já visto anteriormente, em relação a todos os Poderes de Estado, funções típicas e atípicas, inexistindo, pois, exclusividade absoluta, no exercício dos misteres constitucionais.

O Executivo, portanto, além de administrar a coisa pública (função típica), de onde deriva o nome república (*res publica*), também legisla (art. 62 – Medidas Provisórias) e julga (contencioso administrativo), no exercício de suas funções atípicas.

Aponte-se que Montesquieu concebeu o Poder Executivo como definidor e realizador constante da política de ordem interna e das relações exteriores.

Com tão amplas atribuições, que repetiram regra clássica do constitucionalismo brasileiro de concentração de poder pessoal do Presidente, houve necessidade do legislador constituinte em garantir a imparcial e livre atuação, balizada por óbvio, pelos princípios constitucionais e pela legalidade, do Chefe do Poder Executivo, a fim de manter-se a independência e harmonia dos Poderes da República, fixando-se prerrogativas e imunidades para o Presidente da República.

Assim, igualmente aos congressistas, o Chefe do Poder Executivo Federal é eleito pelo povo e possui várias prerrogativas e imunidades que, apesar de comumente estudadas sob outros aspectos, são garantias para o independente e imparcial exercício da chefia da Nação.

3.1 Estrutura do Poder Executivo

3.1.1 Chefe de Estado e Chefe de Governo

Na estrutura do Poder Executivo verifica-se a existência de duas funções primordiais diversas, quais sejam, a de Chefe de Estado e de Chefe de Governo.

Nosso texto constitucional expressamente adotou o presidencialismo, proclamando a junção das funções de Chefe de Estado e Chefe de Governo, a serem realizadas pelo Presidente da República, prevendo-as no art. 84 da Constituição Federal.

Assim, como chefe de Estado, o presidente representa, pois, nas suas relações internacionais (art. 84, VII e VIII, XIX), bem como corporifica, a unidade interna do Estado.

Como chefe de Governo, a função presidencial corresponde à representação interna, na gerência dos negócios internos, tanto os de natureza política (participação no processo legislativo), como nos de natureza eminentemente administrativa (art. 84, I, II, III, IV, V, VI, IX a XXVII). Assim, o Chefe de Governo exercerá a liderança da política nacional, pela orientação das decisões gerais e pela direção da máquina administrativa.

A acumulação destas funções revela que o legislador constituinte adotou o sistema presidencialista de governo, que difere do parlamentarista. Neste, a função de chefe de Estado é exercida pelo Presidente ou Monarca e a de chefe de Governo, pelo Primeiro Ministro que chefia o gabinete.

3.1.2 Modo de investidura e posse no cargo de Presidente da República

O presidente e vice-presidente da República são eleitos pelo sistema eleitoral majoritário, que consiste naquele em que será considerado vencedor o candidato que obtiver maior número de votos, tendo, historicamente, firmado-se, como salienta Dieter Nohlen, como método de escolha dos representantes, tanto na Grécia quanto na República Romana, por constituir à época reflexo da igualdade democrática,[256] somente passando a sofrer comparações com o sistema proporcional a partir do final do século XIX.[257] Trata-se, pois, do sistema eleitoral mais antigo utilizado historicamente.[258]

O sistema majoritário, em regra, divide-se em duas espécies básicas: sistema majoritário puro ou simples e sistema majoritário de dois turnos.[259]

Pelo primeiro – *sistema majoritário puro ou simples* –, será considerado eleito o candidato que obtiver o maior número de votos. Por exemplo, a Constituição brasileira de 1988 prevê esse sistema para a eleição de Senadores da República (CF, art. 46) e também para a eleição de prefeitos municipais em Municípios com menos de 200 mil eleitores (CF, art. 29, II).

Diferentemente, pelo *sistema majoritário de dois turnos* será considerado eleito o candidato que obtiver a maioria absoluta dos votos válidos.[260] Caso não obtenha na primeira votação, deverá ser realizado novo escrutínio.

Esse método é adotado no Brasil para as eleições de Presidente da República, Governadores dos Estados e Distrito Federal e Prefeitos de Municípios, com mais de 200 mil eleitores (CF, art. 77).

O Presidente da República é eleito simultaneamente com um Vice-presidente, através do sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, em pleito realizado no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no

último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao término do mandato presidencial vigente, conforme redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 4-6-1997, que, igualmente, passou a adotar a possibilidade de reeleição do Chefe do Poder Executivo para um único período subsequente (CF, art. 14, § 5º).[261]

O modo de eleição e a duração do mandato, bem como os requisitos de elegibilidade para a presidência, aplicam-se à vice-presidência, uma vez que o vice depende da eleição do titular, de quem foi inscrito candidato à suplência.

Excepcionalmente, o Ato das Disposições Constitucionais transitórias determinou, em seu art. 4º, § 1º, que a primeira eleição para Presidente da República após a promulgação da Constituição fosse realizada no dia 15-11-1989, não se lhe aplicando o disposto no art. 16 da Carta Magna.[262]

A Constituição Federal exige alguns requisitos para a candidatura ao cargo de Presidente e Vice-presidente da República:

a. ser brasileiro nato (art. 12, § 3º);
b. estar no gozo dos direitos políticos;
c. ter mais de 35 anos;
d. não ser inelegível (inalistáveis, analfabetos, reeleição, cônjuge, parentes consanguíneos e afins até o segundo grau ou por adoção do Presidente da República);
e. possuir filiação partidária.

A eleição dar-se-á em dois turnos de votação, sendo considerado eleito Presidente o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos. Se nenhum candidato alcançar maioria absoluta na primeira votação, a ser realizada no primeiro domingo de outubro, far-se-á nova eleição no último domingo desse mês, concorrendo os dois candidatos mais votados e considerando-se

eleito aquele que obtiver a maioria dos votos válidos, excluídos os brancos e nulos.[263]

Em ambos os turnos, portanto, embora aparente diferenciação feita pelo texto constitucional, será considerado eleito o candidato que obtiver mais votos que todos os demais candidatos, sejam vários oponentes (1º turno), seja um único (2º turno).

Dessa forma, será considerado eleito o candidato que obtiver a *maioria absoluta dos votos válidos dados em candidatos*,[264] excluindo-se todos os votos em branco e os votos nulos.[265]

Esse entendimento vai de encontro às lições de Maurice Duverger, ao apontar que, na França, o 2º turno denomina-se *escrutínio de ballottage*, em que a maioria relativa é suficiente, ou seja, a maioria dos votos em candidatos,[266] pois como salienta Giovanni Sartori, "quanto aos sistemas de dois turnos (...) é evidente que, se só dois candidatos são admitidos no segundo turno, um deles será vencedor com maioria absoluta".[267]

Ressalte-se que, apesar da Emenda Constitucional nº 16, de 4-6-1997, ter estabelecido o último domingo de outubro como a data para eleição presidencial em segundo turno, esqueceu-se de dar nova redação ao § 3º do art. 77, que continuou prevendo a ocorrência de nova eleição (segundo turno) em até 20 dias após a proclamação do resultado do primeiro turno, se nenhum dos candidatos alcançar maioria absoluta. Entendemos, por tratar-se de norma constitucional posterior regulamentadora de mesmo assunto, que deva prevalecer a EC nº 16/97, no tocante à data do segundo turno quando necessário for, ou seja, *último domingo de outubro,* continuando, porém, com plena vigência e eficácia a regulamentação do § 3º do art. 77, no que diz respeito ao *quorum* necessário para a eleição em primeiro e segundo turnos.

Se, antes de realizado o segundo turno, ocorrer morte, desistência ou impedimento legal de candidato, convocar-se-á, entre os remanescentes, o de maior votação. Se, ainda nesta hipótese, remanescerem candidatos com a

mesma votação, qualificar-se-á o mais idoso. Todavia, se a morte do candidato eleito para o cargo de Presidente ocorrer após o 2º turno do pleito eleitoral, porém, antes da expedição do diploma, o vice-presidente deverá ser considerado eleito, adquirindo o direito subjetivo ao mandato de Chefe do Executivo,[268] uma vez que a eleição é realizada simultaneamente para ambos os cargos.

Assim, em virtude da previsão constitucional de *eleição simultânea de Presidente e Vice-presidente* (chapa majoritária), poderemos ter as seguintes situações:[269]

- a morte, desistência ou impedimento do candidato à Chefia do Executivo, antes do 1º turno de votação, acarreta o fim da candidatura da *chapa majoritária*, possibilitando sua substituição pela convenção partidária;
- a nulidade da votação do Chefe do Executivo acarreta a nulidade de votação de toda a *chapa majoritária*;
- a morte, desistência ou impedimento do candidato à Chefia do Executivo, após o primeiro turno de votação e antes do segundo, determina a convocação, entre os remanescentes, do candidato com maior votação;
- a morte, desistência ou impedimento do candidato eleito à Chefia do Executivo, antes da diplomação, mantém a eleição do candidato à vice-Chefia do Executivo, que deverá ser diplomado como titular do Poder Executivo e tomar posse no dia 5 de janeiro, na condição de titular do cargo. A Emenda Constitucional nº 111, de 28 de setembro de 2021, alterou a data prevista pelo texto original da Constituição Federal (1º de janeiro) e diferenciou-a das posses dos Governadores de Estado e Distrito Federal, que passaram a ser 6 de janeiro. Observe-se, porém, que o Presidente da República e os Governadores de

Estado e do Distrito Federal eleitos em 2022 tomaram posse em 1º de janeiro de 2023, e seus mandatos durarão até a posse de seus sucessores, em 5 e 6 de janeiro de 2027, respectivamente. Dessa maneira, as alterações da EC nº 111/2021, relativas às datas de posse de Governadores, de Vice-Governadores, do Presidente e do Vice-Presidente da República, serão aplicadas somente a partir das eleições de 2026;

- a morte, desistência ou impedimento do candidato eleito e diplomado à Chefia do Executivo mantém a eleição e diplomação do candidato à vice-Chefia do Executivo que tomará posse, no dia 5 de janeiro, na condição de titular do Poder Executivo.

A posse presidencial ocorrerá no dia 5 de janeiro, nos termos da EC nº 111/2021, porém e, decorridos 10 dias da data fixada, se o Presidente ou o Vice-presidente, salvo motivo de força maior, não tiverem assumido os cargos, estes serão declarados vagos.

A Constituição não diz quem deverá declarar a vacância, porém, por se tratar de ato político, deve ser feito pelo próprio Poder Legislativo.

Poderá ocorrer uma segunda hipótese. No caso de o Presidente não comparecer, mas o Vice-presidente sim, este assumirá a Presidência da República.

Esta assunção será definitiva se a ausência do Presidente, imotivada ou motivada, gerar a impossibilidade absoluta de sua investidura.

A posse presidencial dar-se-á em sessão do Congresso Nacional, prestando-se o compromisso de manter, defender e cumprir a constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil.

A duração do mandato presidencial, atualmente, é de 4 (quatro) anos. A Constituição Federal fixou, inicialmente, a duração do mandato do

Presidente da República em 5 (cinco) anos, porém, em virtude da Emenda Constitucional de Revisão nº 5, de 7-6-1994, ficou estabelecida nova duração a esse mandato, que passou a ser de 4 (quatro) anos, sempre vedada a reeleição para o período subsequente. Novamente, esse dispositivo constitucional foi alterado, pela Emenda Constitucional nº 16, de 4-6-1997, que apesar de manter a duração do mandato presidencial em 4 (quatro) anos, suprimiu a vedação à reeleição, que passou a ser permitida para um único período subsequente, nos termos do art. 14, § 5º, do texto maior.

As Constituições de 1891 e 1934 fixavam-no também em quatro anos, duração estendida pela Carta de 1937, para seis anos. Posteriormente, a Constituição de 1946 reduziu-o para cinco anos, prazo esse mantido pela Constituição Federal de 1967 e alterado pela Emenda Constitucional nº 8, retornando-o a seis anos.

3.1.3 Vacância da Presidência da República

Ao Vice-presidente cabe substituir o Presidente, nos casos de impedimento (licença, doença, férias) e suceder-lhe no caso de vaga.

Em caso de impedimento do Presidente e do Vice-presidente, ou vacância dos respectivos cargos, serão sucessivamente chamados ao exercício da Presidência: o Presidente da Câmara dos Deputados, o do Senado Federal e o do Supremo Tribunal Federal. Importante ressaltar o posicionamento do STF que, interpretando os arts. 80 e 86, § 1º, I, da Constituição Federal, passou a vedar a substituição do Presidente da República pelas autoridades que, na condição de réus, estiverem respondendo processo criminal na Corte Suprema.[270]

Interessante a observação feita por Marcelo Caetano sobre a história constitucional brasileira, nos lembrando que

> "os momentos mais importantes em que o Presidente da Câmara dos deputados assumiu a presidência da República foram: em

> novembro de 1955, por doença do Vice-presidente em exercício Café Filho; em agosto de 1961, quando da renúncia de Jânio Quadros, por estar o Vice-presidente ausente do País; e em 2 de abril de 1964, por ter sido revolucionariamente deposto o Presidente Goulart. O Presidente do Senado Federal assumiu a presidência da República em novembro de 1955, em seguida ao impedimento e posterior renúncia do Presidente da Câmara dos deputados. O Presidente do Supremo Tribunal Federal desempenhou as funções de Presidente da República a partir de 29 de outubro de 1945, após a deposição revolucionária de Getúlio Vargas, por não estarem funcionando os órgãos legislativos e não haver portanto quem lhe preferisse na ordem da sucessão, até 31 de janeiro de 1946, data da posse do novo presidente eleito Gaspar Dutra".[271]

Poderíamos acrescentar a esta narrativa a assunção, desde o momento inicial do mandato e em virtude de doença e posterior falecimento de Tancredo Neves, do Presidente José Sarney; a assunção do Presidente Itamar Franco, em virtude da renúncia ao cargo do Presidente Fernando Collor de Mello; e do Presidente Michel Temer, em face da decretação de perda do mandato da Presidente Dilma Rousseff pelo Senado Federal.

Importante ressalvar, porém, que a sucessão presidencial, no caso de vacância definitiva do cargo, antes do término do mandato, possui regras diferenciadas, dependendo de quem o substitua, bem como do período faltante para o término do mandato. Assim, somente o Vice-presidente da República sucederá o Presidente definitivamente em caso de vacância permanente do cargo, enquanto os Presidentes da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal somente o substituirão temporariamente, ocorrendo da seguinte forma:[272]

- **Vice-presidente:** no caso de vacância do cargo de Presidente, assumirá e completará o mandato, independentemente do lapso temporal faltante.
- **Presidente da Câmara, Presidente do Senado ou Presidente do Supremo Tribunal Federal:** somente assumirão no caso da vacância dos cargos de Presidente e Vice, sempre em caráter temporário. Assim, vagando os cargos de Presidente e Vice-presidente da República, poderão ocorrer duas hipóteses:
  a. *Vacância nos dois primeiros anos*: far-se-á eleição 90 dias depois de aberta a última vaga (eleição direta);
  b. *Vacância nos últimos dois anos* do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita 30 dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei. Dessa forma, a CF prevê uma possibilidade de eleição indireta para a Presidência da República (CF, art. 81, § 1º) em hipótese excepcionalíssima ao art. 14, *caput*, da Carta.[273]

Em qualquer das hipóteses, a Constituição Federal é expressa ao determinar que o Vice-presidente ou qualquer dos eleitos somente complete o período de seus antecessores.

Os substitutos eventuais do Chefe do Executivo quando convocados exercem normalmente os poderes e atribuições do Presidente da República (por exemplo: sanção, veto, edição de medida provisória, nomeação de Ministro de Estado, iniciativa de lei etc.).

3.1.4 Atribuições do Presidente da República

Tendo adotado o sistema presidencialista, as funções de Chefe de Estado e de Governo acumulam-se na figura presidencial e são descritas no art. 84, competindo-lhe, privativamente: nomear e exonerar Ministros de Estado; exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior

da administração federal; iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição; sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; vetar projetos de lei, total ou parcialmente; dispor, mediante decreto, sobre organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos ou, ainda, dispor, mediante decreto, sobre a extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;[274] manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos; celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; decretar o estado de defesa e o estado de sítio; decretar e executar a intervenção federal; remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do País e solicitando as providências que julgar necessárias; conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei; exercer o comando supremo das Forças Armadas, nomear os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos; nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei; nomear, observado o disposto no art. 73, os Ministros do Tribunal de Contas da União; nomear os magistrados, nos casos previstos nesta constituição, e o Advogado-Geral da União; nomear membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII; convocar e presidir o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional; declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo da sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional; celebrar a paz, autorizado ou com o

referendo do Congresso Nacional; conferir condecorações e distinções honoríficas; permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente; enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos nesta Constituição; prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de 60 dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior; prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei; editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62, bem como exercer outras atribuições previstas na Constituição.

A Emenda Constitucional nº 109, de 15 de março de 2021, acrescentou o inciso XVIII ao art. 49 da Constituição Federal, determinando competir ao Congresso Nacional decretar o estado de calamidade pública de âmbito nacional previsto nos arts. 167-B, 167-C, 167-D, 167-E, 167-F e 167-G da Constituição, por proposta do Presidente da República (art. 84, XXVIII).

Durante a integralidade do exercício financeiro em que vigore a calamidade pública de âmbito nacional, estará dispensado o cumprimento do art. 167, inciso III, da Constituição Federal e, conforme os novos arts. 167, B, C, D, E, G e F da Constituição Federal, a União deve adotar regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para atender às necessidades dele decorrentes, somente naquilo em que a urgência for incompatível com o regime regular, nos termos definidos nos arts. 167-C, 167-D, 167-E, 167-F e 167-G da Constituição Federal.

Ressalte-se que a função de *comandante supremo das Forças Armadas* não se trata de mero título honorífico, mas de verdadeira função de comando e direção das atividades das três armas.[275]

Em relação ao *poder regulamentar do Presidente da República,* a Constituição Federal, em seu art. 84, inciso IV, prevê que lhe compete, privativamente, expedir decretos e regulamentos para fiel execução da lei.[276]

Os regulamentos, portanto, são normas expedidas privativamente pelo Presidente da República, cuja finalidade precípua é facilitar a execução das leis, removendo eventuais obstáculos práticos que podem surgir em sua aplicação e se exteriorizam por meio de decreto, sendo, pois, como relembra Marcelo Caetano, importante fonte do Direito Administrativo.[277]

Observe-se que, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, são inconstitucionais dispositivos normativos que estabeleçam prazos, ao Poder Executivo, para regulamentação de preceitos legais, por violação dos arts. 2º e 84, II, da Constituição da República.[278]

Na clássica lição do Ministro Carlos Velloso, "os regulamentos, na precisa definição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, 'são regras jurídicas gerais, abstratas, impessoais, em desenvolvimento da lei, referentes à organização e ação do Estado, enquanto poder público'. Editados pelo Poder Executivo, visam tornar efetivo o cumprimento da lei, propiciando facilidades para que a lei seja fielmente executada. É que as leis devem, segundo a melhor técnica, ser redigidas em termos gerais, não só para abranger a totalidade das relações que nelas incidem, senão também, para poderem ser aplicadas, com flexibilidade correspondente, às mutações de fato das quais estas mesmas relações resultam. Por isso, as leis não devem descer a detalhes, mas, conforme acima ficou expresso, conter, apenas, regras gerais. Os regulamentos, estes sim, é que serão detalhistas. Bem por isso, leciona Esmein, 'são eles prescrições práticas que têm por fim preparar a execução das leis, completando-as em seus detalhes, sem lhes alterar, todavia, nem o texto, nem o espírito'".[279]

O exercício do poder regulamentar do Executivo situa-se dentro da principiologia constitucional da Separação de Poderes (CF, arts. 2º; 60, § 4º, III), pois, salvo em situações de relevância e urgência (medidas provisórias), o Presidente da República não pode estabelecer normas gerais criadoras de direitos ou obrigações, por ser função do Poder Legislativo.

Assim, o regulamento não poderá alterar disposição legal, tampouco criar obrigações diversas das previstas em *disposição legislativa.*[280]

Essa vedação não significa que o regulamento deva reproduzir literalmente o texto da lei, pois seria de flagrante inutilidade. O poder regulamentar somente será exercido quando alguns aspectos da aplicabilidade da lei são conferidos ao Poder Executivo, que deverá evidenciar e explicitar todas as previsões legais, decidindo a melhor forma de executá-la e, eventualmente, inclusive, suprindo suas lacunas de ordem prática ou técnica.[281]

A partir da EC nº 32/01, o texto constitucional brasileiro passou a admitir – sem margens para dúvidas – os "decretos autônomos" do Chefe do Executivo, com a finalidade de organização da Administração Pública, pois o art. 84, VI, da CF permite ao Presidente dispor, mediante decreto, sobre a organização da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, por equipará-lo aos demais atos normativos primários, inclusive lei, e, consequentemente, afirmar seu absoluto respeito ao princípio da reserva legal.

A Constituição de 1988, apesar de reservar a primazia, não concedeu o monopólio da função normativa ao Poder Legislativo, estabelecendo outras fontes normativas primárias, tanto no Executivo (medidas provisórias, decretos autônomos),[282] quanto no Judiciário (poder normativo primário do Conselho Nacional de Justiça).[283]

A norma prevista no inciso VI, do art. 84, consagra, no dizer do Ministro Carlos Britto,[284] verdadeira *autorização "constitutiva de regulamento autônomo"*, pois, conforme destacado pela Ministra Ellen Gracie, "nenhuma ofensa houve ao princípio da reserva legal... o inciso VI do art. 84 da Constituição recebeu da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, uma nova redação, que permite expressamente ao Presidente da República dispor, por decreto, sobre a organização e o

funcionamento da administração federal, quando isso não implicar aumento de despesa ou criação de órgãos públicos".[285]

Essa nova previsão, cuja aplicabilidade é automática aos Estados e Municípios, independentemente de expressa previsão (princípios federais extensíveis), pode, apesar de juridicamente desnecessário, ser repetida nas Constituições estaduais e Leis Orgânicas distrital e municipais (por exemplo, na CEst. Paulista, art. 47, XIX, com a redação dada pela EC nº 21/06), no sentido de adequação do texto local ao texto maior e com a mesma finalidade de agilização e eficiência na organização e gestão da coisa pública pelo Chefe do Executivo estadual, distrital ou municipal, desde que tais medidas não implicassem aumento de despesa, criação ou extinção de órgão público.

3.1.4.1 Presidente da República e atos de clemência constitucional (graça, indulto e comutação de pena)

Nos termos do artigo 84, XII, da Constituição Federal, compete ao Presidente da República definir a concessão ou não da graça, do indulto ou da comutação de pena, bem como seus requisitos e a extensão destas espécies de *atos de clemência constitucional,* a partir de critérios de conveniência e oportunidade.[286]

A concessão de perdão e a comutação de penas são *"exteriorizações de soberania",*[287] exercidos em caráter privativo e discricionário pelo Presidente da República, tendo como limites somente o próprio texto constitucional (CF, art. 5º, XLIII).[288]

Ressalte-se que, na República, a ideia da possibilidade de intervenção do Chefe do Poder Executivo na aplicação e cumprimento de sanções penais, a partir de um complexo mecanismo de freios e contrapesos, surgiu com o próprio nascimento do presidencialismo, na Constituição norte-americana de 1787;[289] e, o exercício desse poder presidencial não fere a separação de poderes por supostamente esvaziar a política criminal

estabelecida pelo legislador e aplicada pelo Judiciário, uma vez que foi previsto exatamente como importante mecanismo para possibilitar um maior equilíbrio na Justiça Criminal.[290]

Diferentemente do modelo norte-americano, que aplica a *clemência penal* somente na espécie individual (perdão presidencial), no Brasil, consolidou-se a incidência do indulto tanto individual (graça ou perdão presidencial), quanto coletivo (decretos genéricos de indultos).

A edição de decretos genéricos de indultos, que fixam requisitos a serem analisados pelo Poder Judiciário em cada caso concreto, portanto, é tradição do direito constitucional brasileiro. Em 4 de dezembro de 1945, José Linhares, Presidente do Supremo Tribunal Federal, que exerceu a presidência da República por convocação das Forças Armadas, após a derrubada de Getúlio Vargas, de 29 de outubro de 1945 a 31 de janeiro de 1946, editou o Decreto 20.082/45 concedendo o benefício aos praças da Força Expedicionária Brasileira, que praticaram certos crimes quando incorporados à tropa, na Itália. Em abril de 1960, foi concedido indulto pelo Decreto 48.136/60, pelo presidente Juscelino Kubitschek, que atingiu mais de dois mil beneficiados, abrangendo não só as penas privativas de liberdade, mas também as penas pecuniárias. Em agosto de 1963, o Presidente João Goulart, em comemoração ao "Dia do Encarcerado", concedeu indulto e comutação de pena com a edição do Decreto 52.377. Anos mais tarde, em junho de 1980, a visita do Papa João Paulo II motivou nova concessão do indulto pelo presidente João Figueiredo. Pela primeira vez, o Decreto de indulto estabeleceu requisitos especiais aos maiores de 60 anos. Em 1982, o Decreto 87.833/82 – Indulto de Natal –, editado pelo Presidente João Figueiredo, beneficiou, pela primeira vez, as mulheres que tivessem filhos menores de 14 anos e os que tivessem cometido crime entre os 18 e 21 anos; estabelecendo requisitos inéditos para sua concessão e, estendendo o benefício as penas pecuniárias, novamente. No primeiro decreto (97.164/88) após a promulgação da CF/88, o presidente José Sarney

excluiu do benefício os condenados que tivessem deixado de reparar o dano que causaram e os autores de crimes considerados graves e previu a aplicabilidade do instituto antes do trânsito em julgado.

O exercício dessa competência constitucional pelo Presidente da República não está vinculado a política criminal estabelecida pelo legislativo, nem tampouco adstrita a jurisprudência formada pela aplicação da legislação penal, muito menos ao prévio parecer consultivo do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, sob pena de total esvaziamento do instituto, que configura tradicional mecanismo de freio e contrapesos na tripartição de poderes.[291]

O Estado de Direito exige a vinculação das autoridades ao Direito,[292] e, portanto, o Presidente da República ao exercer sua competência constitucional de *clemencia principis* deve respeito às exigências constitucionais,[293] pois, obviamente, em um sistema republicano não existe poder absoluto e ilimitado, pois seria a negativa do próprio Estado de Direito, que vincula a todos – inclusive os exercentes dos poderes estatais – às exigências constitucionais.

Assim, apesar dos *atos de clemência constitucional* serem discricionários e privativos do Chefe do Poder Executivo, não constituem atos imunes ao absoluto respeito à Constituição Federal sendo, excepcionalmente, passível de controle jurisdicional; cabendo ao Poder Judiciário, realizar o juízo de verificação de exatidão do exercício da conveniência e oportunidade perante a constitucionalidade do ato presidencial.[294]

A análise da constitucionalidade dos *atos presidenciais de clemência constitucional* deverá, igualmente, verificar a realidade dos fatos e também a coerência lógica da decisão discricionária. Se ausente a coerência, o ato presidencial estará viciado por infringência ao ordenamento jurídico constitucional e, mais especificamente, ao princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos que impede o extravasamento dos

limites razoáveis da discricionariedade, evitando que se converta em causa de decisões desprovidas de justificação fática e, consequentemente, arbitrárias.[295] A opção conveniente e oportuna para o exercício dessa competência constitucional deverá ser feita legal e moralmente pelo Presidente da República, e somente sua constitucionalidade poderá ser apreciada pelo Poder Judiciário, conforme teoria já consagrada em relação a todos os atos discricionários do Poder Público.[296]

3.1.5 Vice-Presidente da República

Criação norte-americana, dentro do regime presidencialista, o cargo de Vice-Presidente foi previsto constitucionalmente para ser o substituto eventual do Presidente da República ou seu sucessor, em caso de vacância definitiva.

Grande parte da doutrina norte-americana sempre apontou, tradicionalmente, que os Vice-Presidentes têm sido os homens esquecidos na história americana (*the forgotten men in America*),[297] pois nasceram para exercer a presidência decorativa do Senado.[298] Dispõe a Constituição americana no art. I, seção 3, que o Senado teria dois presidentes, um institucional – "o Vice-Presidente dos Estados Unidos será o presidente do Senado, onde não terá voto, a não ser nos casos de empate" – e outro, *pro tempore*, eleito dentre os senadores – "o Senado escolhe todos os seus funcionários e também um presidente temporário para substituir o Vice-Presidente da República, nos casos de exercer este as funções de presidente dos Estados Unidos".[299]

Benjamin Franklin referia-se ao cargo de Vice-Presidente como "Sua Alteza Supérflua" (*Superfluous Highness*),[300] pois não exercia nenhuma função imediata, seja de comando, seja de execução.[301] O mesmo entendimento era afirmado por Theodore Roosevelt, que exerceu o cargo, e

por John Adams. Como afirmado por Henry Learned, "a Constituição deixou o Vice-Presidente em um lugar de certa forma anômalo".[302]

Na primeira Constituição republicana brasileira, de 1891, igualmente, previa-se que o Vice-Presidente da República seria o Presidente do Senado, onde somente teria direito ao voto de qualidade.

Tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil, o cargo de Vice-Presidente da República sempre suscitou diversas críticas, pois não tendo grande importância política momentânea, a escolha do candidato nunca despertou grande interesse do eleitorado, servindo para conciliar facções partidárias minoritárias, ou mesmo acertar coligações políticas.[303]

Dessa forma, quando o Vice-Presidente assume o país, seja por mera substituição, seja sucedendo o presidente na hipótese de vacância definitiva do cargo, nem sempre haverá a continuidade da política ideológica administrativa escolhida pelo eleitor.

Apesar das críticas à existência do cargo de Vice-Presidente da República e da possibilidade jurídica e política de substituição de chapa dupla (Presidente e Vice) por eleição de candidatura única (Presidente), com consequente convocação de eleição extemporânea na hipótese de vacância definitiva do cargo antes do tempo, como ocorre nos regimes mistos francês[304] e português,[305] o mesmo deve ser mantido na forma da tradição política presidencialista norte-americana e brasileira, possibilitando ao eleitorado maior conhecimento de suas biografias e posições políticas durante a campanha eleitoral.

A manutenção do cargo de Vice-Presidente da República possibilita, por um lado, maiores composições políticas na formação da chapa presidencial que acarretarão, consequentemente, maiores condições de governabilidade ao presidente eleito, e, por outro lado, evita instabilidade institucional gerada pela necessidade de eleição extemporânea na hipótese de vacância definitiva do cargo presidencial, sem que houvesse um substituto definitivo para exercê-lo.[306]

A Constituição Federal prevê ao Vice-presidente diversas funções, que poderão ser classificadas em próprias ou típicas e impróprias ou atípicas. Aquelas correspondem às atribuições para cujo exercício o cargo de Vice-presidente foi instituído e existe, sendo inerentes ao ofício vice-presidencial.

Funções próprias: tais funções podem resultar de previsão expressa da própria Constituição Federal ou de lei complementar.

São funções típicas de ordem constitucional: substituição (CF, art. 79) e sucessão do Presidente da República (CF, art. 80); participação nos Conselhos da República (CF, art. 89, I) e de Defesa Nacional (CF, art. 91, I). Enquanto são funções típicas de ordem legal as eventuais atribuições estabelecidas pela lei complementar prevista no art. 79, parágrafo único, da Constituição Federal.

Funções impróprias: o Vice-presidente auxiliará, nos termos do art. 79 da Constituição Federal, o Presidente, sempre que por ele convocado para missões especiais.

3.1.6 Órgãos auxiliares do Presidente da República. Ministros. Conselho da República e Conselho de Defesa Nacional

Ministros de Estado: os Ministros são em nosso regime constitucional, qualificados auxiliares do Presidente da República, que os pode livremente nomear ou demitir.

Poderão ser Ministros de Estado as pessoas que preencherem os seguintes requisitos:

a. brasileiros natos ou naturalizados e, ainda, os portugueses equiparados, que possuem todos os direitos e obrigações do

brasileiro naturalizado (CF, art. 12, § 1º); Ressalte-se que, em virtude da nova redação do § 3º do art. 12 da Constituição Federal, dada pela EC nº 23, promulgada em 2-9-1999, o cargo de Ministro de Estado da Defesa tornou-se privativo de brasileiros natos;

b. maiores de vinte e um anos;
c. pleno exercício dos direitos políticos.

As funções dos Ministros são descritas pela própria Constituição, que estabelece a ele competir, como principal atribuição, exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República. Além disto, deverá expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos; apresentar ao Presidente da República relatório anual de sua gestão no Ministério; praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Presidente da República.[307]

Em relação à atribuição de referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República, necessário salientar que deriva da própria vontade do legislador constituinte e não de mera liberalidade presidencial, pelo que serão nulos os atos e decretos assinados somente pelo Presidente da República, sem o *referendum* do Ministro da respectiva pasta.[308] É certo que, por ser de livre nomeação presidencial,[309] o Ministro que não concordar com a conduta do Presidente da República, negando-se a referendá-la, deverá deixar o cargo, a pedido ou de ofício.

Como ensina Themistocles Brandão Cavalcanti, "entre nós, os decretos são referendados pelos ministros, a cujos departamentos interessa o assunto. *Será, porém, essencial a assinatura do ministro de Estado para validade do decreto?* A resposta deve ser afirmativa, porque somente assim torna-se o ato completo. Não pode ser admitida a hipótese da recusa por parte do

ministro, porque isso importaria no abandono da pasta, visto como são os mesmos de livre nomeação e demissão do Presidente da República. A sua substituição seria imediata".[310]

Os Ministérios, nos termos do art. 88 da CF, serão criados e extintos por Lei, porém, sua organização e funcionamento (CF, art. 84, VI) deverão ser disciplinados por decreto do Presidente da República.[311]

Os Ministros de Estado serão processados e julgados nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, I, *c*, do texto constitucional, salvo nos crimes de responsabilidade conexos ao do Presidente da República, quando a competência será do Senado Federal, nos termos do art. 52, I, da Constituição Federal.

Observe-se, porém, que a legitimidade para apresentação de denúncia por crime de responsabilidade contra Ministro de Estado é privativa do Procurador-Geral da República,[312] que somente poderá apresentá-la ao STF enquanto o acusado estiver no exercício do cargo de Ministro de Estado, pois, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, "com a cessação da investidura do ora representado no desempenho do cargo de Ministro de Estado, e a consequente reassunção de seu mandato parlamentar, também cessou, *ipso facto,* a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal, para fazer instaurar, nos termos do art. 102, I, 'c', da Constituição Federal, o concernente processo de impeachment, por suposta prática de infração político-administrativa".[313]

Conselho da República: é órgão superior de consulta do Presidente da República composto pelo Vice-presidente da República; Presidente da Câmara dos Deputados; Presidente do Senado Federal; os líderes da maioria e da minoria na Câmara dos deputados; líderes da maioria e da minoria no Senado Federal; o Ministro da Justiça[314] e seis cidadãos brasileiros natos.

Os seis cidadãos brasileiros natos deverão ter 35 anos de idade e serão dois nomeados pelo Presidente da República, dois eleitos pelo Senado

Federal e dois eleitos pela Câmara dos deputados, todos com mandato de três anos, vedada a recondução.

A Constituição Federal estabelece as funções do Conselho (CF, art. 90), que deverá ser regulamentado e organizado por meio de lei, para pronunciar-se sobre intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio e as questões relevantes para a estabilidade das instituições democráticas.

Conselho de Defesa Nacional (organização e funcionamento do Conselho de Defesa Nacional: Lei nº 8.183, de 11-4-1991): é órgão de consulta do Presidente da República nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do Estado democrático, sendo composto pelo Vice-presidente da República; o Presidente da Câmara dos Deputados; o Presidente do Senado Federal; o Ministro da Justiça; o Ministro de Estado da Defesa;[315] Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica;[316] o Ministro das Relações Exteriores; o Ministro do Planejamento.

Compete-lhe, segundo a própria Constituição (art. 91), opinar nas hipóteses de declaração de guerra e de celebração da paz, nos termos dessa constituição; opinar sobre a decretação do estado de defesa, do estado de sítio e de intervenção federal; propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo; estudar, propor e acompanhar o desenvolvimento de iniciativas necessárias a garantir a independência nacional e a defesa do Estado democrático.

3.2 Responsabilidade do Presidente da República: prerrogativas e imunidades do Presidente da República

Diferentemente do princípio da absoluta irresponsabilidade, inerente ao caráter vitalício do cargo real (*The King can do no wrong*), a

Constituição Federal prevê regras especiais de responsabilização do Presidente da República, tanto por infrações político-administrativas, quanto por infrações penais.

O Presidente da República possui imunidades formais em relação ao processo, pois somente poderá ser processado, seja por crime comum, seja por crime de responsabilidade, após o juízo de admissibilidade da Câmara dos Deputados, que necessitará do voto de 2/3 de seus membros para autorizar o processo. E, também, em relação à prisão, pois não poderá ser preso nas infrações penais comuns, enquanto não sobrevier sentença condenatória, como preceitua a Carta Magna (CF, art. 86, § 3º).

Além disto, o Presidente da República é relativamente irresponsável, pois na vigência de seu mandato, não poderá ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções, como será estudado.

A Constituição Federal também prevê para o Presidente da República prerrogativa de foro, pois somente o Supremo Tribunal Federal poderá processá-lo e julgá-lo por crimes comuns (CF, art. 102, I, *b*) e somente o Senado Federal poderá processá-lo e julgá-lo pelos chamados crimes de responsabilidade (CF, art. 52, I).

Estas previsões constitucionais de garantias e imunidades presidenciais serão estudadas ao tratarmos do processo e julgamento do Presidente da República por crimes de responsabilidade e crimes comuns, dentro da prerrogativa presidencial de foro para julgamento perante as mais altas autoridades dos demais Poderes, seja o Senado Federal, seja o Supremo Tribunal Federal, sempre, como veremos, com autorização da Câmara dos Deputados, como garantia de independência e preservação da harmonia e separação dos Poderes.

3.2.1 Crimes de responsabilidade

A. Conceito

A Constituição Federal prevê como juízo natural para processo e julgamento do Presidente da República, nos crimes de responsabilidade, o Senado Federal (art. 86), havendo, anteriormente, o juízo de admissibilidade pela Câmara dos Deputados.

Tal previsão torna-se necessária quando se analisa que a eficácia da Constituição é dependente de fatores alheios à mera vontade do legislador constituinte. Por esse motivo, a Constituição Federal não pode ficar indefesa, desprovida de mecanismos que garantam sua aplicabilidade e a defendam, principalmente, dos governantes que buscam ultrapassar os limites das funções conferidas a eles pelas normas constitucionais. Dentro deste mecanismo de defesa, que corresponde ao já citado sistema de "freios e contrapesos", temos a previsão da punição dos assim chamados crimes de responsabilidade. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o *impeachment* concretiza "o princípio republicano, exigindo dos agentes políticos responsabilidade civil e política pelos atos que praticassem no exercício do poder".[317]

Crimes de responsabilidade são infrações político-administrativas definidas na legislação federal, cometidas no desempenho da função,[318] que atentam contra a existência da União, o livre exercício dos Poderes do Estado, a segurança interna do País, a probidade da Administração, a lei orçamentária, o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais e o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

A Lei Maior prevê, no art. 85, rol meramente exemplificativo dos crimes de responsabilidade, pois o Presidente poderá ser responsabilizado por todos os atos atentatórios à Constituição Federal, passíveis de enquadramento idêntico ao referido rol, desde que haja previsão legal, pois, o brocardo *nullum crimen sine typo* também se aplica, por inteiro, ao campo dos ilícitos político-administrativos, havendo necessidade de que a tipificação de tais infrações emane de lei federal, eis que o Supremo Tribunal Federal tem entendido que a definição formal dos crimes de

responsabilidade se insere, por seu conteúdo penal, na competência exclusiva da União.[319] Nesses termos, o STF editou a Súmula Vinculante nº 46: A definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento são da competência legislativa privativa da União.

A Lei nº 1.079/50, recepcionada pela CF/88,[320] os crimes de responsabilidade do Presidente da República, de Ministros do Estado, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Procurador-Geral da República e outros, que ensejarão imposição de sanção política, ainda quando simplesmente tentados. Ressalte-se que embora os crimes de responsabilidade não tenham a mesma tipicidade específica das infrações penais, não poderão ficar de tal forma indefinidos que impossibilitem a ampla defesa.[321]

A Constituição prevê em seu art. 52, parágrafo único, as duas sanções autônomas e cumulativas a serem aplicadas na hipótese de condenação por crime de responsabilidade: *perda do cargo* e *inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública.*

Saliente-se que a *inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública,* compreende todas as funções públicas, sejam as derivadas de concursos públicos, sejam as de confiança, ou mesmo os mandatos eletivos. Desta forma, o Presidente da República condenado por crime de responsabilidade, além de perder o mandato, não poderá candidatar-se ou exercer nenhum outro cargo político eletivo nos oito anos seguintes.[322]

B. Histórico

O *impeachment* surgiu no Brasil com base na Carta de 1891, segundo o modelo norte-americano, mas com características e peculiaridades próprias, principalmente, em relação à definição dos crimes de responsabilidade, seu procedimento e julgamento que, no Brasil, serão definidos por lei ordinária.

A Constituição de Filadélfia já previa o instituto do *impeachment* (art. 1º, Seção 3ª; art. 2º, Seção 4ª), que nos Estados Unidos da América foi tentado contra o Presidente Andrew Johnson, em 1868, sem êxito, e, mais recentemente, no famoso caso *Watergate*, tendo o Presidente Nixon renunciado antes de se iniciar o processo, e contra o Presidente Bill Clinton, também sem sucesso.

No Brasil, as Leis nºs 27 e 30, de 1892, regulamentadoras dos crimes de responsabilidades cometidos pelo Presidente da República, previam a aplicação somente da pena de perda do cargo, podendo esta ser agravada com a pena de inabilitação para exercer qualquer outro cargo (art. 33, § 3º, da Constituição Federal de 1891; art. 2º da Lei nº 30, de 1892), dando à pena de inabilitação o caráter de pena acessória (Lei nº 27, de 1892, arts. 23 e 24).

Atualmente, a Lei nº 1.079/50, em seus arts. 2º, 31, 33 e 34, não prevê a possibilidade da aplicação da pena de perda do cargo, apenas, nem a pena de inabilitação assume caráter de acessoriedade (art. 52, parágrafo único, da Constituição de 1988).

C. Natureza jurídica

Em relação à natureza jurídica do *impeachment*, a maioria da doutrina nacional entende ser um instituto de natureza política. Entre os outros grandes publicistas, podemos citar Paulo Brossard,[323] Themistocles Cavalcanti,[324] Carlos Maximiliano,[325] Michel Temer.[326]

Outras posições, porém, são defendidas na doutrina. Para Pontes de Miranda, o *impeachment* possui natureza penal.[327] Apontando posição intermediária, José Frederico Marques[328] afirma ser o *impeachment* de natureza mista.

O STF reconheceu o caráter político do *impeachment*.[329]

D. Procedimento (Câmara dos Deputados e Senado Federal)

O processo dos crimes de responsabilidade e dos comuns cometidos pelo Presidente da República divide-se em duas partes: *juízo de admissibilidade do processo* e *processo e julgamento.*

O processo de responsabilidade inicia-se na Câmara dos Deputados para declarar a procedência ou improcedência da acusação. Se declarada procedente, far-se-á julgamento pelo Senado Federal.

A Constituição Federal preceitua que admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Senado Federal nos crimes de responsabilidade. Ora, a admissibilidade da acusação feita pela Câmara dos Deputados, autorizando a abertura do processo, vincula o Senado Federal no sentido de instaurar-se o devido processo legal para apuração de crime de responsabilidade, impedindo-lhe, neste momento inicial, qualquer discricionariedade política.[330]

Alterando seu posicionamento anterior, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que a Câmara dos Deputados autorizaria a instauração do processo que, porém, não vincula ao Senado Federal, que deve fazer um "juízo inicial de instauração, ou não, do processo, correspondente ao recebimento, ou não, da denúncia".[331]

Não concordamos com esse novo posicionamento do STF, uma vez que a Constituição Federal fixa a competência das duas Casas congressuais, sem qualquer possibilidade de ingerências recíprocas.

À Câmara dos Deputados compete aceitar a acusação, analisar sua viabilidade e, politicamente, a conveniência ou oportunidade de autorizar a submissão do Presidente da República ao processo perante o Senado Federal, com o consequente afastamento temporário.

Ao Senado Federal, uma vez autorizada a instauração do processo, por 2/3 dos deputados federais, compete, obrigatoriamente, iniciá-lo, porém, soberanamente decidir o mérito, ou seja, a condenação ou absolvição do Presidente da República.

D.1Câmara dos Deputados

Todo cidadão, e apenas ele, no gozo de seus direitos políticos é parte legítima para oferecer a acusação à Câmara dos Deputados. A acusação da prática de crime de responsabilidade diz respeito às prerrogativas da cidadania do brasileiro que tem o direito de participar dos negócios políticos. Da mesma forma, qualquer parlamentar ou autoridade pública poderá dar início ao procedimento, sempre, porém, na condição de cidadão. A legitimidade ativa *ad causam*, portanto, não se estende a qualquer um, mas somente às pessoas investidas no *status civitatis*, excluindo, portanto, pessoas físicas não alistadas eleitoralmente, ou que foram suspensas ou perderam seus direitos políticos (CF, art. 15) e, ainda, as pessoas jurídicas, os estrangeiros e os apátridas.

Como salienta Sampaio Dória, os deputados federais, na apreciação da admissibilidade do crime de responsabilidade, devem analisar cognitivamente duas fases: "(1) ser ou não a denúncia objeto de deliberação; e (2) proceder, ou não, a acusação da denúncia. O primeiro ato não é arbitrário. A Câmara dos Deputados, para haver, ou não, a denúncia como objeto de deliberação, tem de apreciar a gravidade dos fatos alegados e o valor das provas oferecidas. Se os fatos imputados e as razões que os ditaram são aqueles notórios, e estas sem defesa, seria injustificável não haver a denúncia por objeto de deliberação. O que não se pode evitar é o exame do assunto. O segundo ato, porém, a declaração da procedência ou improcedência da acusação, é discricionário. Não é o imperativo da lei o que decide. Mas a conveniência aos interesses da nação, a oportunidade da deposição, ainda que merecida. Entre o mal da permanência no cargo de

quem tanto mal causou e poderá repeti-lo, além do exemplo da impunidade, e o mal da deposição numa atmosfera social e política carregada de ódios, ainda que culpado o Presidente, a Câmara dos Deputados poderá isentá-lo do julgamento, dando por improcedente a acusação".[332]

Assim, o que a Câmara dos Deputados vai decidir é a conveniência político-social da permanência do Presidente da República na condução dos negócios do Estado, e não se houve cometimento de crime de responsabilidade. O critério é absolutamente político, não sendo possível análise pelo Poder Judiciário,[333] que somente poderá controlar a legalidade do procedimento.[334]

Recebida a acusação, o Presidente da Câmara a despachará para uma comissão especial eleita (que deverá ser formada em 48 horas), da qual participem, observada a respectiva proporcionalidade, representantes de todos os partidos para opinar sobre a mesma e oferecer parecer sobre a admissibilidade da acusação.

Compete ao Presidente da Câmara dos Deputados a análise sobre o recebimento da acusação, nos termos regimentais,[335] podendo, inclusive, rejeitar monocraticamente a acusação, com possibilidade de recurso ao Plenário da Casa.[336]

Na sequência, em 48 horas após a publicação será incluído o relatório, em primeiro lugar, na ordem do dia da Câmara dos Deputados, para uma única discussão e votação nominal e aberta,[337] sendo necessários 2/3 (dois terços) dos membros da Casa Legislativa para admissibilidade da acusação.

A acusação formalmente oferecida à Câmara dos Deputados coloca o Presidente da República na condição de acusado, e, como tal, com direito à ampla defesa e contraditório, que remonta à *Magna Charta Libertatum* de 1215 (art. 39), nos termos da Constituição Federal, incorporados como princípios fundamentais do processo e de tamanha importância, que apresentam duas faces, uma formal, outra substancial. A primeira, consistente na sujeição de qualquer questão que fira a liberdade ou os bens

da pessoa ao crivo do juiz natural, num processo contraditório, em que se assegure a ampla defesa. A segunda importando em que as normas aplicadas quanto ao objeto do litígio não sejam arbitrárias e desarrazoadas; portanto, injustas.

Ressalte-se que o devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, conforme o texto constitucional expresso, inclusive ao Presidente da República no procedimento de *impeachment*, tanto na fase de deliberação sobre a admissibilidade da acusação, perante a Câmara dos Deputados, quanto na fase de processo e julgamento, perante o Senado Federal.

O art. XI, nº 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem garante:

> "Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa."

Assim, o direito de ampla defesa ou a cláusula constitucional do *due process of law* exige a bilateralidade, permitindo o contraditório nos procedimentos e vedando que alguém possa ser condenado sem ser ouvido ou que seja imposta alguma penalidade sem que se consagre ao imputado a possibilidade de exercer sua defesa.[338] Lembremo-nos que, admitida a acusação pela Câmara, com posterior início do processo no Senado, o Presidente sofrerá uma sanção, correspondente ao afastamento de suas funções.

Ora, a denúncia oferecida à Câmara dos Deputados, imputando ao Presidente da República a prática de crime de responsabilidade, coloca-o na posição de acusado, e, consequentemente, outorga-lhe o direito à ampla

defesa, ao contraditório, ao devido processo legal; pode, pois, produzir provas, por meio de testemunhas, documentos e perícias.[339] Admitida a acusação pela Câmara dos Deputados e iniciado o processo perante o Senado Federal, o Presidente da República será suspenso de suas funções, somente retornando ao pleno exercício das mesmas, se absolvido for, ou se, decorrido o prazo de 180 dias, o julgamento não estiver concluído, quando, então, cessará o afastamento, sem prejuízo do regular prosseguimento do processo (CF, art. 86, §§ 1º e 2º).

O Supremo Tribunal Federal corroborou este posicionamento concedendo liminar em mandado de segurança[340] impetrado pelo Presidente da República para assegurar-lhe prazo de 10 sessões para oferecimento da defesa, com base na aplicação analógica do art. 217 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados que, no caso de autorização da Câmara para o Supremo processar o presidente por crime comum, lhe confere o referido prazo. Pela importância jurídica e histórica da decisão, transcrever-se-á a seguir a emenda relatada pelo ministro Octavio Gallotti:

> CONSTITUCIONAL. "IMPEACHMENT". PROCESSO E JULGAMENTO: SENADO FEDERAL. ACUSAÇÃO: ADMISSIBILIDADE: CÂMARA DOS DEPUTADOS. DEFESA. PROVAS: INSTÂNCIA ONDE DEVEM SER REQUERIDAS. VOTO SECRETO E VOTO EM ABERTO. RECEPÇÃO PELA CF/88 DA NORMA INSCRITA NO ART. 23 DA LEI 1.079/50. REVOGAÇÃO DE CRIMES DE RESPONSABILIDADE PELA EC 4/61. REPRISTINAÇÃO EXPRESSA PELA EC N. 6/63. C. F., ART. 5º, LV; ART. 51, I; ART. 52, I; ART. 86, "CAPUT", PAR. 1., II, PAR. 2.; EMENDA CONSTITUCIONAL N. 4, DE 1961; EMENDA CONSTITUCIONAL N. 6, DE 1963. LEI N. 1.079/50, ART. 14, ART. 23.

– “Impeachment” do Presidente da República: Compete ao Senado Federal processar e julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade (C. F., Art. 52, I; Art. 86, Par. 1º, II), depois de autorizada, pela Câmara dos Deputados, por dois terços de seus membros, a instauração do processo (C. F., Art. 51, I), ou admitida a acusação (C. F., Art. 86). É Dizer: O “Impeachment” do Presidente da República será processado e julgado pelo Senado. O Senado e não mais a Câmara dos Deputados formulará a acusação (Juízo de Pronúncia) e proferirá o julgamento (C. F., Art. 51, I; Art. 52, I; Art. 86, Par. 1., II, Par. 2.).

II – No Regime da Carta de 1988, A Câmara dos Deputados, diante da denúncia oferecida contra o Presidente da República, examina a admissibilidade da acusação (C. F., Art. 86, “Caput”), podendo, portanto, rejeitar a denúncia oferecida na forma do art. 14 da Lei 1.079/50.

No procedimento de admissibilidade da denúncia, a Câmara dos Deputados profere juízo político. *Deve ser concedido ao Acusado prazo para defesa, defesa que decorre do princípio inscrito no Art. 5., LV, da Constituição,* observadas, entretanto, as limitações do fato de a acusação somente materializar-se com a instauração do processo, no Senado. Neste é que a denúncia será recebida, ou não, dado que, no Senado ocorre, apenas, a admissibilidade da acusação, a partir da edição de um juízo político, em que a Câmara verificará se a acusação é existente, se tem ela base em alegações e fundamentos plausíveis, ou se a notícia do fato reprovável tem razoável procedência, não sendo a acusação simplesmente fruto de quizílias ou desavenças políticas. Por isso, será na esfera institucional do Senado, que processa e julga o Presidente da República, nos crimes de responsabilidade, que este poderá promover as indagações probatórias admissíveis.

IV – *Recepção, pela CF/88, da norma inscrita no art. 23 da Lei 1.079/50. Votação Nominal, Assim ostensiva (RI/Câmara dos Deputados, Art. 187, Par. 1º, VI).*

– Admitindo-se a revogação, pela EC N. 4, de 1961, que instituiu o sistema parlamentar de governo, dos crimes de responsabilidade não tipificados no seu artigo 5º, como fizera a CF/46, Art. 89, V a VIII, certo é que a EC N. 6, de 1963, que revogou a EC N. 4, de 1961, restabeleceu o sistema presidencial instituído pela CF/46, salvo o disposto no seu art. 61 (EC N. 6/63, Art. 1.). É dizer: Restabelecido tudo quanto Constava da CF/46. No tocante ao sistema presidencial de governo, ocorreu repristinação expressa de todo o sistema.

– Mandado de Segurança deferido, em parte, para o fim de assegurar ao impetrante o prazo de dez sessões, para apresentação de defesa.

D.2Senado Federal

Em novo procedimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal, para o *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff,[341] diferentemente do que a Corte havia fixado para o *impeachment* do Presidente Collor de Melo, recebida pela Mesa do Senado a autorização da Câmara para instauração do processo, será o documento lido na hora do expediente da sessão seguinte e, iniciado um procedimento para efetiva instauração do processo, no qual os Senadores irão decidir pelo recebimento, ou não, da denúncia, por maioria simples.

Recebida a denúncia, na mesma sessão, será eleita comissão, constituída por 1/4 da composição do Senado, obedecida a proporcionalidade da Casa, que se torna, a partir disto, um Tribunal Político de colegialidade heterogênea, visto que composto por todos os senadores,

mas presidido por autoridade estranha ao Poder Legislativo, ou seja, o Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Posteriormente, haverá nova deliberação por maioria simples, quanto à pronúncia, e uma deliberação final por 2/3, quanto à procedência, ou não, da acusação.

Instaurado o processo pelo Senado, que, segundo nova orientação do Supremo Tribunal Federal, não está vinculado à admissibilidade decidida pela Câmara dos Deputados, o Presidente fica suspenso de suas funções (art. 86, § 1º, II, da Constituição Federal), pelo prazo máximo de 180 dias, findo o qual o processo prosseguirá, porém com o retorno do Presidente às suas funções.

Reiteramos nossa discordância com essa alteração de interpretação feita pelo Supremo Tribunal Federal, pois entendemos não existir lógica em possibilitar-se que, após realizado o juízo de admissibilidade por 2/3 dos membros da Câmara dos Deputados, o Senado Federal realizasse nova análise, deixando de instaurar o processo, em flagrante usurpação e desrespeito à competência da outra Casa Legislativa.

A comissão processante realizará as diligências que entender necessárias ao esclarecimento da imputação feita ao Presidente da República (art. 20 da Lei nº 1.079/50), garantindo-lhe o contraditório e a ampla defesa.

A comissão encerrará seu trabalho com o fornecimento do libelo acusatório, que será anexado ao processo e entregue ao Presidente do Senado, para remessa, em original, ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, com a comunicação do dia designado para o julgamento.

A defesa será intimada para contestação ao libelo, apresentação de novas testemunhas e provas pertinentes.

Na sessão plenária do Senado Federal, o Presidente do Supremo Tribunal Federal mandará ler o processo preparatório, o libelo e os artigos

de defesa, inquirirá as testemunhas (qualquer membro da comissão ou do Senado, o acusado e os advogados poderão fazer perguntas).

Haverá debates orais, pelo prazo fixado pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, no máximo duas horas para cada parte.

Findos os debates, abrir-se-á etapa para discussão dos senadores.

Após, o Presidente do Supremo Tribunal Federal fará relatório resumido da denúncia e das provas de acusação e defesa e submeterá a votação nominal dos senadores, entendida como aberta,[342] cuja condenação somente poderá ser proferida por 2/3 dos votos do Senado Federal, acarretando a perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis (art. 52, parágrafo único, da Constituição Federal).

A sentença será por meio de resolução do Senado Federal (art. 35 da Lei nº 1.079/50).

Relembre-se, como já citado, que a *inabilitação para o exercício de função pública* decorrente da perda do cargo de Presidente da República por crime de responsabilidade (CF, art. 52, parágrafo único), compreende, inclusive, a impossibilidade do exercício de cargo ou mandato eletivo.[343]

E. Renúncia e *extinção do procedimento de* impeachment

O Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão em sede de mandado de segurança.[344] Conforme consta no relatório do voto do Ministro Paulo Brossard:

> "A 1-9-92 foi apresentada denúncia contra o então Presidente da República pela prática de crimes de responsabilidade, que melhor se denominariam infrações constitucionais ou político-administrativas, pois não são figuras de que trata o Direito Criminal, mas o Direito Constitucional; as infrações apontadas são as descritas nos nºs IV e VI do art. 85 da CF e nos arts. 8º, nº

7 e 9º, nº 7, da Lei 1.079/50; na forma da lei, Comissão Especial da Câmara emitiu parecer no sentido da processabilidade da denúncia e da vênia para o Senado processar e julgar o Presidente denunciado, art. 51, I, da CF. Amplamente discutido, o parecer foi aprovado por 441 votos contra 38; houve uma abstenção e 23 deputados estiveram ausentes; desse modo, foi largamente coberta a exigência de 2/3 dos votos da Câmara para a autorização complementar-se, Constituição, art. 51, I. Instaurado o processo pelo Senado, o Presidente ficou suspenso de suas funções, Constituição, art. 86, § 1º, II, e a Câmara Alta passou a ser presidida pelo Ministro Presidente do STF, Constituição, art. 52, parágrafo único. A 29 de dezembro dar-se-ia o julgamento da autoridade processada; da totalidade dos senadores, 81 estavam presentes; iniciada a sessão, o advogado do Presidente leu a renúncia deste, DCN de 30-12-92, p. 2.738, e pediu o encerramento do processo; a totalidade dos senadores. Esgotada a relação dos oradores inscritos, o Ministro Presidente do STF e do Tribunal de *Impeachment* suspendeu a sessão por 15 minutos, passados os quais procedeu a votação a respeito das teses em discussão, a clausura do processo ou seu prosseguimento; a totalidade dos senadores, 81, estava presente; destes, *73 votaram pela continuação do processo*, 8 por seu encerramento, DCN de 30-12-92, p. 2.782 e 2.783; nenhuma abstenção, nenhuma ausência; decidido que a renúncia não excluía a inabilitação por 8 anos, de que cuida a Constituição, art. 52 parágrafo único, 76 senadores por ela votaram, sendo três os votos contrários; nenhuma abstenção, duas ausências, DCN de 30-12-92, p. 2.929 e 2930. A decisão do Senado cristalizou-se na Res. 101, de 1992, deste teor: ‘Dispõe sobre sanções no Processo de *Impeachment*

contra o Presidente da República, Fernando Affonso Collor de Mello, e dá outras providências'."

O Senado Federal resolve:

> Art. 1º É considerado prejudicado o pedido de aplicação da sanção de perda do cargo de Presidente da República, em virtude da renúncia ao mandato apresentada pelo Sr. Fernando Affonso Collor de Mello e formalizada perante o Congresso Nacional, ficando o processo extinto nessa parte.
>
> Art. 2º É julgada procedente a denúncia por crimes de responsabilidade, previstos nos arts. 85, incs. IV e V, da CF, e arts. 8º, item 7, e 9º, item 7 da Lei 1.079, de 10-4-50.
>
> Art. 3º Em consequência do disposto no artigo anterior é imposta ao Sr. Fernando Affonso Collor de Mello, nos termos do art. 52, parágrafo único, da CF, a sanção de inabilitação, por 8 anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.
>
> Art. 4º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação". DCN, 30-12-92, p. 2.727.

A defesa do então Presidente ajuizou o mandado de segurança no Supremo Tribunal Federal alegando que a renúncia extinguiria o procedimento de *impeachment*, tendo o Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança nº 21.689-1, por maioria de votos, decidido que a renúncia ao cargo, apresentada na sessão de julgamento, quando já iniciado este, não paralisa o processo de *impeachment*.[345]

Da seguinte maneira manifestou-se o Pretório Excelso, em decisão histórica (MS nº 21.689-1):

"EMENTA: Constitucional. *Impeachment.* Controle Judicial. *Impeachment* do Presidente da República. Pena de inabilitação para o exercício de função pública. CF, art. 52, parágrafo único; Lei nº 27, de 7-1-1892; Lei nº 30, de 8-1-1892. Lei nº 1.079, de 1950.

I – Controle judicial do *impeachment*: possibilidade, desde que se alegue lesão ou ameaça a direito. CF, art. 5º, XXXV. Presidente do STF: MS nº 20.941-DF (RTJ 142/88); MS nº 21.564-DF e MS nº 21.623-DF.

II – O *impeachment* no Brasil, a partir da Constituição de 1891, segundo o modelo americano, mas com características que o distinguem deste: no Brasil, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, lei ordinária definirá os crimes de responsabilidade, disciplinará a acusação e estabelecerá o processo e o julgamento.

III – Alteração do direito positivo brasileiro a Lei nº 27, de 1892, art. 3º, estabelecia: a) o processo de *impeachment* somente poderia ser intentado durante o período presidencial; b) intentado, cessaria quando o Presidente, por qualquer motivo, deixasse definitivamente o exercício do cargo. A Lei nº 1.079, de 1950, estabelece, apenas, no seu art. 15, que a denúncia só poderá ser recebida enquanto o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo.

IV – No sistema do direito anterior à Lei nº 1.079, de 1950, isto é, no sistema das Leis nºs 27 e 30, de 1892, era possível a aplicação tão somente da pena de perda do cargo, podendo esta ser agravada com a pena de inabilitação para exercer qualquer outro cargo (Constituição Federal de 1891, art. 33, § 3º; Lei nº 30, de 1892, art. 2º), emprestando-se a pena de inabilitação o caráter de pena acessória (Lei nº 27, de 1892, artigos 23 e 24).

No sistema atual, da Lei nº 1.079, de 1950, não é possível a aplicação da pena de perda do cargo, apenas, nem a pena de inabilitação assume caráter de acessoriedade (CF, 1934, art. 58, § 7º; CF, 1946, art. 62, § 3º; CF, 1967, art. 44, parágrafo único; EC nº 1/69, art. 42, parágrafo único; CF, 1988, art. 52, parágrafo único. Lei nº 1.079, de 1950, artigos 2º, 31, 33 e 34).

V – A existência, no *impeachment* brasileiro, segundo a Constituição e o direito comum (CF, 1988, art. 52, parágrafo único; Lei nº 1.079, de 1950, artigos 2º, 33 e 34), de duas penas: a) perda do cargo; b) inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública.

VI – A renúncia ao cargo, apresentada na sessão de julgamento, quando já iniciado este, não paralisa o processo de *impeachment.*

VII – Os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade administrativa (CF, art. 37).

VIII – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal relativamente aos crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, na forma do Decreto-lei nº 201, de 27-2-1967. Apresentada a denúncia, estando o Prefeito no exercício do cargo, prosseguirá a ação penal, mesmo após o término do mandato, ou deixando o Prefeito, por qualquer motivo, o exercício do cargo.

IX – Mandado de segurança indeferido (Mandado de Segurança nº 21.689-1/ maioria de votos, *Diário da Justiça*, p. 18.871, sexta-feira, 7 abr. 1995).”

No mesmo sentido a doutrina já apontava, como ressaltado por Michel Temer, que a renúncia, quando

> "já iniciado o processo de responsabilização política, tornaria inócuo o dispositivo constitucional se fosse obstáculo ao prosseguimento da ação. Basta supor a hipótese de um Chefe de Executivo que, próximo do final de seu mandato, pressentisse a inevitabilidade da condenação. Renunciaria e, meses depois, poderia voltar a exercer função pública... Assim, havendo renúncia, o processo de responsabilização deve prosseguir para condenar ou absolver, afastando, ou não, sua participação da vida pública pelo prazo de oito anos".[346]

F. Poder Judiciário e possibilidade de alteração da decisão do Senado Federal, no caso de crime de responsabilidade do Presidente da República

O Supremo Tribunal Federal, no citado Mandado de Segurança, por maioria de votos, decidiu pela impossibilidade de o Poder Judiciário alterar a decisão do Senado Federal.[347]

Importante transcrever trecho do voto proferido pelo Ministro Paulo Brossard:

> "A minha conclusão não decorre do fato de tratar-se de questão política, como por vezes se diz, ou *interna corporis*. Embora o processo seja marcadamente político, a sanção política, as infrações políticas, isto não importa em associar-se o *impeachment* às questões meramente, puramente ou exclusivamente políticas, segundo o sentido que essas expressões têm na linguagem do Direito Constitucional. O meu entendimento se funda no fato de a constituição haver reservado ao Senado toda a jurisdição a respeito da matéria, e excluído, por conseguinte, a interferência do Poder Judiciário. Não fora assim e

a última palavra, direta ou indiretamente, seria dada pelo STF e não pelo Senado.

O mandado de segurança se funda em um fato, o de ter o Senado decretado a inabilitação do ex-Presidente depois de sua renúncia. A tese é interessante; tenho sustentado entendimento que não foi vitorioso no Senado, o qual, por expressiva maioria, 73 em 81, e baseado em autores nacionais e estrangeiros, de reconhecida autoridade, entendeu que a renúncia, aliás, anunciada depois de iniciado o julgamento, não vedava prosseguisse ele para a aplicação concreta da sanção constitucional, que de outro modo ficaria frustrada pelo arbítrio de uma pessoa. Fez bem o Senado em assim decidir? Não me cabe apreciar o acerto ou o desacerto da Câmara Alta; bem ou mal ela decidiu assim e só ela podia fazê-lo. Como sustentei em meu estudo, a própria exegese e construção das cláusulas constitucionais referentes ao *impeachment* são feitas pela Câmara e pelo Senado, *O impeachment,* nº 120, p. 151. Pode o STF interferir no mérito do julgamento que compete ao Senado fazer, e reformar sua decisão, como pretende o impetrante, sob o fundamento de que ela decorre de uma exegese menos feliz e de uma orientação doutrinária menos louvável? Não me parece que isto possa ser feito. A verdade é que, ao cabo de amplo debate, duas teses foram expostas e defendidas e o Senado, por impressionante maioria, 71 a 9, optou por uma delas, a que concluía pelo prosseguimento do processo. Não é a minha, mas, devo reconhecê-lo, tem autorizados defensores, nacionais e norte-americanos.

Decidindo como decidiu, o Senado, não ofendeu nenhum preceito de lei, limitando-se a endossar uma interpretação jurídica que eu não defendo, mas que, tenho de reconhecer, é defendida por autoridades respeitáveis. Note-se, outrossim, que

não perdura o disposto no art. 3º da Lei nº 27/1892, segundo o qual o processo de que trata esta lei só poderá ser intentado durante o período presidencial e cessará quando o Presidente, por qualquer motivo, deixar definitivamente o exercício do cargo. Quer dizer, a lei brasileira de então consagrou o entendimento de certa corrente de opinião, numerosa e ilustre, que nos Estados Unidos assim pensava. De maneira diferente, no entanto, veio a dispor o art. 15 da Lei nº 1.079/50: a denúncia só poderá ser recebida enquanto o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo.

O Senado não trateou nenhuma lei; terá adotado a doutrina menos defensável? Não sei; o que sei é que consagrou um entendimento, que não é o meu, mas que tem o sufrágio de autores ilustres. Cuido que a doutrina vitoriosa no Senado não seja a melhor; isto não me autoriza, porém, a deferir o mandado de segurança pleiteado pelo ex-Presidente. *Em outras palavras, não posso reformar a decisão do Senado prolatada em matéria de sua exclusiva competência e no exercício de sua original e conclusiva jurisdição*. Em verdade, as leis não concebem recurso algum da decisão do Senado para qualquer outra Corte, nem mesmo para o próprio Senado; nem a rescisória é admitida; o judiciário, originariamente ou em grau de recurso, não pode conhecer da matéria, dado que a Constituição, bem ou mal, reservou para o Senado e exclusivamente para ele conhecer e decidir acerca do assunto.

JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, firmada de 1895 a 1937, *O impeachment*, nº 57, p. 83-85, nºs 127 a 136, p. 155-162, assim como a lição dos nossos maiores constitucionalistas, Rui Barbosa, *Comentários à Constituição*, III, 176; Barbalho, *Constituição Federal brasileira*, 1902, p. 100

e 240; Felinto Bastos, *Manual do direito público e constitucional*, 1914, p. 395; Maximiliano, *Comentários*, 1929, nos 391, p. 643, nº 282; p. 398-9, nota 5; nº 455, p. 796; Lacerda, *Princípios do direito constitucional*, 1929, II, nº 631, p. 470; Hely Lopes Meirelles, *Direito municipal brasileiro*, 1964, II, 566 e 567.

É que o Senado, quando julga o Presidente da República, não procede como órgão legislativo, mas como órgão judicial, exercendo jurisdição recebida da constituição, e de cujas decisões não há recurso para nenhum tribunal.

Isto nada tem de inaudito. Da decisão do STF nas infrações penais comuns em que figure como acusado o Presidente da República (bem como o Vice-presidente, os membros do Congresso, os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República), art. 102, I, *a*, da CF, também não há recurso algum, nem para outro tribunal, nem para o Senado.

Por mais eminentes que sejam as atribuições do STF, e o são, ele não é curador do Senado e sobre ele não exerce curatela. No particular, a constituição traçou, com nitidez matemática, as atribuições privativas do Senado e do Poder Judiciário. Aliás, penso não ser inoportuno lembrar que o Senado e só o Senado pode processar e julgar os Ministros do STF nos delitos de responsabilidade. Os Ministros do STF, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União, art. 52, II, da CF."

3.2.2 Crimes comuns

A Lei nº 8.038/90 institui normas procedimentais para os processos em face do Presidente, por crimes comuns, perante o Supremo Tribunal Federal, complementadas pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal – arts. 230 a 246.

Nos crimes comuns, o Presidente da República será processado e julgado pelo Supremo Tribunal Federal, depois que a Câmara dos Deputados declarar procedente a acusação (art. 86 da Constituição Federal), exercendo um juízo de admissibilidade político, conforme já analisado no caso de crimes de responsabilidade.[348] Com relação à necessidade de autorização prévia da Câmara dos Deputados, o STF decidiu que: "A imunidade formal prevista no art. 51, I, e no art. 86, caput, da Constituição Federal, tem por finalidade tutelar o exercício regular dos cargos de Presidente da República e de Ministro de Estado, razão pela qual não é extensível a codenunciados que não se encontram investidos em tais funções" (STF, Pleno, Inq 4483 AgR-segundo-DF e Inq 4327 AgR-segundo-DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 14 e 19-12-2017 (Inq 4483 e Inq 4327). A necessidade de licença não impede o inquérito policial, nem tampouco o oferecimento da denúncia, porém, apenas impede o seu recebimento, que é o primeiro ato de prosseguimento praticado pelo Supremo Tribunal Federal.[349]

A abrangência desta prerrogativa constitucional de foro do Presidente da República relaciona-se com a locução *"crimes comuns",* prevista no art. 102, inciso I, *b* e *c*, da Constituição Federal, cuja definição o Supremo Tribunal Federal já assentou, pacificamente, abranger todas as modalidades de infrações penais,[350] estendendo-se aos delitos eleitorais,[351] alcançando, até mesmo, os crimes contra a vida e as próprias contravenções penais.[352] É a mesma posição pacificamente adotada pelo Tribunal Superior Eleitoral, em relação ao cometimento de crimes eleitorais pelas autoridades que tenham foro privilegiado no Supremo Tribunal Federal.[353]

Ressalte-se a inexistência de foro privilegiado para as ações populares, ações civis públicas e ações por ato de improbidade administrativa movidas contra o Presidente da República.[354]

Ocorre que estes crimes comuns *lato sensu*, para permitirem a persecução penal durante o mandato presidencial, devem ter sido cometidos

na sua vigência e, ainda, tratar-se de ilícitos penais praticados *in officio* ou cometidos *propter officium.*

A Constituição Federal, assim, estabelece como prerrogativa presidencial irresponsabilidade relativa às infrações penais cometidas antes do início do exercício do mandato, ou mesmo que, cometidas durante o exercício do mandato, não apresentem correlação com as funções de Presidente da República, consagrando regra de *irresponsabilidade penal relativa*, pois o Chefe do Estado, nos ilícitos penais praticados *in officio* ou cometidos *propter officium*, poderá, ainda que vigente o mandato presidencial, sofrer a *persecutio criminis*, desde que obtida, previamente, a necessária autorização da Câmara dos deputados, nos termos a seguir analisados.

A questão foi detalhadamente analisada e decidida pelo Supremo Tribunal Federal[355] e, pela importância, pedimos *venia* para transcrevê-la parcialmente:

> *"Ação penal – Presidente da República – Atos estranhos à função presidencial – Fatos supostamente delituosos cometidos durante a campanha eleitoral de 1989 – CF, art. 86, § 4º – Disciplina do tema no direito comparado – Imunidade temporária do chefe do Estado à persecução penal em juízo – Prerrogativa constitucional não afetada pela instauração do processo de Impeachment no Senado Federal – Incompetência do Supremo Tribunal Federal – Devolução dos autos à origem.*
>
> *O art. 86, § 4º, da Constituição, ao outorgar privilégio de ordem político-funcional ao Presidente da República, exclui-o, durante a vigência de seu mandato – e por atos estranhos ao seu exercício – da possibilidade de ser ele submetido, no plano judicial, a qualquer ação persecutória do Estado.*

A cláusula de exclusão inscrita nesse preceito da Carta Federal, ao inibir a atividade do Poder Público, em sede judicial, alcança as infrações penais comuns praticadas em momento anterior ao da investidura no cargo de Chefe do Executivo da União, bem assim aquelas praticadas na vigência do mandato, desde que estranhas ao ofício presidencial.

A norma consubstanciada no art. 86, § 4º, da Constituição, reclama e impõe, em função de seu caráter excepcional, exegese estrita, do que deriva a sua inaplicabilidade a situações jurídicas de ordem extrapenal.

A Constituição do Brasil não consagrou, na regra positivada em seu art. 86, § 4º, o princípio da irresponsabilidade penal absoluta do Presidente da República. O Chefe de Estado, nos ilícitos penais praticados in officio *ou cometidos* propter officium*, poderá, ainda que vigente o mandato presidencial, sofrer a* persecutio criminis*, desde que obtida, previamente, a necessária autorização da Câmara dos deputados.*

.....
.....

Embora irrecusável a posição de grande eminência do Presidente da República no contexto político-institucional emergente de nossa Carta Política, impõe-se reconhecer, até mesmo como decorrência do princípio republicano, a possibilidade de responsabilizá-lo, penal e politicamente, pelos atos ilícitos que eventualmente venha a praticar no desempenho de suas magnas funções.

.....
.....

Somente estão abrangidas pelo preceito inscrito no § 4º do art. 86 da Carta Federal as infrações penais comuns eventualmente

cometidas pelo Chefe do Poder Executivo da União que não guardem – ainda que praticada na vigência do mandato – qualquer conexão com o exercício do ofício presidencial.

Os ilícitos penais cometidos em momento anterior ao da investidura do candidato eleito na Presidência da República – exatamente porque não configuram delicta in officio *– também são alcançados pela norma tutelar positivada no § 4º do art. 86 da Lei Fundamental, cuja eficácia subordinante e imperativa inibe provisoriamente o exercício, pelo Estado, do seu poder de persecução criminal".*[356]

Essa irresponsabilidade é relativa a determinadas infrações penais, não se lhe aplicando em relação a responsabilidade civil, administrativa, fiscal ou tributária.[357]

Distribuído o inquérito ao ministro-relator e tratando-se da hipótese acima analisada será declarada a irresponsabilidade relativa temporária do Chefe do Estado, havendo a suspensão da prescrição, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, a partir do reconhecimento desta imunidade.[358]

Não incidindo a referida imunidade e tratando-se de crime de ação penal pública, o STF encaminhará ao Procurador-Geral da República, que terá 15 dias para oferecer a denúncia ou requerer o arquivamento.

Na hipótese de um pronunciamento do Procurador-Geral no sentido do arquivamento de inquérito, tem-se um juízo negativo acerca de prática delitiva, exercido por quem, de modo legítimo e exclusivo, detém a *opinio delicti* a partir da qual é possível, ou não, instrumentalizar a *persecutio criminis*. Por esta razão, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal determina que tal pronunciamento deve ser acolhido sem que se questione ou se adentre no mérito da avaliação deduzida pelo titular da ação penal (Inq. nº 535-5/DF), determinando-se, com base no art. 21, XV, do RI/STF e no art. 3º, I, da Lei nº 8.038/90, o arquivamento do inquérito policial.[359]

Assim, tendo o Ministério Público requerido o arquivamento no prazo legal, não cabe ação privada subsidiária, ou a título originário (CPP, art. 29, CF, art. 5º, LIX).[360]

Se o inquérito versar sobre a prática de crime de ação privada, o relator determinará seja aguardada a iniciativa do ofendido ou de quem por lei esteja autorizado a oferecer queixa.

Oferecida denúncia ao Supremo Tribunal Federal, haverá necessidade de admissibilidade da acusação pela Câmara dos Deputados, antes da qual é vedado à Corte qualquer ato jurisdicional destinado a persecução penal em juízo.[361]

A solicitação do Presidente do Supremo Tribunal para instauração de processo, nas infrações penais comuns, contra o Presidente, será instruída com cópia integral dos autos da ação penal originária. Recebida a solicitação, o Presidente da Câmara despachará o expediente à Comissão de Constituição e Justiça e de Redação.

Na Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, o acusado ou seu defensor terá o prazo de dez sessões para apresentar defesa escrita e indicar provas. Se a defesa não for apresentada, o Presidente da Comissão nomeará defensor dativo para oferecê-la, no mesmo prazo.

Apresentada a defesa, a Comissão procederá às diligências e à instrução probatória que entender necessárias, findas as quais proferirá parecer no prazo de dez sessões, concluindo pelo deferimento ou indeferimento do pedido de autorização e oferecendo o respectivo projeto de resolução.

Se, da aprovação do parecer por dois terços da totalidade dos membros da Casa, resultar admitida a acusação, considerar-se-á autorizada a instauração do processo, na forma do projeto de resolução proposto pela Comissão. A decisão será comunicada pelo Presidente da Câmara dos Deputados ao Supremo Tribunal Federal dentro de duas sessões.

Autorizada a instauração pela Câmara dos Deputados, o relator, antes do recebimento ou da rejeição da denúncia ou da queixa, mandará notificar o acusado para oferecer resposta escrita no prazo de 15 dias.

Apresentada ou não a resposta, o relator pedirá dia para que o Plenário delibere sobre o recebimento ou rejeição da denúncia ou da queixa, sendo facultada sustentação oral. Poderá, ainda, o Plenário deliberar sobre a improcedência da acusação, se a decisão não depender de outras provas (julgamento antecipado do mérito).

Recebida a denúncia ou a queixa, o Relator designará dia e hora para o interrogatório, mandando citar o acusado e intimar o Procurador-Geral da República.

Ressalte-se que o Presidente da República, nas infrações penais comuns, possui garantia constitucional referente à impossibilidade de ser preso enquanto não sobrevier sentença condenatória, nos termos do art. 86, § 3º, da Constituição Federal.

O Presidente ficará suspenso de suas funções, nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal, pelo prazo máximo de 180 dias, sem prejuízo do regular prosseguimento do processo (art. 86 da Constituição Federal).

Diferentemente do Senado Federal nos crimes de responsabilidade, o Supremo Tribunal Federal não está obrigado a receber a denúncia ou queixa oferecida contra o Presidente da República, mesmo que haja autorização de 2/3 da Câmara dos Deputados para iniciar-se o processo. Trata-se de respeito à Separação dos Poderes (CF, art. 2º).

O próprio relator realizará o interrogatório, havendo prazo de cinco dias para a defesa prévia, sendo designada audiência para oitiva das testemunhas de acusação e defesa.

Após a audiência, haverá intimação das partes para requerimento de diligências em cinco dias e alegações finais em 15 dias, sucessivamente.

Na Sessão Plenária, haverá sustentação oral das partes, pelo prazo de uma hora, seguindo-se a votação.

A. Presidente da República e perda do cargo em razão de condenação criminal decretada pelo Supremo Tribunal Federal

Para Michel Temer,[362] o Presidente perderá o cargo tanto em razão da prática de crime de responsabilidade como de crime comum, pois não tem sentido que se afaste das funções quando da admissão da acusação pela Câmara e volte a elas, com a condenação do Senado Federal. Para José Afonso da Silva,[363] nesse caso, a condenação do Presidente importa em consequência de natureza penal e somente por efeitos reflexos e indiretos implica perda do cargo, à vista do disposto no art. 15, III, da CF.

Convencemo-nos, diferentemente do sustentado nas duas primeiras edições dessa obra, que, em virtude da autoaplicabilidade do art. 15, inciso III, da Constituição Federal,[364] que somente é excetuado em relação aos parlamentares federais (CF, art. 55, inciso VI), a decisão condenatória com trânsito em julgado acarretará a suspensão dos direitos políticos do Presidente da República e, consequentemente, a cessação imediata de seu mandato.[365]

Conforme afirmado pelo Ministro-relator Nelson Jobim, "se o STF receber a denúncia ou queixa, o Presidente ficará suspenso de suas funções (CF, art. 86, § 1º, I). Condenado, o Presidente sujeitar-se-á à prisão (CF, art. 86, § 3º). Nessa hipótese, perde ele os direitos políticos e *por efeitos reflexos e indiretos implica a perda do cargo, à vista do disposto do art. 15, III,* diz JOSÉ AFONSO DA SILVA. São os efeitos extrapenais da sentença condenatória. A perda do mandato decorrerá da própria condenação, como determina a regra constitucional (art. 15, III). Não depende da deliberação das Casas do Congresso Nacional. Não depende de outra manifestação do próprio STF. É efeito constitucional da condenação".[366]

Em relação à condenação criminal com trânsito em julgado e perda de mandato eletivo, consultar Capítulo 7, item 9.2.2.

B. Imunidades do Executivo e Governadores

A exigência constitucional de admissão da acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, para que possa ser submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns não se aplica aos Governadores de Estado, sendo inconstitucionais as previsões das constituições estaduais nesse sentido.[367]

As previsões excepcionais do legislador constituinte originário, que afastaram a aplicação imediata do princípio republicano ao Presidente da República, com a previsão de obstáculos à possibilidade de responsabilização penal integral, prisões processuais e início da persecução penal em juízo, são exclusivas da mais alta autoridade do País, por sua condição de Chefe de Estado e Chefe de Governo e pelas peculiares funções exercidas. Não se trata, portanto, de princípios constitucionais extensíveis, nem podem ser estabelecidos pelos Estados-Membros como base na simetria, por afrontarem o princípio sensível da "forma republicana" (CF, art. 34, VII), conforme denominação de Pontes de Miranda e que constitui a mais importante das limitações à autonomia de auto-organização dos Estados.[368]

As previsões de normas definidoras de obstáculos à imediata aplicação da lei processual penal e penal devem sempre estar expressas na Constituição Federal, pois afastam a incidência imediata do princípio republicano de plena responsabilização dos agentes públicos e da igualdade de todos perante a lei, não sendo possível a aplicação por simetria aos Governadores de Estado ou Distrito Federal, por previsão nas respectivas Cartas locais.

Em que pesem os sólidos fundamentos da posição anterior do Supremo Tribunal Federal pela constitucionalidade dessa extensão,[369] na presente hipótese ocorreu verdadeira mutação constitucional, pois a evolução da interpretação não deve desconhecer a real e efetiva aplicação da norma e seus reflexos em relação aos princípios constitucionais estruturais. As razões justificadoras da aplicação simétrica aos governadores da regra prevista ao Presidente da República da previsão não mais estão presentes em face da degeneração do espírito dessas normas-obstáculos previstas nas constituições estaduais, corrompidas por sua utilização, desvirtuadas em sua personalidade, pois sua aplicação prática e seus reflexos estão em flagrante antagonismo com diversos princípios da Constituição Federal, devendo, portanto, ser afastadas do ordenamento jurídico.

É inconstitucional a extensão das previsões excepcionais que afastaram a aplicação imediata do princípio republicano ao Presidente da República, com a previsão de obstáculos à possibilidade de responsabilização penal integral, prisões processuais e início da persecução penal em juízo, por ofensa ao princípio sensível da "forma republicana" (CF, art. 34, VII).

Importante ressaltar que, em relação à imunidade formal relativa à prisão do Presidente da República, bem como à cláusula de irresponsabilidade relativa, também não há qualquer aplicabilidade em relação aos chefes dos poderes executivos estaduais.

Note-se que essas cláusulas foram repetidas por várias Constituições Estaduais, em relação aos governadores do Estado. Assim, por exemplo, o art. 49, §§ 5º e 6º, da Constituição do Estado de São Paulo fazia estas previsões determinando que, enquanto não sobreviesse a sentença condenatória transitada em julgado, nas infrações penais comuns, o governador não estaria sujeito a prisão; bem como o governador, na vigência de seu mandato, não poderia ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Adin nº 1.021-2, relatada pelo Ministro Celso de Mello, por maioria de votos julgou procedente a ação, declarando a inconstitucionalidade do art. 49, §§ 5º e 6º, da Constituição do Estado de São Paulo, entendendo que:

> "Ementa: ação direta de inconstitucionalidade – Constituição do Estado de São Paulo – outorga de prerrogativa de caráter processual penal ao Governador do Estado imunidade à prisão cautelar e a qualquer processo penal por delitos estranhos à função governamental – inadmissibilidade – ofensa ao princípio republicano – usurpação de competência legislativa da união – prerrogativas inerentes ao Presidente da República enquanto Chefe de Estado (CF/88, art. 86, §§ 3º e 4º) – ação direta procedente".[370]

Note-se, por fim, que todas as Constituições Estaduais que continham as mesmas previsões foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.[371]

4 PODER JUDICIÁRIO

4.1 Conceito

O Poder Judiciário é um dos três poderes clássicos previstos pela doutrina e consagrado como poder autônomo e independente de importância crescente no Estado de Direito, pois, como afirma Sanches Viamonte, sua função não consiste somente em administrar a Justiça, sendo mais, pois seu mister é ser o verdadeiro guardião da Constituição, com a finalidade de preservar, basicamente, os princípios da legalidade e igualdade, sem os quais os demais tornar-se-iam vazios. Esta concepção

resultou da consolidação de grandes princípios de organização política, incorporados pelas necessidades jurídicas na solução de conflitos.

Não se consegue conceituar um verdadeiro Estado democrático de direito sem a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente para que exerça sua função de guardião das leis, pois, como afirmou Zaffaroni, "a chave do poder do judiciário se acha no conceito de *independência*".[372]

Daí as garantias de que goza, algumas das quais asseguradas pela própria Constituição Federal, sendo as principais a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. Na proteção destas garantias devemos atentar na recomendação de Montesquieu, de que as leis e expedientes administrativos tendentes a intimidar os juízes contravêm o instituto das garantias judiciais; impedindo a prestação jurisdicional, que há de ser necessariamente independente; e afetando, desta forma, a separação dos poderes e a própria estrutura governamental. Na defesa da necessária independência do Judiciário, Carl Schmitt afirma que a utilização da legislação pode ser facilmente direcionada para atingir os predicamentos da magistratura, afetando a independência do Poder Judiciário. Como autoproteção, o próprio Judiciário poderá garantir sua posição constitucional, por meio do controle judicial destes atos, de onde concluímos a ampla possibilidade de controle de constitucionalidade das leis ou atos normativos que desrespeitem o livre exercício deste Poder.[373]

Bandrés afirma que a independência judicial constitui um direito fundamental dos cidadãos, inclusive o direito à tutela judicial e o direito ao processo e julgamento por um Tribunal independente e imparcial.[374]

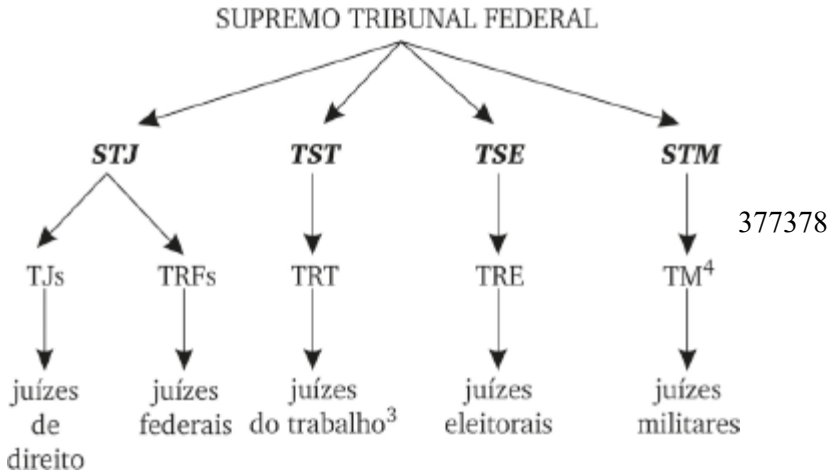
Assim, é preciso um órgão independente e imparcial para velar pela observância da Constituição e garantidor da ordem na estrutura governamental, mantendo nos seus papéis tanto o Poder Federal como as autoridades dos Estados Federados, além de consagrar a regra de que a Constituição limita os poderes dos órgãos da soberania.

A Constituição Federal enumera, no art. 92, os órgãos do Poder Judiciário: o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça (EC nº 45/04), o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho (EC nº 92/16), os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, os Tribunais e Juízes do Trabalho, os Tribunais e Juízes Eleitorais, os Tribunais e Juízes Militares e os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, disciplinando-os a seguir, com ampla independência, pois, como apontado por Clèmerson Merlin Clève,

> "talvez não exista Judiciário no mundo que, na dimensão unicamente normativa, possua grau de independência superior àquela constitucionalmente assegurada à Justiça Brasileira".[375]

Por fim, em seu art. 98, II, a Constituição Federal estabeleceu a previsão da Justiça de Paz, como integrante do Poder Judiciário, com a previsão de eleição para seus membros. Trata-se de norma constitucional de eficácia limitada, cuja regulamentação deverá ser estabelecida por meio de lei.[376]

4.2 Quadro de organização estrutural



377378

STJ = Superior Tribunal de Justiça

TST = Tribunal Superior do Trabalho

TSE = Tribunal Superior Eleitoral

STM = Superior Tribunal Militar

TJs = Tribunais de Justiça

TRFs = Tribunais Regionais Federais

TRT = Tribunais Regionais do Trabalho

TRE = Tribunais Regionais Eleitorais

TM = Tribunais Militares

Em relação ao *quadro de organização estrutural* do Poder Judiciário, importante destacar, que a EC nº 45/04 extinguiu os tribunais de Alçada, onde existiam, determinando que seus membros passassem a integrar os Tribunais de Justiça dos respectivos Estados, respeitadas a antiguidade e classe de origem.

Estabeleceu, ainda, competência administrativa aos Tribunais de Justiça para, no prazo de 180 dias contado da promulgação da Emenda, efetivar a promoção da integração dos membros dos tribunais extintos em seus quadros, fixando-lhes a competência e remetendo, em igual prazo, ao Poder Legislativo local, proposta de alteração da organização e da divisão judiciária correspondentes, assegurados os direitos dos inativos e pensionistas e o aproveitamento dos servidores no Poder Judiciário estadual.

A norma determinante de *extinção dos tribunais de Alçada* não exigiu, portanto, para sua efetividade, a edição de *lei formal* pelas respectivas Assembleias Legislativas (*reserva legal absoluta*), estabelecendo, expressamente, a *competência administrativa do próprio Poder Judiciário estadual, por meio de seu Tribunal de Justiça,* para efetivá-la.

Dessa forma, trata-se de excepcional competência administrativa concedida pela Constituição Federal ao Tribunal de Justiça, para complementação da norma constitucional por ato normativo infralegal, sem

prejuízo de posterior encaminhamento de projeto de lei de alteração da organização judiciária estadual, para sua mera adequação formal.

A EC nº 45/04 criou, no âmbito do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça, como seu órgão administrativo de cúpula, que será posteriormente analisado, deixando de constar no *quadro de organização estrutural do Poder Judiciário*, por não possuir competências jurisdicionais.

O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional e, assim como o Conselho Nacional de Justiça, sede na Capital Federal.

4.3 Funções típicas e atípicas

Ao lado da função de legislar e administrar, o Estado exerce a função de julgar, ou seja, a função jurisdicional, consistente na imposição da validade do ordenamento jurídico, de forma coativa, toda vez que houver necessidade.

Explica Arruda Alvim:

> "Podemos, assim, afirmar que função jurisdicional é aquela realizada pelo Poder Judiciário, tendo em vista aplicar a lei a uma hipótese controvertida mediante processo regular, produzindo, afinal, coisa julgada, com o que substitui, definitivamente, a atividade e vontade das partes."

Dessa forma, a função típica do Poder Judiciário é a jurisdicional, ou seja, julgar, aplicando a lei a um caso concreto, que lhe é posto, resultante de um conflito de interesses.

O Judiciário, porém, como os demais Poderes do Estado, possui outras funções, denominadas atípicas, de natureza administrativa e legislativa.

São de natureza administrativa, por exemplo, concessão de férias aos seus membros e serventuários;[379] prover, na forma prevista nessa

Constituição, os cargos de juiz de carreira na respectiva jurisdição.[380]

São de natureza legislativa a edição de normas regimentais,[381] pois compete ao Poder Judiciário elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.

4.4 Garantias do Poder Judiciário

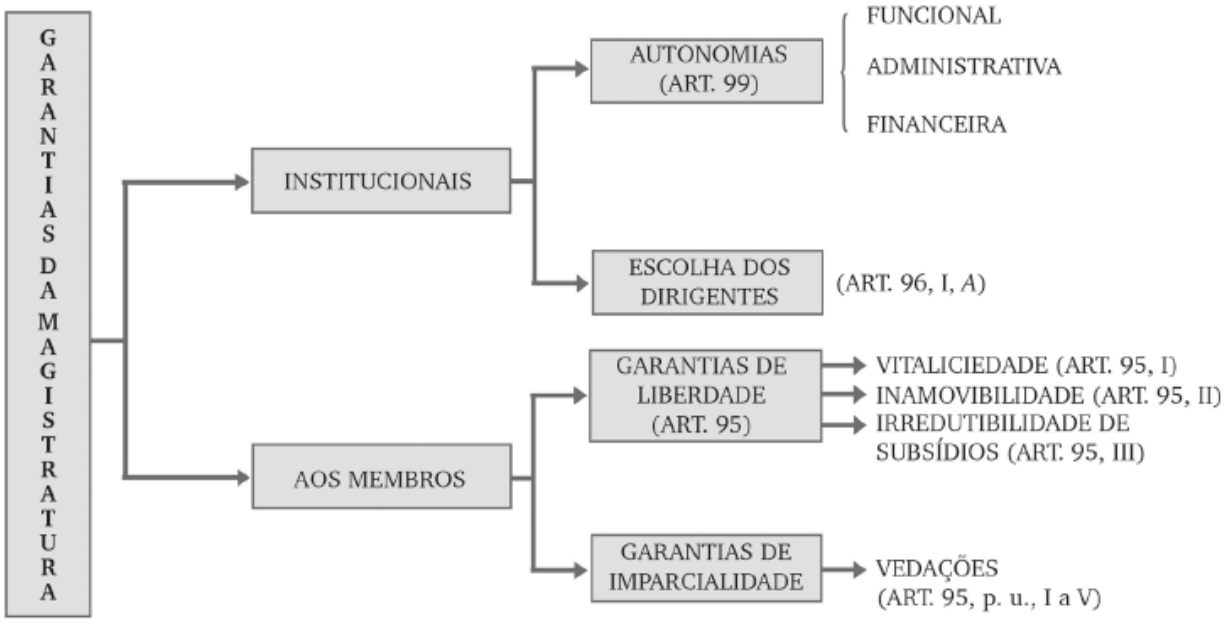
Para o exercício de tão importantes missões constitucionais, faz-se necessária a existência de certas garantias, que possibilitem a aplicação dos princípios basilares do Direito Constitucional apontados pelo já citado Marcelo Caetano: (a) a regra da proteção dos direitos individuais; (b) a regra do processo jurídico regular; (c) a regra do razoável ou do equilíbrio de interesses; e (d) a regra da igualdade de direito à proteção legal.[382]

As garantias conferidas aos membros do Poder Judiciário têm assim como condão conferir à instituição a necessária independência para o exercício da Jurisdição, resguardando-a das pressões do Legislativo e do Executivo, não se caracterizando, pois, os predicamentos da magistratura como privilégio dos magistrados, mas sim como meio de assegurar o seu livre desempenho, de molde a revelar a independência e autonomia do Judiciário. *Hamilton*, no Federalista, comparava as garantias dos juízes às do Presidente da República norte-americana. Dizia que os juízes, por serem vitalícios, necessitam de garantias mais fortes e duradouras que o Presidente.

Todas estas garantias, portanto, são imprescindíveis ao exercício da democracia, à perpetuidade da Separação de Poderes e ao respeito aos direitos fundamentais, configurando suas ausências, supressões ou mesmo reduções, obstáculos inconstitucionais ao Poder Judiciário, no exercício de seu mister constitucional, permitindo que sofra pressões dos demais Poderes

do Estado e dificultando o controle da legalidade dos atos políticos do próprio Estado que causem lesão a direitos individuais ou coletivos. É importante ressaltar que, em um Estado Democrático de Direito, os atos políticos do governo estão dentro da esfera de vigiabilidade do Poder Judiciário, desde que causem prejuízo a direitos e garantias individuais ou coletivas e que, para o efetivo e imparcial controle destes atos, há a necessidade das garantias constitucionais da magistratura para não intimidar-se diante dos poderes, para que, dessa mútua oposição resulte a moderação de todos os poderes; o império da lei; a liberdade.

Podemos assim dividir as garantias do Judiciário em garantias institucionais e garantias aos membros.



4.4.1 Garantias institucionais

Dizem respeito à Instituição como um todo, ou seja, garantem a independência do Poder Judiciário no relacionamento com os demais poderes.

Tão importante são as garantias do Poder Judiciário que a própria Constituição considera crime de responsabilidade do Presidente da

República atentar contra seu livre exercício, conforme o art. 85, pois, como afirma Carlos S. Fayt, as imunidades da magistratura não constituem privilégios pessoais, mas relacionam-se com a própria função exercida e o seu objeto de proteção contra os avanços, excessos e abusos dos outros poderes em benefício da Justiça e de toda a Nação. A magistratura se desempenha no interesse geral e suas garantias têm fundamento no *princípio da soberania do povo e na forma republicana de governo*, de modo que todo avanço sobre a independência do Poder Judiciário importa em um avanço contra a própria Constituição.[383]

A. Autonomia funcional, administrativa e financeira ao Poder Judiciário (CF, art. 99)

Os Tribunais têm autogoverno e devem elaborar suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias.[384]

Se os respectivos órgãos dos Tribunais não encaminharem as respectivas propostas orçamentárias dentro do prazo estabelecido na Lei de Diretrizes Orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na Lei de Diretrizes Orçamentárias.[385]

Se as propostas orçamentárias de que trata este artigo forem encaminhadas em desacordo com esses limites, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual.

Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias, exceto se

previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais.

A EC nº 45/04, em reforço à autonomia financeira do Poder Judiciário, determinou que custas e emolumentos sejam destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça.

Com fundamento na independência do Poder Judiciário e no princípio do autogoverno da magistratura, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de dispositivos da Constituição do Estado da Bahia que atribuíam ao Governador do Estado a nomeação dos desembargadores do Tribunal de Justiça local, relativamente aos cargos reservados aos juízes de carreira, condicionando, inclusive, essa nomeação à aprovação do indicado pela maioria da Assembleia Legislativa. A independência do Poder Judiciário estadual pressupõe que o processo de provimento dos cargos de desembargador, por acesso dos juízes de carreira, deve ser iniciado e completado no âmbito do próprio Tribunal de Justiça, não admitindo a participação de qualquer dos outros poderes do Estado.[386]

Além disso, é o próprio Judiciário quem organiza suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva; dá provimento, na forma prevista na Constituição, aos cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição; propõe a criação de novas varas judiciárias; dá provimento, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, aos cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei; concede licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados (CF, art. 96).

Esta autonomia e independência ampla encontram resguardo em todos os Estados democráticos de Direito, pois os tribunais têm, sob o ponto de vista estrutural-constitucional, uma posição jurídica idêntica à dos outros órgãos constitucionais de soberania. Da mesma forma, desempenham funções cuja vinculatividade está jurídico-constitucionalmente assegurada.

A independência do Judiciário, nos diversos ordenamentos jurídicos, por várias vezes é posta à prova por motivos políticos. Importante destacar, como nos relata Lawrence Baum, o conflito da Suprema Corte Americana com o Presidente Roosevelt, em virtude do *New Deal*, linha política que foi duramente criticada pelos defensores do princípio da legalidade. Nos anos 20, os políticos liberais norte-americanos atacavam abertamente a Suprema Corte, em virtude de suas decisões jurídicas contra eventuais interesses político-comerciais. Esse quadro se agravou nos anos 30, quando por maioria de votos o Tribunal se colocou em conflito direto com o Presidente Franklin Roosevelt e o já referido *New Deal*, programa presidencial para combater a Grande Depressão, incluindo amplas e drásticas medidas de controle da economia. A Lei de Ajuste Agrícola, por exemplo, foi um esforço para limitar a produção agrícola a fim de estabilizar os preços dos produtos primários. A Lei de Recuperação Industrial Nacional foi, igualmente, estabelecida para causar acordos sobre práticas de trabalho e comércio dentro de indústrias inteiras. Ocorre que, em uma série de decisões tomadas por maioria de votos (6 × 3 e 5 × 4), nos anos de 1935 e 1936, a Suprema Corte entendeu inconstitucionais estas duas leis e outros diplomas legais editados pelo Congresso Nacional com a finalidade de recuperação, enfraquecendo o programa de governo. Inevitavelmente, o Presidente Roosevelt liderou severas críticas contra o Poder Judiciário, e, após sua reeleição consagradora em 1936, sugeriu contornar a situação por meio de uma legislação de acordo com a qual um juiz adicional poderia ser acrescentado à Suprema Corte, para cada juiz que tivesse mais de 70 anos de idade. Com a eventual implementação dessa nova regra, o resultado teria sido aumentar o tamanho da Corte, temporariamente, para 15 juízes, permitindo que o Poder Executivo nomeasse novos juízes favoráveis a seus programas. Enquanto essa hipótese era debatida no Congresso, a Corte eliminou a maior parte do impulso existente por trás dele em uma sequência de novas decisões tomadas em 1937, e foi mantida a legislação do *New*

Deal e legislação estadual similar por estreitas margens, tomando posição contrária a suas opiniões coletivas nos casos anteriores e evitando-se a deformação da autonomia da cúpula do Poder Judiciário. Anote-se que esta alteração de posicionamento da Suprema Corte Norte-Americana ficou conhecida como *the switch in time that saved nine* (a mudança em tempo de salvar nove).[387]

A composição do Supremo Tribunal Federal, portanto, reveste-se da natureza de cláusula de independência do próprio Poder Judiciário, e é prevista na própria Constituição Federal (art. 101 – onze ministros), sendo que, qualquer tentativa do Poder Executivo ou Legislativo de alterabilidade deste número, com a intenção de desrespeito à autonomia da própria Corte ou de suas decisões, além de ser inconstitucional por ferimento às cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º, III – Separação dos Poderes), configurará crime de responsabilidade (CF, art. 85, II – Livre exercício do Poder Judiciário).

Essa previsão constitucional do número de membros do Supremo Tribunal é tradicional em nosso direito, existindo desde a 1ª Constituição republicana, e foi saudada por Rui Barbosa como uma "superioridade, num ponto cardeal, da nossa à Constituição americana", em defesa das garantias da magistratura.[388]

Assim, qualquer alteração constitucional na composição do Supremo Tribunal Federal deverá respeitar a independência do Poder Judiciário e ser feita por emenda constitucional.

Observe-se que as Constituições de 34 (art. 73), de 37 (art. 97) e 46 (art. 98) possibilitavam a elevação, por lei, do número de membros do Supremo Tribunal Federal, mas somente mediante *lei de iniciativa do próprio Tribunal*.

Comentando o art. 98 da Constituição de 1946, no tocante à necessidade de iniciativa do próprio tribunal, Pontes de Miranda afirmou que

> "a fixação do número de juízes do Supremo Tribunal Federal evita que, por interesses ocasionais de partidos, ou para satisfação de ambições açodadas, ou prêmios a Ministros de Estado que vão deixar o cargo, se eleve, ou, para obtenção de votos ou de maiorias seguras, se diminua".[389]

B. Modo de escolha dos dirigentes dos tribunais

Importante previsão constitucional, como alicerce da independência do Poder Judiciário, é a do art. 96, I, *a*, da Constituição Federal, que afirma competir aos Tribunais a eleição de seus órgãos diretivos.[390]

A eleição dos dirigentes dos Tribunais é função governativa, na medida em que tais dirigentes comandam um dos segmentos do Poder Público. Dessa forma, deve ser realizada pelos membros do Tribunal, sem ingerência do Poder Executivo ou Legislativo, tendo o Supremo Tribunal Federal decidido que "a escolha dos órgãos diretivos compete privativamente ao próprio tribunal, nos termos do artigo 96, I, 'a', e artigo 99, da Carta Magna, em homenagem à autonomia administrativa", sendo, portanto, "matéria sujeita à disciplina por normas regimentais, não recepcionado o artigo 102, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LCp 35/1979), na parte em que restringe aos Juízes mais antigos o universo daqueles aptos a concorrer aos cargos de direção".[391]

Citando Alexis de Tocqueville, *in Democracia na América*, José Manuel Bandrés afirma que a força dos tribunais tem sido, em todos os tempos, a maior garantia que se pode oferecer às liberdades individuais.[392]

Ressalte-se que a Constituição permite nos tribunais com número superior a 25 julgadores a criação de um *órgão especial*, com o mínimo de 11 e o máximo de 25 membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais da competência do tribunal pleno, provendo-se, nos termos da EC nº 45/04, metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno.

4.4.2 Garantias aos membros

A. Garantias de liberdade

A.1Vitaliciedade

Os magistrados possuem constitucionalmente as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio,[393] assim como os membros do Ministério Público, pois sua independência pressupõe um caráter externo, relativo aos órgãos ou entidades estranhas ao Poder Judiciário, e um caráter interno, ou seja, independência dos membros perante os órgãos ou entidades pertencentes à própria organização judiciária.

Assim, o juiz somente poderá perder seu cargo por decisão judicial transitada em julgado.[394] A vitaliciedade (CF, art. 95, I), em primeiro grau, somente é adquirida após o chamado *estágio probatório*, ou seja, após dois anos de efetivo exercício da carreira, mediante aprovação no concurso de provas e títulos. Os magistrados dos Tribunais Superiores, ou mesmo os advogados e membros do Ministério Público que ingressam nos Tribunais Estaduais ou Federais, pelo quinto constitucional adquirem vitaliciedade imediatamente no momento da posse. O fato de os magistrados serem vitalícios permite-lhes certa liberdade de preocupações a respeito da aprovação pública, permitindo uma atuação mais técnica.

Excepcionalmente, porém, a própria Constituição Federal prevê um abrandamento da vitaliciedade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal ao consagrar em seu art. 52 a competência privativa do Senado Federal para processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, nos crimes de responsabilidade.

Trata-se de uma regra de responsabilização política dos membros da mais alta Corte Judiciária que pratiquem infrações político-administrativas atentatórias à Constituição Federal (*impeachment*).[395]

Tradicional em nosso direito constitucional, essa regra de responsabilização política foi prevista em todas as constituições republicanas (em geral com competência para o Senado Federal: EC nº 01/69 – art. 42, inciso II; CF/67 – art. 44, inciso II, e 113, § 2º; CF/46 – arts. 62, inciso II, e 100; CF/37 – art. 100, nessa Constituição a denominação da Câmara Alta do Congresso era Conselho Federal; CF/1891, art. 57, § 2º. Somente na CF/34 o art. 75 previa competência a um Tribunal especial – três juízes da Suprema Corte, três do Senado Federal e três da Câmara dos Deputados – para o processo e julgamento dos Ministros da *Suprema Corte* por crime de responsabilidade) e teve como modelo a Constituição norte-americana, que em sua Seção 3 – item 6 afirma que *somente o Senado Federal poderá julgar os crimes de responsabilidade (impeachment)*.[396]

A.2Inamovibilidade

Uma vez titular do respectivo cargo, o juiz somente poderá ser removido ou promovido por iniciativa própria, nunca *ex officio* de qualquer outra autoridade, salvo em uma única exceção constitucional por motivo de interesse público e pelo voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa (CF, arts. 93, VIII, 95, II, e 103-B, § 4º, III, com redação dada pela EC nº 45/04).[397] Importante ressaltar que os juízes militares gozam, assim como todos os magistrados, de inamovibilidade. Deve ser feita uma ressalva de que esta garantia não os exime de acompanhar as forças em operação junto às quais tenham de servir dado o caráter da justiça militar.

Ao comentar a questão sobre a opção política do legislador constituinte sobre a escolha de um órgão para interpretar a Constituição, Carl Schmitt aborda a discussão sobre o preceito da inamovibilidade dos magistrados, defendendo-o, para que os magistrados não sejam expostos a uma prova de resistência política.[398] A doutrina norte-americana já apontava a necessidade de permanência do magistrado no cargo, como garantia de independência e

imparcialidade do órgão julgador, pois a debilidade do órgão julgador resultaria em opressão e medo da influência de ações coordenadas, e nada pode contribuir com tanta firmeza para essa independência como a permanência no cargo, garantia que se consubstancia em um baluarte da justiça pública e segurança pública.

A.3Irredutibilidade de subsídios

O salário, vencimentos, ou como denominado na Emenda Constitucional nº 19/98, o subsídio do magistrado não pode ser reduzido como forma de pressão, garantindo-lhe assim o livre exercício de suas atribuições.

Afonso Arinos relembra a origem inglesa, nos moldes modernos, dessa garantia, no propósito de manter a dignidade e a independência dos juízes, a partir do *statute I Geo. III c. 23* estabelecendo que os salários integrais dos magistrados estariam absolutamente assegurados durante o período de suas funções.[399]

Surge nesta questão o problema da irredutibilidade jurídica ou real. Pela primeira, a garantia constitucional estará sendo cumprida desde que não haja diminuição nominal do salário, mesmo que os índices inflacionários sejam elevados. Pela segunda, vislumbra-se a impossibilidade de concessões de aumentos em níveis inferiores aos da correção monetária fixados oficialmente uma vez que os sucessivos aumentos em índices inferiores ao valor da moeda importam, indiretamente, na redução dos vencimentos, o que é vedado pelo texto constitucional.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu pela existência da irredutibilidade jurídica, negando o direito à atualização monetária.[400]

A Constituição Federal prevê, portanto, aos membros do Poder Judiciário a garantia da irredutibilidade do subsídio, sendo de interesse relembrar a advertência feita na obra clássica de Alexander Hamilton, James Madson e John Jay (*O federalista*), onde, ao conceituar a

irredutibilidade de vencimentos, *Hamilton* consagrou o ditado popular de que mexer na subsistência é mexer na vontade.

B. Garantias de imparcialidade (CF, art. 95, parágrafo único, I, II, III, IV e V)[401]

As vedações previstas no art. 95, parágrafo único, incisos I a V, do texto constitucional têm por finalidade assegurar a imparcialidade do magistrado no exercício de suas funções, evitando que exerça determinados cargos e funções, ou ainda, afastando-o de situações que possam criar embaraço no exercício da atividade jurisdicional.

Aos juízes é vedado: exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;[402] receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo, dedicar-se à atividade político-partidária, receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei, exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração (*quarentena*).

Nesse sentido, a Resolução nº 10, de 19 de dezembro de 2005, do Conselho Nacional de Justiça, nos termos do art. 95, parágrafo único, inciso I, da Constituição Federal, vedou aos magistrados a cumulação – mesmo sem remuneração – com cargos ou funções na denominada Justiça Desportiva, determinando que todos os membros do Poder Judiciário que se encontrassem nessa situação se desligassem dos referidos órgãos até o dia 31 de dezembro de 2005, consagrando o *princípio da dedicação exclusiva,* cuja finalidade é preservar a independência, imparcialidade e isenção dos magistrados, por serem órgãos detentores de parcela da soberania estatal.[403]

Em relação à possibilidade do exercício de magistério, o Conselho Nacional de Justiça editou Resolução CNJ nº 34, de 24 de abril de 2007, dispondo sobre o exercício de atividades do magistério pelos integrantes da

magistratura nacional, desde que compatíveis os horários fixados para o expediente forense e para a atividade acadêmica.

Em relação à *quarentena,* importante ressaltar a imprecisão da redação da EC nº 45/04, pois ao estabelecer a vedação ao exercício da advocacia, pelo prazo de três anos, pelo magistrado aposentado ou exonerado no juízo ou tribunal do qual se afastou, poderá permitir interpretações que tornem sem efeito essa importante norma de moralidade administrativa, no tocante a juízes de 1º grau, em comarcas que não sejam de Vara única.

Ora, se a finalidade da inovação constitucional foi impedir eventual tráfico de influência ou exploração de prestígio, fortalecendo as normas de moralidade administrativa, a expressão "*no juízo do qual se afastou*" deve ser interpretada, em relação aos juízes de 1º grau aposentados ou exonerados, como "*na Comarca da qual se afastou*", pois seria de absoluta inutilidade proibir-se, por exemplo, o juiz aposentado da 3ª Vara Cível da Comarca de São Paulo de advogar somente nessa Vara, permitindo-lhe a advocacia em todas as outras Varas da Comarca da Capital do Estado de São Paulo.

Importante ressaltar, conforme destacou o Supremo Tribunal Federal, que as garantias de imparcialidade ou vedações são aplicáveis aos membros do Conselho Nacional de Justiça, pois "nenhum dos advogados ou cidadãos membros do Conselho Nacional de Justiça pode, durante o exercício do mandato, exercer atividades incompatíveis com essa condição, tais como exercer outro cargo ou função, salvo uma de magistério, dedicar-se a atividade político-partidária e exercer a advocacia no território nacional".[404]

No exercício de suas competências constitucionais, e considerando que a lei veda ao magistrado procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decora de suas funções, o Conselho Nacional de Justiça editou o *Código de Ética da Magistratura*,[405] definindo-o como "instrumento essencial para os juízes incrementarem a confiança da sociedade em sua autoridade moral", bem como apontando que o referido instrumento "traduz

compromisso institucional com a excelência na prestação do serviço público de distribuir Justiça e, assim, mecanismo para fortalecer a legitimidade do Poder Judiciário".

O Código de Ética da Magistratura Nacional, que deverá ser entregue a todos os juízes no momento da posse, aponta os princípios da independência, da imparcialidade, do conhecimento e capacitação, da cortesia, da transparência, do segredo profissional, da prudência, da diligência, da integridade profissional e pessoal, da dignidade, da honra e do decoro como essenciais à prestação da atividade jurisdicional e impõem aos magistrados o primado do respeito à Constituição da República e às leis do País, buscando o fortalecimento das instituições e a plena realização dos valores democráticos.

Estabelece, ainda, como finalidade básica da atividade jurisdicional garantir e fomentar a dignidade da pessoa humana, objetivando assegurar e promover a solidariedade e a justiça na relação entre as pessoas.

Em seus 12 capítulos, o Código de Ética dispõe sobre a independência, imparcialidade, transparência, integridade pessoal e profissional, diligência e dedicação, cortesia, prudência, sigilo profissional, conhecimento e capacitação, dignidade, honra e decoro como preceitos que complementam os deveres funcionais dos juízes que emanam da Constituição Federal, do Estatuto da Magistratura e das demais disposições legais.

4.4.3 Independência do Poder Judiciário e controle externo

Após a análise sobre o Poder Judiciário e a necessidade de sua imparcialidade e independência, convém tratarmos da real possibilidade da criação de um *controle externo* sobre suas atividades.

O estudo deve analisar, primeiramente, o teor de dois artigos da Constituição Federal, o art. 2º (*São Poderes da União, independentes e*

harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário) e o art. 60, § 4º, inc. III (*Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a separação dos Poderes*); pois a conjugação de ambos nos mostra que o legislador constituinte, ao proclamar a existência de poderes da República, independentes e harmônicos entre si, cada qual com sua função soberana, buscou uma finalidade maior, qual seja, evitar o arbítrio e garantir a liberdade individual do cidadão. Ambas as previsões vieram acompanhadas pelo manto da imutabilidade, pretendendo o legislador constituinte evitar o futuro desequilíbrio entre os detentores das funções estatais.

A harmonia prevista entre os Poderes de Estado vem acompanhada de um detalhado sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), consistente em controles recíprocos.[406]

Assim, é necessário lembrar, dentro dessa ideia de *reciprocidade de controles,* que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das unidades administrativas do Poder Judiciário deverá ser realizada pelo Poder Legislativo, através do próprio Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União,[407] no âmbito nacional.

Além disto, o modo de escolha e investidura da cúpula do Poder Judiciário – os Ministros do Supremo Tribunal Federal – sofre rigoroso controle por parte tanto do Poder Executivo, quanto do Poder Legislativo. A Constituição Federal prevê em seu art. 101 que o "Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada", sendo que o parágrafo único do citado artigo determina que "os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal".

Esses mesmos Ministros poderão ser processados e julgados pelo Senado Federal nos crimes de responsabilidade.

Não bastasse isto, o Poder Judiciário sofre controle administrativo na escolha e modo de investidura de altos magistrados de Tribunais Superiores, além da regra do quinto constitucional na Justiça Federal, no âmbito da União e nos Tribunais Estaduais e do Distrito Federal.

Reforça esse sistema de controles exercidos sobre o Poder Judiciário, como relembra José Tarcízio de Almeida Melo, "o controle legislativo do Poder Judiciário, além daquele em que o Congresso tem como auxiliar o Tribunal de Contas da União, dá-se com a participação na elaboração dos projetos de lei, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça, concernentes à alteração do número de cargos de membros dos Tribunais e dos respectivos servidores, e fixação dos vencimentos, bem como à organização e divisão judiciária (art. 96, II)".[408]

Todos estes controles configuram-se previsões originárias do legislador constituinte, dentro do equilíbrio que deve pautar a harmonia entre os Poderes da República.

Seria possível, pois, ao legislador constituinte derivado – Congresso Nacional – conceber a tarefa de criação de um verdadeiro Quarto Poder, cuja função precípua seria controlar um dos três Poderes da República, originariamente criado e organizado pela Assembleia Nacional Constituinte?

Cremos que não, sob pena de grave ferimento a uma das cláusulas pétreas: a Separação dos Poderes.[409]

A criação de um órgão autônomo e externo ao Poder Judiciário, com a missão de fiscalizá-lo e controlá-lo, acabaria por desrespeitar flagrantemente os arts. 2º e 60, § 4º, inc. III, da Constituição Federal, configurando-se, em uma intervenção dos demais poderes na magistratura, que ficaria submetida hierárquica e politicamente a um órgão político, composto por integrantes pertencentes aos demais Poderes ou instituições

estatais, e, em consequência, haveria o grave risco de comprometimento da imparcialidade dos magistrados.[410]

Esse mesmo entendimento é defendido por Michel Temer, que, após analisar a necessidade de independência do Judiciário, afirma que o:

> "Conselho Nacional de Justiça será um outro poder, independente dos demais. Será composto, inafastavelmente, por membros de correntes partidárias ou funcionais que farão nascer, se não diretamente, pelo menos indiretamente, *nefasta influência na decisão judicial.* Não desejo dizer, com isso, que o juiz será intimado pelo Conselho. Haverá, porém, nítida preocupação do juiz com o Conselho, de composição heterogênea, com membros nem sempre conhecedores da arte jurisdicional. Se as Constituições primaram, sempre, por evitar até mesmo a injunção interna no poder decisório, como admitir que um órgão externo ao Judiciário venha a fazê-lo?"[411]

Assim, se não é possível constitucionalmente a criação de um órgão externo controlador do Poder Judiciário, defendíamos, há muito tempo, que a própria Constituição Federal já previa a possibilidade de criação de um *Conselho da Justiça,* que funcionaria junto ao Superior Tribunal de Justiça, cabendo-lhe, na forma da lei, exercer a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus. Ressalte-se que as funções desse Conselho de Justiça deveriam assemelhar-se às funções dos Conselhos Superiores da Magistratura portuguesa,[412] que, como salientado por Canotilho, não podem perturbar a *independência interna* dos magistrados, isto é, o livre exercício da sua atividade, garantindo-se constitucionalmente a inexistência de quaisquer vínculos perante os órgãos dirigentes do próprio Judiciário e dos tribunais superiores.[413] Não foi outra a adoção da EC nº 45/04.

4.4.4 Supremo Tribunal Federal e controle externo do Poder Judiciário

O Supremo Tribunal Federal não admite a criação de mecanismos de controle externo do Poder Judiciário que não foram previstos originariamente pelo legislador constituinte, entendendo que tais hipóteses afrontam o princípio da separação dos poderes. Assim, analisando a possibilidade de criação de *controles externos às magistraturas estaduais*, o Tribunal já declarou a inconstitucionalidade das Constituições dos Estados da Paraíba, Pará, Bahia e Mato Grosso.

O STF declarou a inconstitucionalidade da Constituição do Estado da Paraíba, que instituía o Conselho Estadual de Justiça, composto por dois desembargadores, um representante da Assembleia Legislativa do Estado, o Procurador-Geral do Estado e o Presidente da Seccional da OAB, atribuindo-lhe a fiscalização da atividade administrativa e do desempenho dos deveres funcionais do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Advocacia-Geral do Estado e da Defensoria Pública, pois entendeu que essa previsão ofendia, flagrantemente, o princípio da Separação dos Poderes.[414]

Igualmente, o Pretório Excelso declarou a inconstitucionalidade da Constituição do Estado do Pará, que criara um Conselho Estadual de Justiça integrado por membros da magistratura estadual, autoridades pertencentes aos outros Poderes, advogados e representantes de cartórios de notas de registro e de serventuários da Justiça, afirmando que "a criação, pela Constituição do Estado, de Conselho Estadual de Justiça com essa composição e destinado à fiscalização e ao acompanhamento do desempenho dos órgãos do Poder Judiciário *é inconstitucional*, por ofensa ao princípio da separação dos Poderes (art. 2º da Constituição Federal), de que são corolários o autogoverno dos Tribunais e a sua autonomia administrativa, financeira e orçamentária (arts. 96, 99 e parágrafos, e 168 da Carta Magna)".[415]

O Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, também julgou procedente ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Constituição do Estado da Bahia, que, alterando o modo de investidura dos desembargadores do Tribunal de Justiça, pretendia estabelecer uma fiscalização dos poderes Executivo e Legislativo na formação do Tribunal. Assim, a Constituição baiana previa que o Tribunal de Justiça deveria indicar ao Governador do Estado o Juiz mais antigo ou apresentar-lhe lista tríplice para o critério de merecimento, para que esse efetivasse a escolha e submetesse à apreciação da Assembleia Legislativa. Entendeu a Corte Suprema que esse dispositivo desrespeitou o autogoverno da magistratura (CF, art. 99, *caput*).[416]

Por fim, o STF, também por votação unânime, julgou procedente a ação direta e declarou a inconstitucionalidade da Constituição do Mato Grosso, que estabelecia a criação de um controle externo à magistratura, conforme afirmou o Tribunal:

> "O princípio da separação e independência dos Poderes não possui uma fórmula universal apriorística e completa: por isso, quando erigido, no ordenamento brasileiro, em dogma constitucional de observância compulsória pelos Estados-membros, o que a estes se há de impor como padrão não são concepções abstratas ou experiências concretas de outros países, mas sim o modelo brasileiro vigente de separação e independência dos Poderes, como concebido e desenvolvido na Constituição da República. (...) Poder judiciário: controle externo por colegiado de formação heterogênea e participação de agentes ou representantes dos outros Poderes: inconstitucionalidade de sua instituição na Constituição de Estado-membro. Na formulação positiva do constitucionalismo republicano brasileiro, o autogoverno do Judiciário – além de espaços variáveis de autonomia financeira e orçamentária – reputa-se corolário da

> independência do Poder (ADin 135-Pb, Gallotti, 21-11-96): viola-o, pois, a instituição de órgão chamado '*controle externo*', com participação de agentes ou representantes dos outros Poderes do Estado. A experiência da Europa continental não se pode transplantar sem traumas para o regime brasileiro de poderes: lá, os conselhos superiores da magistratura representaram um avanço significativo no sentido da independência do Judiciário, na medida em que nada lhe tomaram do poder de administrar-se, de que nunca antes dispuseram, mas, ao contrário, transferiram a colegiados onde a magistratura tem presença relevante, quando não majoritária, poderes de administração judicial e sobre os quadros da magistratura que historicamente eram reservados ao Executivo; a mesma instituição, contudo, traduziria retrocesso e violência constitucional, onde, como sucede no Brasil, a ideia da independência do Judiciário está extensamente imbricada com os predicados de autogoverno crescentemente outorgados aos Tribunais."[417]

Esse entendimento do Supremo Tribunal Federal foi consubstanciado na Súmula 649: "É inconstitucional a criação, por Constituição estadual, de órgão de controle administrativo do Poder Judiciário do qual participem representantes de outros Poderes ou entidades."

4.4.5 Conselho Nacional de Justiça

A. Reformas estruturais e Poder Judiciário

O início de um novo século gera esperanças de mudança, de renovação e a possibilidade de Reforma Estrutural do Estado e não somente do Poder Judiciário. Reformas estruturais também do Poder Executivo, do Poder

Legislativo; cujas estruturas, igualmente, às antigas estruturas do Poder Judiciário, também foram desgastadas com o tempo.

Parece ser consenso que as estruturas liberais sobre as quais foram assentadas as regras básicas de funcionamento, primeiramente do Parlamento, no regime Parlamentarismo – com Rousseau e Locke, entre outros –, e, em um segundo momento, transferidas, quase que integralmente, para os Poderes Executivo/Legislativo, no regime Presidencial, estão superadas.

Basta lembrarmos a afirmação de John Locke, para quem não seria necessário, nem tão conveniente, que o Legislativo estivesse sempre em atividade, pois somente deveria editar diretrizes básicas, pois as leis deveriam ter força constante e duradoura, e fixar limitações ao administrador público, que deveria cuidar da execução das leis, para verificarmos a intensa transformação estrutural e política dos poderes de Estado, nos últimos dois séculos.[418]

A transformação político-social, no campo do Poder Legislativo, acabou por gerar verdadeira crise na Democracia representativa, como ressaltado por inúmeros cientistas políticos, juristas, sociólogos – como, por exemplo, Robert Dahl,[419] Giuseppe Vergotini,[420] Maurice Duverger,[421] Carl Schmitt.[422]

Complexas questões necessitam ser discutidas para a reestruturação do Estado e dos poderes públicos. O Parlamento não mais, necessariamente, reflete a vontade popular, havendo necessidade de uma ampla Reforma Política, principalmente no tocante ao sistema eleitoral (lista aberta, lista fechada, lista mista; financiamento de campanha, voto distrital ou distrital misto etc.), o fortalecimento dos Partidos Políticos, a fidelidade partidária, entre outros importantes pontos. Além disso, os grupos mais organizados e economicamente mais fortes passaram a atuar de forma cada vez mais decisiva na condução dos negócios políticos do Estado, em detrimento dos interesses do restante da sociedade, que não encontra nas clássicas regras da

Democracia representativa mecanismos para defesa de seus direitos fundamentais básicos, havendo necessidade de regulamentação na atuação dos denominados grupos de pressão.[423]

Há, pois, necessidade de repensar o Poder Legislativo, a escolha de seus representantes, seu relacionamento com o Poder Executivo, para o bem da Democracia.

No campo do Poder Executivo, os mesmos problemas se apresentam. Não se concebe mais, mesmo nos Estados Unidos, um Poder Executivo como o criado pelos pais fundadores norte-americanos – em especial por Jay, Hamilton e Madison, adaptando as lições de Montesquieu –, onde a figura do Presidente da República era de mediador, sem a previsão de auxiliares diretos. Basta lembrarmos que George Washington nomeou – sem a existência de previsão legal – somente quatro assessores diretos, que foram os primeiros Secretários de Estado, para percebermos o crescimento do Executivo.[424]

O Poder Executivo agigantou-se. A transformação do Estado Liberal para o Estado do Bem-estar social mudou a relação Executivo-Sociedade. A fase das estatizações foi substituída pelas privatizações; os Ministérios cedem espaço às Agências Reguladoras; cada vez mais são criados complexos órgãos estatais de ingerência na vida do particular.

Há, pois, também necessidade de repensar o Poder Executivo, sua forma de atuação, seu relacionamento com o Poder Legislativo, para o bem da Democracia.

Da mesma maneira, é inegável a necessidade de modernização na prestação jurisdicional, a introdução da informatização e tecnologia de ponta no desenvolvimento dos atos processuais, a agilização das decisões – pois Justiça que tarda é Justiça falha, pois gera impunidade e descrença no sistema judiciário – diferentemente do adágio popular (*a Justiça Tarda mas não Falha*).[425]

Há, pois, também necessidade de repensar o Poder Judiciário, sua forma de atuação, seu relacionamento com os demais Poderes, para o bem da Democracia.

Esse é o ponto central da discussão de um novo e moderno modelo de Estado Brasileiro, no qual se situa como primordial a necessidade de alterações na estrutura e funcionamento do Poder Judiciário.

Repensar o modo de atuação de todas as nossas Instituições Republicanas, modernizando-as, organizando-as e reaparelhando-as para o novo século e, principalmente, aperfeiçoando seus importantes métodos de freios e contrapesos.[426]

Repensar o modo de atuação de nossas Instituições Republicanas, respeitando a tão almejada independência de atuação;[427] criticando as falhas – que não são poucas e pertencem a todos os Poderes –, porém reverenciando os acertos – que são muitos e permitiram o desenvolvimento Democrático do Brasil.

A histórica afirmação do Poder Judiciário como defensor dos direitos e garantias fundamentais, apesar de toda sorte de dificuldades sociais, culturais e políticas, teve início com os primeiros passos republicanos, com a necessária alteração da mentalidade aristocrática para a consagração da igualdade republicana e limitação dos poderes do Estado, permanecendo inalterada até os dias de hoje.

Essa afirmação republicana do Poder Judiciário e sua efetiva contribuição para o desenvolvimento, no Brasil, de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, só foi possível graças à autonomia e independência dos magistrados. Não se consegue conceituar um verdadeiro Estado democrático de direito sem a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente, para que exerça sua função de guardião das leis e garantidor da ordem na estrutura governamental republicana.[428]

García de Enterría e Tomás-Ramón Fernandes, citando o *case of the prohibitions del Roy*, de 1612, relatado por COKE, ensinam que

> "a ideia essencial da independência da Magistratura não é mais do que uma implicação natural da independência do Direito em relação ao príncipe, pois expressa que o juiz deve ser visto como um órgão próprio, não do Estado, nem da Coroa, mas sim da *lex terrae*, como *viva vox legis*, tendo em conta que para essa conclusão, *lex* não expressa a vontade de um governante, mas sim o direito estabelecido na comunidade e por ela mesmo aceito e vivido. Se o Juiz não pode receber ordens do Rei é porque o Rei não tem a disponibilidade sobre o direito, porque o juiz não atua segundo a vontade do Rei".[429]

Se a demora nas decisões é inconcebível, por retardar a Justiça aos cidadãos, também é inconcebível a demora na regulamentação das normas constitucionais, que afasta os cidadãos de seus direitos; ou mesmo, a demora administrativa na implementação dos diversos direitos sociais.

O problema, portanto, é estrutural e conjuntural, e não somente do Poder Judiciário, que, por sua vez, deve, obrigatoriamente, modernizar a prestação da atividade jurisdicional, adaptando-se aos novos tempos sem perder sua autonomia, pois como salientado por José Renato Nalini, "se o povo for despertado para a importância de um Judiciário forte e eficiente, será ele o primeiro a defender o juiz contra reformas castradoras".[430]

A modernização, porém, não depende somente do próprio Poder Judiciário. A modernização, também, é legislativa. Não é possível a continuidade de tecnicismos exagerados, processos protelatórios e procedimentos morosos. A modernização, também, é executiva. É necessário dotar o Poder Judiciário da infraestrutura adequada para o exercício de suas funções, no sentido de efetivação da Justiça e Cidadania, garantindo a necessária independência e autonomia de seus membros, auxiliando em sua modernização e informatização, o que possibilitará maior celeridade processual.

Necessária a reestruturação, porém, inadmissível qualquer forma de intervenção na autonomia financeira, administrativa e funcional do Poder Judiciário, bem como nas garantias de independência e imparcialidade de seus membros; pois auxílio entre os três Poderes é necessário e Republicano, intromissão é perigosa e antidemocrática.[431]

B. Legislação Comparada

A Reforma do Poder Judiciário deve ser analisada sob o aspecto de reestruturação do Poder Público, afastando-se preconceitos, afastando-se questões menores e, principalmente, afastando-se conceitos *erroneamente* importados, que passam a ser tratados como verdades absolutas no cenário político brasileiro.

Diferentemente do defendido por muitos, não deve existir *verdadeiro complexo de inferioridade institucional* no Brasil, pela, até então, inexistência de um órgão de *controle central do Poder Judiciário,* seja porque nos diversos países democráticos não se encontram órgãos com tanta ingerência na função jurisdicional que possam abalar a independência e autonomia dos juízes, seja porque a realidade dos países que passaram, após a Segunda Grande Guerra, a adotar *Conselhos Nacionais da Magistratura*, é muito diversa da realidade nacional, a começar pelo regime de governo adotado.

Os países europeus que adotaram fórmulas semelhantes de *Conselhos Nacionais de Justiça* são parlamentaristas ou semipresidencialistas, como no caso da Franca[432] e Portugal,[433] e o fizeram para ampliar a autonomia dos magistrados, diminuindo a ingerência política do Parlamento e do Primeiro-Ministro sobre o Judiciário, a partir da constitucionalização do regime parlamentar de governo,[434] como, por exemplo, Portugal, Espanha, França, Grécia e Itália. Outros países europeus preferiram não adotar a ideia de criação de Conselhos Superiores da Magistratura, como, por exemplo,

Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Finlândia, Grã-Bretanha, Irlanda, Luxemburgo, Holanda e Suécia.

Em Portugal, a Constituição de 2 de abril de 1976 prevê os Conselhos Superiores da Justiça – Conselho Superior da Magistratura (CRP, arts. 219 e 220); Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais (CRF, art. 219) e Conselho Superior do Ministério Público (art. 222). A composição do Conselho Superior da Magistratura é paritária, ou seja, oito magistrados de carreira (o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça e sete eleitos pelos demais juízes); um membro escolhido pelo Presidente da República e sete pela Assembleia da República.

Na Espanha, a Constituição de 31 de outubro de 1978 estabelece a existência do Conselho Geral do Poder Judiciário integrado pelo Presidente do Supremo Tribunal e composto por 20 membros nomeados pelo Rei por um período de cinco anos, sendo doze entre magistrados, quatro indicados pela Câmara, quatro pelo Senado. Em relação às indicações políticas, exige-se que recaiam sobre advogados ou juristas de reconhecida competência e com mais de 15 anos de exercício de profissão (art. 122).

Na França, a Constituição de 4 de outubro de 1958 instituiu o Conselho Superior da Magistratura, presidido pelo Presidente da República e tendo por vice-Presidente o Ministro da Justiça. A Turma competente para realizar o controle da magistratura será composta por cinco magistrados de carreira, um membro do Ministério Público, um membro do Conselho de Estado e três membros não pertencentes à magistratura ou ao Parlamento, designados pelo Presidente da República, pelo Presidente da Assembleia Nacional e pelo Presidente do Senado (art. 65).

A Grécia também possui seus conselhos: Conselho Superior da Magistratura (Justiça Civil e Penal) e Conselho Superior do Tribunal de Contas (art. 90 da Constituição grega de 9 de junho de 1975). O Conselho Superior da Justiça Civil e Penal é composto pelo Presidente do Tribunal Superior e por membros desse mesmo tribunal designados por sorteio, além

da participação do Procurador-Geral que atue junto ao Tribunal de Cassação.

A Constituição da Itália, de 27 de dezembro de 1947, estabelece, em seu art. 104, a existência do Conselho Superior da Magistratura, presidido pelo Presidente da República e composto, como membros natos, pelo Presidente do Tribunal Supremo e pelo Procurador-Geral. Os demais componentes serão eleitos em seus dois terços por todos os magistrados e no terço final pelo Parlamento, que escolherá entre professores titulares das Faculdades de Direito e advogados com no mínimo 15 anos de exercício da profissão. A duração do mandato será de quatro anos, sem recondução imediata.

Em todos esses países, os Conselhos são órgãos do Poder Judiciário, tendo por finalidade, basicamente, o controle administrativo e disciplinar da magistratura, jamais o controle, ou qualquer ingerência na independência de julgar e representaram uma grande conquista para a magistratura, pois substituíram o controle que era realizado diretamente pelo Gabinete, e, indiretamente, pelo Parlamento, ou seja, permitiram uma ampliação nas garantias institucionais da magistratura.

No regime presidencialista, em virtude da igualdade de tratamento entre o Poder Judiciário e os demais poderes, não se aplica a mesma lógica para a criação de um órgão central de controle dos diversos tribunais, principalmente se houver grande ingerência dos poderes políticos na escolha dos membros do órgão de controle da magistratura, sob pena de diminuição da independência dos juízes.[435]

O modelo norte-americano, criador do presidencialismo, não admite a existência de órgão específico para realizar o controle externo ao Poder Judiciário, entendendo-se que esse controle é exercido tanto pelos poderes Executivo e Legislativo (Senado) na escolha dos Juízes da Corte Suprema (Artigo III, Seção 1), quanto pela possibilidade de *impeachment* de todos os funcionários civis dos Estados Unidos, inclusive os magistrados, pelo

Senado Federal (Artigo II, Seção 4). Além disso, os juízes federais são escolhidos pelo Presidente da República e a maioria dos Estados e distritos adota métodos eleitorais mistos na escolha dos juízes locais, com participação da sociedade civil e mandatos definidos.[436]

Os controles recíprocos existentes na Constituição da República Federativa do Brasil – a partir da ideia de *check and balances* dos federalistas norte-americanos – são previstos exaustivamente, inclusive, em relação ao Poder Judiciário, conforme analisado anteriormente, configurando-se cláusula pétrea em nosso ordenamento constitucional (CF, art. 60, § 4º, III), podendo ser aperfeiçoados, porém, jamais desnaturados.

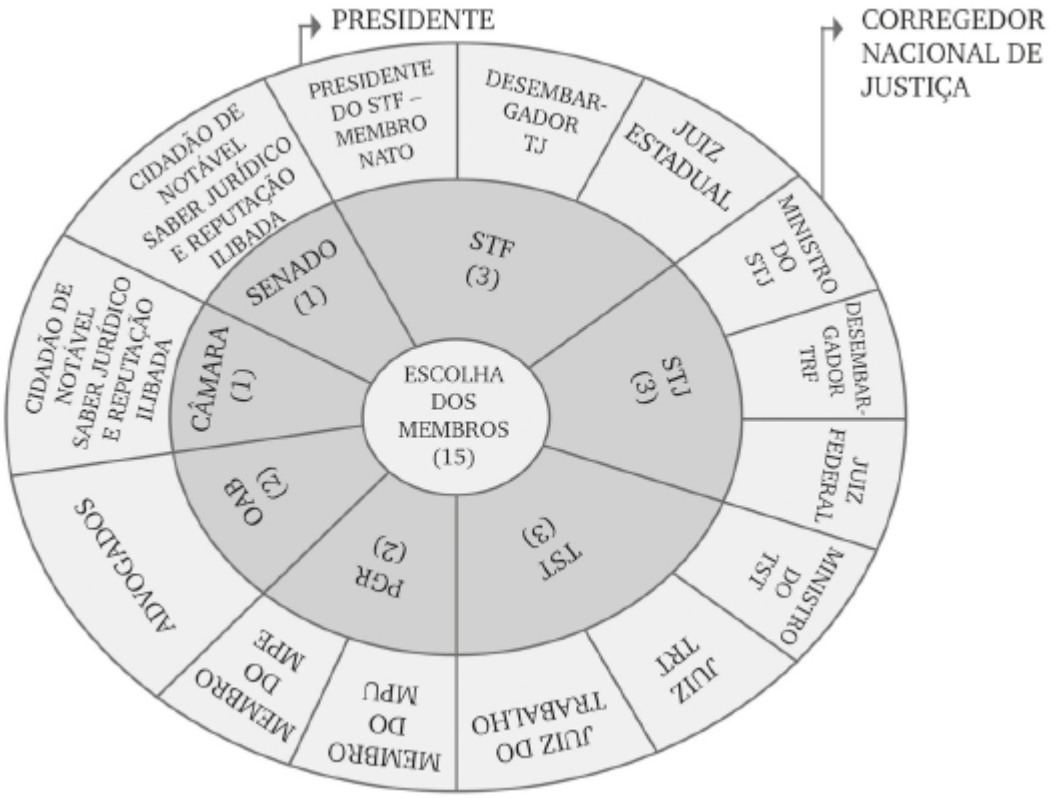
C. EC nº 45/04 e Conselho Nacional de Justiça

A EC nº 45/04 estabeleceu, como órgão de cúpula administrativa do Poder Judiciário,[437] o Conselho Nacional de Justiça, com sede na Capital Federal, porém sem funções jurisdicionais,[438] pois, como lembram Garcia de Enterría e Fernandez Tomás-Ramón, "a relação entre o Direito e o Juiz é direta, sem que nenhum outro sujeito ou órgão possa intervir no momento de tomar suas decisões.[439]

Como bem salientou o Supremo Tribunal Federal, "a composição híbrida do CNJ não compromete a independência interna e externa do Judiciário, porquanto não julga causa alguma, nem dispõe de atribuição, de nenhuma competência, cujo exercício interfira no desempenho da função típica do Judiciário, a jurisdicional".[440]

O Conselho Nacional de Justiça é composto de 15 membros, cuja maioria (nove) é composta por membros do próprio Poder Judiciário, e pode ser dividido da seguinte forma: *membros do Judiciário, membros das funções essenciais à Justiça (advocacia e Ministério Público) e membros da sociedade escolhidos pelo Legislativo.* Como afirmado pelo Supremo Tribunal Federal, "a existência, no Conselho, de membros alheios ao corpo da magistratura, além de viabilizar a erradicação do corporativismo, estende

uma ponte entre o Judiciário e a sociedade, permitindo a oxigenação da estrutura burocrática do Poder e a resposta a críticas severas".[441]



- MEMBROS DO JUDICIÁRIO (9):

– Presidente do Supremo Tribunal Federal (membro nato);
– um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal;
– um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal;
– um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;
– um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;
– um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;
– um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

_ um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;
– um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;
• MEMBROS DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA (4):
– Ministério Público (2): um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República e um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual;
– Advocacia (2): dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.
• MEMBROS DA SOCIEDADE ESCOLHIDOS PELO LEGISLATIVO (2):
– dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

O Conselho será presidido pelo Ministro-Presidente do Supremo Tribunal Federal, que, após a alteração da EC 60/09, poderá votar não somente nos casos de empate – o denominado *Voto de Minerva*[442] –, como havia sido definido na redação original da EC 45/04 mas em todos os processos. Porém, continua ficando excluído da distribuição de processos naquele tribunal.

A previsão originária de composição do CNJ estabelecia que o Supremo Tribunal Federal escolheria um de seus Ministros para compor o órgão, na condição de seu Presidente, após ser aprovado pelo Senado Federal.

Corretamente, o Supremo Tribunal Federal definiu administrativamente que sempre elegeria seu próprio Presidente para

compor o CNJ, a fim de garantir maior integração e harmonia entre os órgãos. Foi assim com os três primeiros Presidentes do CNJ, Ministros Nelson Jobim, Ellen Gracie e Gilmar Mendes.

A EC nº 60, de 11-11-2009, constitucionalizou essa praxe judicial, estabelecendo expressamente como membro nato na presidência do Conselho Nacional de Justiça o Ministro-Presidente do STF e aproveitou para colmatar importante omissão legislativa, quanto à Vice-Presidência do órgão. Assim, a citada emenda estabeleceu que nas ausências e impedimentos do Presidente do CNJ, esse será substituído pelo Vice-Presidente da Corte Suprema. Em ambos os casos, não há necessidade de submissão à sabatina e aprovação no Senado Federal, nem tampouco à nomeação pelo Presidente da República.

A partir da EC nº 60, de 11-11-2009, o texto constitucional deixou de exigir idades mínima e máxima para a escolha dos membros do Conselho Nacional de Justiça, que serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. O mandato dos membros do Conselho Nacional de Justiça é de dois anos, permitindo-se somente uma recondução sucessiva.

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça exercerá a função de Ministro-Corregedor e terá como atribuições constitucionais, sem prejuízo de outras previstas no Estatuto da Magistratura:

- receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários;
- exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral;
- requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios.

O texto constitucional prevê que o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil oficiarão junto ao Conselho Nacional de Justiça. Consequentemente, não poderão compor o Conselho como *membros das funções essenciais à Justiça.*[443]

Nos termos do art. 5º, da EC nº 45/04, foi prevista a instalação do Conselho Nacional de Justiça no prazo de cento e oitenta dias a contar da promulgação da emenda, devendo a primeira indicação ou escolha de seus membros esgotar-se no prazo de 150 dias da promulgação da emenda. Observe-se, que nos termos do § 3º, do art. 103-B, da Constituição Federal, não efetuadas, no prazo legal, as indicações previstas neste artigo, caberá a escolha ao Supremo Tribunal Federal.

Não se trata, portanto, de um verdadeiro controle externo ao Poder Judiciário, nem tampouco de última instância controladora da magistratura nacional, uma vez que, sempre haverá a possibilidade de impugnação das decisões tomadas pelo Conselho Nacional de Justiça,[444] cuja competência para o processo e julgamento de eventuais ações propostas será sempre do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, I, *r*, da Constituição Federal.[445]

Observe-se que o Supremo Tribunal Federal, a partir de uma nova e sistemática interpretação do texto constitucional, havia pacificado que somente os processos e julgamentos das ações "tipicamente constitucionais" (mandados de segurança, de injunção, *habeas data* e *habeas corpus)* contra atos do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público são de sua competência originária. Em relação às demais ações ordinárias, a competência para o ajuizamento deveria seguir as normas processuais comuns.[446] Não me parece, contudo, o melhor posicionamento, pois acabou por permitir verdadeiro esvaziamento de inúmeras decisões institucionais do CNJ, que, apesar de válidas para toda a magistratura, passaram a ser contestadas e, não raras vezes suspensas, por decisão monocrática de 1ª Instância, tornando inócuo o artigo 102, I, *r*, do texto

constitucional. Em face disso, ambas as turmas do STF vêm aceitando a competência originária da Corte em ações originárias, além daquelas definidas como "tipicamente constitucionais" e que, inicialmente, estavam sendo propostas perante a Primeira Instância.[447]

A tendência da Corte em afastar a autorrestrição imposta à sua própria competência foi confirmada em julgamento plenário, em que se definiu que, "nos termos do artigo 102, I, *r*, da Constituição Federal, é competência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, processar e julgar, originalmente, todas as ações ajuizadas contra decisões do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público proferidas no exercício de suas competências constitucionais, respectivamente, previstas nos artigos 103-B, § 4º, e 130-A, § 2º".[448]

O Supremo Tribunal Federal manifestou-se, prévia e excepcionalmente, sobre o Conselho Nacional de Justiça, fixando posição institucional pela possibilidade de criação do órgão, porém sem a participação de membros externos ao Poder Judiciário.[449] Nesses termos, apontou o Supremo Tribunal Federal que

> "o Tribunal decidiu fixar uma posição institucional acerca do denominado 'Controle Externo do Poder Judiciário', ora em discussão no Congresso Nacional. Após a manifestação de todos os Ministros, apurou-se: os Ministros Maurício Corrêa, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Cezar Peluzo são favoráveis à instituição de um Conselho Superior formado apenas por magistrados, podendo oficiar junto a esse Órgão, sem direito a voto, membros do Ministério Público e integrantes da Ordem dos Advogados do Brasil; o Ministro Sepúlveda Pertence manifestou-se a favor, desde que limitada sua composição a Magistrados, representantes da OAB e do Ministério Público; e os Ministros Celso de Mello, Nelson Jobim,

> Carlos Britto e Joaquim Barbosa externaram sua concordância com a criação do Conselho nos termos em que previsto na PEC 29, em tramitação no Senado Federal, composto de nove magistrados, dois representantes da OAB, dois do Ministério Público e dois da sociedade, esses últimos indicados pelo Senado Federal e Câmara dos Deputados. Dessa forma, o Tribunal, por maioria, adotou posição institucional favorável à criação do Órgão, restrita sua composição, porém, a membros do Poder Judiciário, admitindo que perante ele oficiem representantes do *Parquet* e da Advocacia".[450]

Apesar de a posição institucional do STF, por maioria e em sessão administrativa,[451] ter optado pela composição do Conselho restrita a membros da magistratura, não nos parecia ter adiantado eventual posição jurisdicional sobre a inconstitucionalidade na fixação de outra composição, desde que respeitada a autonomia do Poder Judiciário.

Dessa forma, independentemente do posicionamento político sobre a conveniência ou não da criação e existência desse órgão de controle central do Poder Judiciário, três importantes pontos caracterizadores do Conselho Nacional de Justiça afastam a possibilidade de declaração de sua inconstitucionalidade, por interferência na Separação de Poderes (CF, art. 60; § 4º, III): *ser órgão integrante do Poder Judiciário, sua composição apresentar maioria absoluta de membros do Poder Judiciário e possibilidade de controle de suas decisões pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário (STF)*.[452]

Essas três marcantes características garantem a constitucionalidade do Conselho Nacional de Justiça, além de *reforçarem e centralizarem na força do Supremo Tribunal Federal* todo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, tornando-o, não só a *cúpula jurisdicional* do Poder Judiciário brasileiro, como tradicionalmente estabelecido, mas também, a partir da EC

nº 45/04, sua *cúpula administrativa, financeira e disciplinar,* pois todas as decisões do Conselho Nacional de Justiça sobre o controle da atuação administrativa e financeira dos diversos tribunais e sobre a atuação funcional dos magistrados serão passíveis de controle jurisdicional pelo STF (CF, art. 102, I*, r*),[453] que fixará o último posicionamento.[454]

O Supremo Tribunal Federal, na mesma linha dos argumentos expostos anteriormente, declarou, por ampla maioria, a constitucionalidade do Conselho Nacional de Justiça, afirmando que "o CNJ é órgão próprio do Poder Judiciário (CF, art. 92, I-A), composto, na maioria, por membros desse mesmo Poder (CF, art. 103-B), nomeados sem interferência direta dos outros Poderes, dos quais o Legislativo apenas indica, fora de seus quadros e, assim, sem vestígios de representação orgânica, dois dos quinze membros, não podendo essa indicação se equiparar a nenhuma forma de intromissão incompatível com a ideia política e o perfil constitucional da separação e independência de Poderes". Afirmou, ainda, que "a composição híbrida do CNJ não compromete a independência interna e externa do Judiciário, porquanto não julga causa alguma, nem dispõe de atribuição, de nenhuma competência, cujo exercício interfira no desempenho da função típica do Judiciário, a jurisdicional".[455]

D. Atribuições do Conselho Nacional de Justiça

A EC nº 45/04 concedeu ao Conselho Nacional de Justiça a elevada função de realizar o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, estabelecendo constitucionalmente, porém de forma exemplificativa, suas mais importantes atribuições, que poderão ser acrescidas pelo Estatuto da Magistratura.[456]

Observe-se que as competências administrativas do Conselho Nacional de Justiça também podem ser exercidas em relação a atos praticados antes de sua criação, pois conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, "na EC

45/2004, apenas se estabeleceu o prazo de instalação do CNJ, mas não o termo inicial da sua ação fiscalizadora no campo administrativo, considerados os atos dos tribunais em geral, exceto os do Supremo no que a este cabe o crivo quanto a essa atuação. Ou seja, não teria surgido no mundo jurídico cláusula a limitar a atuação considerada a data do ato a ser apreciado".[457]

Dessa forma, compete ao Conselho Nacional de Justiça:

- zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;
- zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;[458]
- receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário,[459] inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados,[460] sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção ou a disponibilidade e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa.[461] A competência constitucional disciplinar do Conselho Nacional de Justiça não afasta a competência ordinária dos Tribunais e juízos, observando-se, porém, como ressaltado pelo Ministro Joaquim Barbosa, que jamais ocorrerá "conflito de competência,

mas superioridade hierárquica do CNJ em questões disciplinares";[462]

- representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;
- rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano. Importante destacar a necessidade de essa importante atribuição do Conselho Nacional de Justiça respeitar o marco temporal, sob pena de jamais ocorrer o encerramento dos procedimentos disciplinares;[463]
- elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;
- elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

O Supremo Tribunal Federal, por ampla maioria (9 × 1), declarou a constitucionalidade da Resolução CNJ nº 07/05 (resolução antinepotismo), reconhecendo como competência constitucional do Conselho Nacional de Justiça o *poder normativo primário* no âmbito das matérias descritas no § 4º, do art. 103-B, da Constituição Federal.

Extremamente precisa, nesse sentido, a lição do Ministro-relator Carlos Britto, quando indagando "vem a pergunta que tenho como a de maior valia para o julgamento desta ADC: o Conselho Nacional de Justiça foi aquinhoado com essa modalidade primária de competência? Mais exatamente: foi o Conselho Nacional de Justiça contemplado com o poder

de expedir normas primárias sobre as matérias que servem de recheio fático ao inciso II do § 4º do art. 103-B da Constituição?". Finalizou concluindo crer que "o § 4º, em si mesmo considerado, deixa muito claro a extrema relevância do papel do CNJ como órgão central de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário. Daí porque a esse Conselho cabe aferir o cumprimento dos deveres dos juízes e ainda exercer, de parelha com os poderes que lhe forem conferidos pelo Estatuto da Magistratura, aqueles de pronto arrolados pelos incisos de I a VII desse mesmo § 4º. 31. No âmbito dessas competências de logo avançadas pela Constituição é que se inscrevem, conforme visto, os poderes do inciso II, acima transcrito. Dispositivo que se compõe de mais de um núcleo normativo, quatro deles expressos e um inexpresso (...) *o núcleo inexpresso* é a outorga de competência para o Conselho dispor, primariamente, sobre cada qual dos quatro núcleos expressos, na lógica pressuposição de que a competência para zelar pela observância do art. 37 da Constituição e ainda baixar os atos de sanação de condutas eventualmente contrárias à legalidade é poder que traz consigo a dimensão da normatividade em abstrato, que já é uma forma de prevenir a irrupção de conflitos. O poder de precaver-se ou acautelar-se para minimizar a possibilidade das transgressões em concreto".[464]

Para garantir maior efetividade na atuação do Conselho Nacional de Justiça, a EC nº 45/04 previu a criação pela União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, de ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça.

E. Limites de atuação do Conselho Nacional de Justiça

A atuação constitucional do Conselho Nacional de Justiça direciona-se para duas importantes missões: o *controle da atuação administrativa e*

financeira do Poder Judiciário e o *controle do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.*

Em ambos os casos, a EC nº 45/04 buscou estabelecer a possibilidade de *efetivo controle administrativo centralizado de legalidade* sobre a atuação dos diversos juízos e tribunais, sem prejuízo dos controles administrativos de cada tribunal e do controle jurisdicional.

Essa finalidade fica patente, principalmente, quando o novo texto constitucional determina ao Conselho zelar pela observância do art. 37 da Constituição Federal e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a *legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário,* podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo do Tribunal de Contas da União (CF, art. 103-B, § 4º, II) e, também, determina ao Conselho que receba e conheça das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa (CF, art. 103-B, § 4º, III).

Observe-se, porém, que as duas hipóteses apresentam uma *importante e significativa diferença de atuação do Conselho Nacional de Justiça.*

Na *função correicional e disciplinar dos membros, órgãos e serviços do Poder Judiciário*, o Conselho atua como órgão administrativo hierarquicamente superior, podendo analisar tanto a legalidade quanto o mérito de eventuais faltas funcionais.

O Conselho Nacional de Justiça possui competência disciplinar originária e concorrente, podendo instaurar originariamente, avocar ou

revisar procedimentos disciplinares, sem prejuízo da atuação das corregedorias locais.[465]

Como salientado pelo Supremo Tribunal Federal, o controle ético-disciplinar a ser realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, em relação a todos os membros da magistratura, "representa expressiva conquista do Estado democrático de direito a consciência de que os mecanismos de responsabilização dos juízes, por inobservância das obrigações funcionais, são imprescindíveis à boa prestação jurisdicional, sendo de reconhecer, como imperativo do regime republicano e da inteireza e serventia da função, a necessidade de convívio permanente entre a independência jurisdicional e instrumentos de responsabilização dos juízes que não sejam apenas formais, mas que cumpram, com efetividade, o papel que se lhes predica".[466]

Diversamente, porém, na *função de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário*, inclusive com a possibilidade de desconstituição ou revisão dos atos administrativos praticados pelos membros ou órgãos judiciários, o Conselho Nacional de Justiça somente poderá analisar a legalidade do ato, e não o mérito – na hipótese de atos administrativos discricionários –, que deve ser entendido como juízo de conveniência e oportunidade do administrador, no caso, os membros ou órgãos judiciários, que poderão, entre as hipóteses legais e moralmente admissíveis, escolher aquela que entender como a melhor para o interesse público.[467]

Em relação aos atos administrativos vinculados, em face de a lei determinar todos os seus elementos, o controle será pleno, pois inexiste vontade subjetiva da administração dos membros ou órgãos dos Tribunais na sua edição.

Em relação, porém, aos atos administrativos discricionários torna-se importante a definição dos contornos e amplitude da aplicabilidade do art. 103-B, § 4º, II, da Constituição Federal, uma vez que é a própria lei que,

explícita ou implicitamente, concede maior liberdade aos membros ou órgãos dos Tribunais, permitindo-lhe a escolha da conveniência e oportunidade para a edição do ato.

Em regra, será defeso ao Conselho Nacional de Justiça apreciar o mérito do ato administrativo dos demais órgãos do Poder Judiciário, cabendo-lhe unicamente examiná-lo sob o aspecto de sua legalidade e moralidade, isto é, se foi praticado conforme ou contrariamente ao ordenamento jurídico.

Esta solução tem como fundamento básico, o art. 96, I, *a*, que prevê *como alicerce da independência do Poder Judiciário* (vide item 4.4.1 – B) a eleição, pelos membros dos próprios Tribunais, de seus órgãos diretivos, sem qualquer ingerência, de maneira que a verificação das razões de conveniência ou de oportunidade dos atos administrativos escapa ao controle administrativo de um órgão externo ao próprio tribunal, ainda que componente da estrutura do Poder Judiciário (Conselho Nacional de Justiça), ou mesmo ao controle jurisdicional de outros órgãos, inclusive do Supremo Tribunal Federal.[468]

Nesse sentido, proclamou o Supremo Tribunal Federal que "levando em conta as atribuições conferidas ao Conselho – controle da atividade administrativa e financeira do Judiciário e controle ético-disciplinar de seus membros – assentou-se que a primeira não atinge o autogoverno do Judiciário, visto que, da totalidade das competências privativas dos tribunais (CF, art. 96), nenhuma lhes foi usurpada".[469]

Não existe, porém, nenhum ato absolutamente discricionário, pois tal fato converter-se-ia em arbitrariedade.

Assim, mesmo o ato administrativo discricionário está vinculado ao império constitucional e legal, pois, como muito bem ressaltado por Chevallier, "o objetivo do Estado de Direito é limitar o poder do Estado pelo Direito".[470]

O Estado de Direito exige a vinculação das autoridades ao Direito,[471] e, portanto, o administrador – mesmo que sejam membros ou órgãos de Tribunais –, ao editar um ato discricionário, deve respeito aos seus elementos de *competência, forma* e *finalidade*; bem como a veracidade dos pressupostos fáticos para a sua edição (*motivo*).

Nesse sentido, Vedel aponta a existência de um controle mínimo do ato discricionário, que deverá ser sob o ângulo dos elementos do ato administrativo, pois, embora possa haver competência do agente, é preciso, ainda, que os motivos correspondam aos fundamentos fáticos e jurídicos do ato, e o fim perseguido seja legal, concluindo que o Poder Judiciário – e na presente hipótese, podemos estender a conclusão ao Conselho Nacional de Justiça – deve exercer somente o juízo de verificação de exatidão do exercício de oportunidade perante a legalidade.[472]

A revisão da atuação administrativa dos membros ou órgãos dos Tribunais, exercida pelo Conselho Nacional de Justiça, deverá, igualmente, verificar a realidade dos fatos e também a coerência lógica da decisão discricionária com os fatos. Se ausente a coerência, a decisão estará viciada por infringência ao ordenamento jurídico e, mais especificamente, ao princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos que impede o extravasamento dos limites razoáveis da discricionariedade, evitando que esta se converta em causa, de decisões desprovidas de justificação fática e, consequentemente, arbitrárias,[473] pois o exame da legalidade e moralidade, além do aspecto formal, compreende também a análise dos fatos levados em conta pela autoridade que editou o ato administrativo.[474]

Em conclusão, nos atos administrativos discricionários expedidos pelo Poder Judiciário, a opção conveniente e oportuna deve ser feita legal e moralmente pelos membros ou órgãos dos Tribunais, ou seja, somente na legalidade e na moralidade que a oportunidade deve ser apreciada pelo Conselho Nacional de Justiça.[475] Consequentemente, não poderá o Conselho Nacional de Justiça invadir a legítima escolha feita pelos órgãos

administrativos dos Tribunais, entre as opções legalmente reservadas para a edição do ato discricionário, de maneira a, simplesmente, alterar a opção licitamente realizada, sob pena de atentar contra a independência dos Tribunais.

Não se diga que essas limitações tornam o controle a ser exercido pelo Conselho Nacional de Justiça ineficaz, pois com a finalidade de afastar arbitrariedades praticadas, no exercício de seu poder discricionário, a evolução da doutrina constitucional administrativista mostra a redução interpretativa do sentido da palavra *mérito*, adequando-a ao moderno sentido de um Estado de Direito.

Como salientam Canotilho e Vital Moreira,

> "como toda a actividade pública, a Administração está subordinada à Constituição. O princípio da constitucionalidade da administração não é outra coisa senão a aplicação, no âmbito administrativo, do princípio geral da constitucionalidade dos actos do Estado: todos os poderes e órgãos do Estado (em sentido amplo) estão submetidos às normas e princípios hierarquicamente superiores da Constituição".[476]

Dessa forma, ampliou-se a possibilidade de revisão judicial dos atos administrativos discricionários, por meio de duas teorias: *teoria relativa ao desvio de poder ou de finalidade* e *teoria dos motivos determinantes.*

Ambas as hipóteses são integralmente aplicáveis à possibilidade de revisão, pelo Conselho Nacional de Justiça, dos atos administrativos discricionários editados por membros ou órgãos dos tribunais.

Pela primeira, o Conselho Nacional de Justiça poderá exercer amplo controle sobre os atos administrativos, quando o órgão administrativo do tribunal utilizar-se de seu poder discricionário para atingir fim diverso daquele que a lei fixou, ou seja, ao utilizar-se indevidamente dos critérios

da conveniência e oportunidade, o agente desvia-se da finalidade de persecução do interesse público.

Na segunda hipótese – *teoria dos motivos determinantes* (Gaston Jéze) –, os motivos expostos como justificativa para a edição do ato associam-se à validade do ato, vinculando o próprio agente, de forma que a inexistência ou falsidade dos pressupostos *fáticos* ou *legais* ensejadores do ato administrativo acabam por afetar sua própria validade, mesmo que o agente não estivesse obrigado a motivá-lo.

A *teoria dos motivos determinantes* aplica-se a todos os atos administrativos, pois, mesmo naqueles em que a lei não exija a obrigatoriedade de motivação, se o agente optar por motivá-lo, não poderá alegar pressupostos de fato e de direito inexistentes ou falsos.

Portanto, toda vez que o órgão administrativo, inclusive dos tribunais, motiva o ato administrativo, esse somente será válido se os motivos expostos forem verdadeiros.[477]

Podemos exemplificar com a dispensa *ad nutum* de um servidor do Judiciário que exerça determinado cargo de confiança. A lei não exige que se especifique o motivo do ato demissório, porém, se o membro ou órgão competente do Tribunal expõe os pressupostos fáticos ou legais que o levaram à sua edição, estará vinculado à demonstração de sua existência e veracidade, sob pena de invalidação do ato. Se o ato demissório motivou-se na desnecessidade daquele cargo de confiança e no dia seguinte ocorreu nova nomeação para o mesmo cargo, estará comprovada a falsidade da alegação e, consequentemente, pela *teoria dos motivos determinantes,* o primeiro ato será inválido.

Portanto, o ato administrativo viciado em seu motivo poderá ser revisto e anulado pelo Conselho Nacional de Justiça, por desvio de finalidade, havendo, porém, necessidade de prova desse desvio, não bastando mera suposição.

F. Impossibilidade de o Conselho Nacional de Justiça realizar controle incidental de constitucionalidade

A Emenda Constitucional 45/04 concedeu ao Conselho Nacional de Justiça a elevada função de realizar o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, estabelecendo constitucionalmente suas atribuições administrativas, em especial competindo-lhe zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, pela observância dos princípios

da administração pública e pela legalidade dos atos administrativos praticados pelos órgãos do Poder Judiciário e realizar a fiscalização ético-disciplinar de seus membros.

A atuação constitucional do CNJ, portanto, direciona-se para duas importantes missões, quais sejam o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e o controle do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, tendo a EC 45/04 estabelecido instrumentos de efetivo controle centralizado da legalidade sobre a atuação dos diversos juízos e tribunais, sem prejuízo, obviamente, dos controles administrativos de cada tribunal e do controle jurisdicional.

Desde sua criação, o CNJ vem demonstrando o acerto de sua criação pelo Congresso Nacional, porém não excluiu em diversas oportunidades a necessidade de manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre os limites constitucionais de suas importantes competências como órgão de cúpula administrativa e disciplinar do Poder Judiciário, pois sua criação reforçou a necessidade democrática de constante aprimoramento entre os poderes e instituições de Estado na prática da harmonia exigida textualmente pelo artigo 2º da Constituição, sob pena de deflagração de embates tão nocivos à República.

A definição dos limites constitucionais das importantes competências administrativas do CNJ é imprescindível para o bom funcionamento do órgão e para manutenção de sua legitimidade constitucional, salientando-se que suas competências originárias, assim como ocorre há mais de 210 anos em relação à Corte Suprema Americana e há mais de 120 anos em relação às competências originárias do Supremo Tribunal Federal, são taxativamente previstas pelo texto constitucional, pois as competências originárias dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário exigem previsão expressa e taxativa, conforme princípio tradicional nascido com o próprio constitucionalismo norte-americano em 1787 e reconhecido no célebre caso

Marbury v. Madison (1 Cranch 137 – 1803) e entre nós, desde o início da República (*RTJ* 43/129, 44/563, 50/72).

Esse foi o princípio adotado pelo Congresso Nacional ao editar a EC 45/04, e estabelecer as competências originárias do Conselho Nacional de Justiça, somente no âmbito de atuação administrativa, e tornando-as excepcionais, inclusive em relação à autonomia dos tribunais, permitindo o controle jurisdicional a ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal e não as confundindo com o exercício da função jurisdicional pelos juízes e tribunais, nem tampouco autorizando qualquer tipo de invasão nas competências fixadas aos demais órgãos e Instituições do Estado, mantendo-se, dessa maneira, a independência e harmonia entre os Poderes como princípio basilar da República protegido por diversos mecanismos de controles recíprocos que precisam, efetivamente, ser utilizados evitando, dessa forma, a tentativa de criação inconstitucional de mecanismos que induzam a possibilidade de guerrilha institucional.

Dentro dessa perspectiva constitucional de sua criação e organização, é inconcebível a hipótese do Conselho Nacional de Justiça, órgão administrativo sem qualquer função jurisdicional, passar a exercer controle difuso de constitucionalidade nos julgamentos de seus procedimentos, sob o pretenso argumento de que lhe seja defeso em virtude de sua competência administrativa para zelar pela observância dos princípios e regras da Administração Pública previstos no artigo 37 (Constituição Federal, artigo 103-B, parágrafo 4º, II).[478]

Assim como outros importantes órgãos administrativos previstos na Constituição Federal com atribuições expressas para defender princípios e normas constitucionais (Ministério Público – Constituição Federal, artigo 129, II – compete ao Ministério Público zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias às suas garantias, e Conselho Nacional do Ministério Público, cuja previsão constitucional de

atribuição é idêntica ao CNJ – Constituição Federal, artigo 130-A, § 2º, II – Compete ao CNMP zelar pela observância do artigo 37), no exercício de sua missão e finalidades previstas no texto maior, compete ao CNJ exercer na plenitude todas as suas competências administrativas, sem obviamente poder usurpar o exercício da função de outros órgãos, inclusive a função jurisdicional de controle de constitucionalidade.

O exercício dessa competência jurisdicional pelo CNJ acarretaria triplo desrespeito ao texto maior, atentando tanto contra o Poder Legislativo, quanto contra as próprias competências jurisdicionais do Judiciário e as competências privativas de nossa Corte Suprema.

O desrespeito do CNJ em relação ao Poder Judiciário se consubstanciaria no alargamento de suas competências administrativas originárias, pois estaria usurpando função constitucional atribuída aos juízes e tribunais (*função jurisdicional*) e ignorando expressa competência do próprio Supremo Tribunal Federal (*"guardião da Constituição"*). A declaração incidental de inconstitucionalidade ou, conforme denominação do *Chief Justice* Marshall (1 Chanch 137 – 1803 – Marbury v. Madison), a ampla revisão judicial, somente é permitida de maneira excepcional aos juízes e tribunais para o pleno exercício de suas funções jurisdicionais, devendo o magistrado garantir a supremacia das normas constitucionais ao solucionar de forma definitiva o caso concreto posto em juízo.

Trata-se, portanto, de excepcionalidade concedida somente aos órgãos exercentes de função jurisdicional, aceita pelos mecanismos de freios e contrapesos existentes na separação de poderes e não extensível a qualquer outro órgão administrativo (cf. Henry Abraham, Thomas Cooley, Lawrence Baum, Bernard Shawartz, Carl Brent Swisher, Kermit L. Hall, Jethro Lieberman, Herman Pritchett, Robert Goldwin, entre outros).

Porém, a possibilidade de exercício do controle difuso pelo CNJ é mais grave do que somente a configuração de usurpação de função jurisdicional

por órgão administrativo, em virtude da extensão dos efeitos de suas decisões em procedimentos administrativos relativos aos diversos tribunais.

O controle difuso exercido administrativamente pelo Conselho Nacional de Justiça traria consigo a *transcendência dos efeitos*, pois na maioria das vezes, ao declarar a inconstitucionalidade ou, eufemisticamente, afastar incidentalmente a aplicação de uma lei federal ou estadual de organização judiciária, de regulamentação dos serviços judiciários ou regramento funcional da magistratura, o CNJ não só estaria julgando o caso concreto, mas também acabaria determinando aos órgãos de administração dos referidos Tribunais que deixassem de aplicar essa mesma lei para todos os demais casos idênticos, extrapolando os efeitos concretos e intrapartes e tornando-os *erga omnes* e *vinculantes* no âmbito daquele tribunal.

A decisão do CNJ configuraria, portanto, além de exercício não permitido de função jurisdicional, clara hipótese de transcendência dos efeitos do controle difuso, com usurpação cumulativa das competências constitucionais exclusivas tanto do Supremo Tribunal Federal (controle abstrato de constitucionalidade, Constituição Federal, artigo 102, I, ‘a’), quanto do Senado Federal (mecanismo de ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade, Constituição Federal, artigo 52, X).

Tome-se como exemplo eventual procedimento de controle administrativo onde determinado candidato a cargo de servidor do Poder Judiciário requer ao CNJ a nulidade do concurso em virtude da presença de suposta inconstitucionalidade da lei estadual, vigente e eficaz, que o regulamenta. Ao declarar incidentalmente essa inconstitucionalidade e decretar a nulidade do concurso, o CNJ estará impedindo a aplicação da lei estadual pelos órgãos de administração do Judiciário local, não somente para o referido candidato que impugnou o concurso, mas também para o concurso atual e os posteriores, ou seja, a decisão terá efeitos *erga omnes* e

vinculantes no âmbito daquele órgão do Poder Judiciário, a quem se aplica a lei.

Trata-se da denominada *transcendência dos efeitos do controle difuso* que o próprio Supremo Tribunal Federal não permitiu a si mesmo, se autolimitando no julgamento da Reclamação 4.335/AC, julgada em 16 de maio de 2013, por entender que a Corte Suprema não poderia invadir competência constitucional do Senado Federal, prevista no artigo 52, X, do texto atual, pois a Constituição Federal previu um mecanismo específico de ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade pelo STF, autorizando que a Câmara Alta do Congresso Nacional edite resolução para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional incidentalmente por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Em verdade, nas hipóteses de afastamento incidental da aplicação de lei específica no âmbito de determinado órgão do Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça, por via reflexa, estaria automaticamente aplicando a *transcendência dos efeitos do controle difuso* e desrespeitando frontalmente a competência para o exercício do controle concentrado reservada com exclusividade ao Supremo Tribunal Federal pelo texto constitucional, pois estaria obrigando, a partir de um caso concreto, aquele órgão Judiciário a deixar de aplicar uma lei em todas as situações idênticas (*efeitos vinculantes).*

A transformação do controle difuso em concentrado em virtude da transmutação de seus efeitos, com patente usurpação da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, não é admitida em nosso ordenamento jurídico constitucional nem mesmo em âmbito jurisdicional, quanto mais em âmbito administrativo.

Em hipóteses semelhantes, no âmbito do exercício de função jurisdicional, o Supremo Tribunal Federal não entende possível que a decisão jurisdicional e incidental de inconstitucionalidade de juiz ou

tribunal em um caso concreto extrapole seus efeitos entre as partes e passe a gerar reflexos *erga omnes*.

Veda-se, portanto, a utilização de instrumentos processuais que visem a obtenção de feitos gerais nas declarações de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, não importando se tal declaração consta como pedido principal ou como pedido incidental, pois mesmo nesta última hipótese a declaração de inconstitucionalidade poderá não se restringir somente às partes daquele processo. É o que se proíbe, por exemplo, em alguns casos onde se pretende a declaração incidental de inconstitucionalidade em sede de ação civil pública como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade, a fim de exercer controle concentrado de constitucionalidade (STF/Rcls. 633, 554, 2224).

Não bastasse a configuração do desrespeito à função jurisdicional e a competência exclusiva do STF, essa hipótese fere as funções do Legislativo, pois a possibilidade do CNJ declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público incidentalmente em seus procedimentos administrativos atentaria frontalmente contra os mecanismos recíprocos de freios e contrapesos (*check and balances)* estabelecidos no texto constitucional como pilares à Separação de Poderes, e que se consubstancia em cláusula pétrea em nosso sistema normativo, nos termos do artigo 60, § 4º, III, da Constituição Federal, pois ausente a necessária legitimidade constitucional a que esse, ou qualquer outro órgão administrativo, possa afastar leis devidamente emanadas pelo Poder Legislativo.

Não restam dúvidas, portanto, de que permitir ao Conselho Nacional de Justiça, inclusive de ofício, o exercício do controle difuso de constitucionalidade em relação às leis federais e estaduais de regência do Poder Judiciário, com consequente transcendência dos efeitos de suas decisões vinculando todos os órgãos de administração judiciária daquele determinado órgão, seria o reconhecimento de novas e perigosas competências originárias de caráter jurisdicionais não previstas no texto

constitucional, em usurpação às competências do Supremo Tribunal Federal.[479]

Aceitar a possibilidade de exercício de controle difuso pelo Conselho Nacional de Justiça seria reconhecer substancial e inconstitucional acréscimo à sua competência de controle da atividade administrativa e financeira do Judiciário e controle ético-disciplinar de seus membros (ADI 3367), apesar da inexistência dessa previsão na EC 45/04, transformando-o de órgão de cúpula administrativa em verdadeiro Tribunal Constitucional no âmbito do Poder Judiciário e concedendo-lhe a possibilidade de analisar de ofício ou por provocação de qualquer pessoa (legitimidade popular), todas as leis estaduais ou federais de incidência na atividade administrativa, financeira ou ético-disciplinar do Judiciário, com efeitos vinculantes de suas decisões em relação aos órgãos administrativos dos demais Tribunais, que não poderiam negar aplicação àquela decisão.

Mesmo que a decisão do Conselho Nacional de Justiça fosse restrita ao âmbito da legislação do Poder Judiciário, a Constituição Federal não admite qualquer hipótese de controvérsia sobre a exclusividade do Supremo Tribunal Federal como o órgão detentor da grave missão constitucional de "*Guardião da Constituição",* com ampla possibilidade de utilização das técnicas de interpretação constitucional como instrumento de mutação informal de seu texto, mediante compatibilização de seus princípios com as exigências e transformações históricas, sociais e culturais da sociedade, principalmente para concretização e defesa integral e efetividade máxima dos direitos fundamentais e dos princípios da administração pública.

Trata-se da efetivação da ideia de Hans Kelsen, exposta por este em artigo publicado em 1930 (*Quem deve ser o guardião da Constituição?*), onde defendeu a existência de uma Justiça constitucional como meio adequado de garantia da essência da Democracia, efetivando a proteção de todos os grupos sociais – proteção contramajoritária – e contribuindo com a paz social, pois a Assembleia Nacional Constituinte consagrou nosso Poder

Judiciário, no exercício da função jurisdicional, como guardião final do texto constitucional, e o Supremo Tribunal Federal como seu maior intérprete, protegendo essa escolha com o manto da cláusula pétrea da separação de Poderes (Constituição Federal, artigo 60, § 4º, III).

Haveria nessa hipótese *inaceitável subversão constitucional,* pois o texto constitucional não prevê essa competência jurisdicional ao Conselho Nacional de Justiça, que, igualmente, não se submete às regras de freios e contrapesos previstas pela Constituição Federal ao Supremo Tribunal Federal para interpretar seu texto (legitimidade taxativa, pertinência temática, cláusula de reserva de plenário, quórum qualificado para modulação dos efeitos, quórum qualificado para edição de súmulas vinculantes, entre outros), e que acabam por ponderar, balancear e limitar esse poder.

A Constituição Federal não permite, sob pena de desrespeito aos artigos 52, inciso X, 102, I, *a*, e 103-B, ao Conselho Nacional de Justiça o exercício do controle difuso de constitucionalidade, mesmo que, repita-se, seja eufemisticamente denominado de competência administrativa de deixar de aplicar a lei vigente e eficaz no caso concreto com reflexos para os órgãos da Magistratura submetidos ao procedimento administrativo, sob o argumento de zelar pela observância dos princípios da administração pública e pela legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, pois representaria usurpação de função jurisdicional, invasão à competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal e desrespeito ao Poder Legislativo.

Ressalte-se, porém, que excepcionalmente, o Supremo Tribunal Federal entendeu possível ao Conselho Nacional de Justiça determinar a anulação de ato administrativo baseado em lei inconstitucional, afirmando que: “Atuação do órgão de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura nacional nos limites da respectiva competência, afastando a validade dos atos administrativos e a aplicação de lei estadual na qual

embasados e reputada pelo Conselho Nacional de Justiça contrária à regra constitucional de ingresso no serviço público por concurso público, pela ausência dos requisitos caracterizadores do cargo comissionado. 2. Insere-se entre as competências constitucionalmente atribuídas ao Conselho Nacional de Justiça a possibilidade de afastar, por inconstitucionalidade, a aplicação de lei aproveitada como base de ato administrativo objeto de controle, determinando aos órgãos submetidos a seu espaço de influência a observância desse entendimento, por ato expresso e formal tomado pela maioria absoluta dos membros do Conselho".[480]

4.5 Organização do Poder Judiciário

A Constituição Federal determina com a nova redação dada pela EC nº 45/04 que lei complementar,[481] de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios (CF, art. 93):

> I – ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica[482] e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação. Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, "em assuntos diretamente relacionados à magistratura nacional, como as condições para investidura no cargo, a disciplina da matéria deve ser versada pela Constituição Federal ou pela LOMAN, não podendo lei ordinária federal inovar e prever norma de caráter restritivo ao ingresso na magistratura que não encontra pertinência nos citados diplomas normativos". Dessa maneira, declarou inconstitucional limite etário máximo fixado para ingresso no cargo de juiz, pois "a Constituição

Federal não exige idade mínima para o ingresso na magistratura, mas sim a exigência de "três anos de atividade jurídica" ao bacharel em direito (CF, art. 93, I).[483] O limite de 50 anos de idade para ingresso em cargo de magistrado não guarda correlação com a natureza do cargo e destoa do critério a que a Constituição adotou para a composição dos Tribunais Superiores, Tribunais Regionais Federais e Tribunais Regionais do Trabalho";[484]

II – promoção de entrância para entrância,[485] alternadamente, por antiguidade e merecimento – cujos critérios de desempate somente podem ser estabelecidos por lei complementar de iniciativa do STF, nos termos do art. 93 da Constituição Federal[486] –, atendidas as seguintes normas:

a) é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento;

b) a promoção por merecimento pressupões dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz à primeira quinta parte da lista de antiguidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago;

c) aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento;

d) na apuração de antiguidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação;

e) não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão;

III – o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância;

IV – previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados;[487]

V – o subsídio dos Ministros dos Tribunais Superiores corresponderá a noventa e cinco por cento do subsídio mensal fixado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal e os subsídios dos demais magistrados serão fixados em lei e escalonados, em nível federal e estadual, conforme as respectivas categorias da estrutura judiciária nacional, não podendo a diferença entre uma e outra ser superior a dez por cento ou inferior a cinco por cento, nem exceder a noventa e cinco por cento do subsídio mensal dos Ministros dos Tribunais Superiores, obedecido, em qualquer caso, o disposto nos arts. 37, XI, e 39, § 4º;[488] o Conselho Nacional de Justiça editou as Resoluções nºs 13 e 14, de 21 de março de 2006, que dispõem sobre a aplicação do teto remuneratório constitucional;

VI – a aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes observarão o disposto no art. 40 da Constituição Federal[489] (conferir Capítulo 9, item 15). O art. 40, § 1º, II, foi alterado pela Emenda Constitucional nº 88, de 7 de maio de 2015 (PEC da Bengala), estabelecendo norma autoaplicável de ampliação da idade de aposentadoria compulsória dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União, para 75 anos. Em relação aos demais magistrados, a EC nº 88/2015 estabeleceu a aposentadoria

compulsória, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 anos de idade, ou aos 75 anos de idade, na forma de lei complementar. Posteriormente, foi editada a Lei Complementar nº 153, de 3 de dezembro de 2015, que disciplinou a aposentadoria compulsória por idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 75 anos de idade a todos os membros do Poder Judiciário;

VII – o juiz titular residirá na respectiva comarca, salvo autorização do tribunal. O Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 37, de 6 de junho de 2007, dispondo sobre a obrigatoriedade de os Tribunais regulamentarem os casos excepcionais de Juízes residirem fora das respectivas comarcas;

VIII – o ato de remoção ou de disponibilidade do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa;[490]

VIII-A – a remoção a pedido ou a permuta de magistrados de comarca de igual entrância atenderá, no que couber, ao disposto nas alíneas *a*, *b*, *c* e *e* do inciso II. O Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 32, de 10 de abril de 2007, que dispõe sobre as remoções a pedido e permuta de magistrados de igual entrância;

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

X – as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros. Conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, "somente com o advento da EC 45/2004 as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública", não sendo, portanto, nulas as decisões em processos disciplinares proferidas em sessões secretas, antes do da citada emenda constitucional;[491]

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. O Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 16, de 2 de junho de 2006, estabelecendo critérios para a composição e eleição do Órgão Especial dos Tribunais;

XII – a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente;

XIII – o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população;

XIV – os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório;

XV – a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição, pois, conforme proclamado pelo Superior Tribunal de Justiça, "a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, que incluiu o inciso XV ao art. 93 da Constituição Federal, tornou obrigatória a distribuição imediata

dos processos, em todos os graus de jurisdição, visando a permitir que o jurisdicionado possa dirigir eventuais pedidos, antes do julgamento de mérito, ao relator do processo".[492]

4.5.1 Fixação de subsídios do Poder Judiciário

Com as Emendas Constitucionais nºs 19/98, 41/03 e 47/05, alterou-se o mecanismo de fixação de subsídios dos membros do Poder Judiciário, que passou a ter as seguintes regras:

- *existência de teto salarial fixado por lei:* o subsídio dos membros do Poder Judiciário, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 37, XI). Essa fixação, nos termos da EC nº 41/03, será por lei federal ordinária, de iniciativa do Presidente do Supremo Tribunal Federal, nos termos dos arts. 48, XV, e 96, II, *b*;
- *respeito à igualdade tributária:* a fixação de subsídio deverá observar a vedação de qualquer tratamento privilegiado em relação aos demais contribuintes (CF, art. 150, II), a incidência de imposto de renda e proventos de qualquer natureza (CF, art. 153, III), respeitando-se os critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade (CF, art. 153, § 2º, I);
- *fixação de subsídio em parcela única:* os membros do Poder Judiciário serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, somente podendo ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em

cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices (CF, art. 39, § 4º, e art. 37, X);[493]

- *fixação do subsídio de seus membros e dos juízes por lei de iniciativa privativa dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça, conforme a hipótese*;
- *escalonamento na fixação do subsídio no Poder Judiciário*: o subsídio dos Ministros dos Tribunais Superiores corresponderá a 95% do subsídio mensal fixado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal e os subsídios dos demais magistrados serão fixados em lei e escalonados, em nível federal e estadual, conforme as respectivas categorias da estrutura judiciária nacional, não podendo a diferença entre uma e outra ser superior a 10% ou inferior a 5%, nem exceder a 95% do subsídio mensal dos Ministros dos Tribunais Superiores;
- *irredutibilidade de subsídio*: conferir, neste Capítulo, item 4.4.2 – A3;
- *subteto salarial do Poder Judiciário estadual*: no âmbito do Poder Judiciário estadual, nos termos da EC nº 41/03, o maior subsídio será o de Desembargador do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos. Observe-se que o Supremo Tribunal Federal não permitiu a instituição de subteto remuneratório para a magistratura estadual inferior ao da magistratura federal.[494] A EC nº 47/05 permitiu aos estados-membros e ao Distrito Federal, por meio de emendas às suas respectivas Constituições estaduais e Lei Orgânica Distrital, alterarem seus *subtetos,* no sentido de estabelecimento de um limite único para todos os servidores estaduais ou

distritais, exceptuando-se os parlamentares. Esse limite será o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça (90,25% do subsídio dos Ministros do STF). Trata-se, porém, de faculdade concedida aos Estados-membros e ao Distrito Federal.

4.5.2 Requisitos para ingresso na carreira da magistratura

A Resolução nº 75, de 12-5-2009, regulamentou os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional, revoando a anterior Resolução nº 11/2006.

No § 1º de seu artigo 23, a Resolução 75/2009 estabelece que o candidato deverá, na inscrição preliminar, declarar que é bacharel em Direito e atender, até a data da inscrição definitiva, a exigência de 3 (três) anos de atividade jurídica exercida após a obtenção do grau de bacharel em Direito;[495] não sendo possível à legislação estadual estabelecer limites etários para o ingresso na magistratura.[496]

O termo inicial para o cômputo do prazo de atividade jurídica de três anos,[497] para os efeitos do art. 93, I, da Constituição Federal, será a obtenção do grau de bacharel em Direito. No tocante ao termo inicial, saliento minha divergência, por entender que os estágios oficiais da Magistratura, Ministério Público, Defensorias e Procuradorias realizados por estudantes de Direito, cuja via de acesso é o concurso público, atendem a exigência constitucional de maior experiência do candidato, uma vez que são voltados para que o estagiário aprenda o funcionamento da respectiva instituição, bem como o exercício de suas funções. Em relação ao termo final, determinou o CNJ que a comprovação do período de três anos de atividade jurídica de que trata o artigo 93, I, da Constituição Federal, deverá ser realizada por ocasião da inscrição definitiva no concurso. O STF reiterou que a exigência de comprovação do triênio de atividade jurídica

privativa de bacharel em Direito como condição de ingresso nas carreiras da magistratura e do Ministério Público deve ser realizada no momento da inscrição definitiva e não na posse.[498]

4.5.3 Aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2º grau

O Conselho Nacional de Justiça decidiu pela autoaplicabilidade dos *incisos* II, III, IV, VIII-A, IX e X, *do artigo 93 da Constituição da República Federativa do Brasil*, que dispõe sobre a aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2º grau.

As promoções por merecimento de magistrados e o acesso aos Tribunais de 2º grau[499] serão realizados em sessão pública, em votação nominal, aberta e fundamentada e pressupõem dois anos de exercício na respectiva entrância ou no cargo e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antiguidade, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago.

A votação ostensiva, nominal e fundamentada nas promoções dos magistrados por merecimento é a única forma condizente com o princípio da publicidade consagrado, sucessivamente, nos arts. 37, *caput,* e 93, inciso X, da Constituição Federal.[500]

A *motivação da decisão em sessão pública* consagra o respeito ao princípio republicano, pois exige que cada um dos membros dos Tribunais votantes exponha as razões que o levaram a optar por determinado magistrado, após a análise lógica dos requisitos constitucionais exigidos, ou seja, exige votação nominal e aberta dos mesmos, sob pena de frontal descumprimento da previsão constitucional.

O merecimento será apurado e aferido, conforme estabelecido na Resolução nº 6, de 13 de setembro de 2005, do Conselho Nacional de Justiça, mediante a análise do desempenho e por critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento.

Nos termos constitucionais, é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento.

Nos termos do art. 4º da Resolução nº 6, de 13 de setembro de 2005, o Conselho Nacional de Justiça estabeleceu prazo de 120 dias para que os Tribunais editassem atos administrativos disciplinando: (I) a valoração objetiva de desempenho, produtividade e presteza no exercício da jurisdição, para efeito de promoção por mérito; (II) a frequência e o aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento ou especialização de magistrados que serão considerados para fins de ascensão por mérito, com a respectiva gradação. Durante o referido prazo, e até que fossem editados os respectivos atos administrativos, os membros dos Tribunais que participassem dos procedimentos de votação para promoção por merecimento deveriam fundamentar detalhadamente suas indicações, apontando critérios valorativos que levaram à escolha.

4.5.4 Órgão especial dos tribunais – competências e critérios para a composição e eleição

A Constituição Federal estabelece a possibilidade de constituição, nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, de um Órgão Especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros.

Interpretando os incisos X e XI, do art. 93 da Constituição Federal, o Conselho Nacional de Justiça editou o Enunciado Administrativo nº 2, de

14 de março de 2006, prevendo que "constituído, pelo Tribunal, o Órgão Especial, este exercerá as atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do Tribunal Pleno, inclusive as disciplinares, que serão tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros".

O Órgão Especial não se equipara aos diversos órgãos fracionários dos tribunais, mas sim, uma vez instituído conforme a determinação constitucional, assume a integralidade das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas do Plenário, ou seja, substitui-se ao próprio Plenário.

Assim, o texto constitucional estabelece as seguintes regras no inciso XI, do art. 93 da Constituição Federal:

- Possibilidade de existência de Órgão Especial somente nos Tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores.
- Limites máximo e mínimo de componentes do Órgão Especial fixado pelo próprio texto constitucional (mínimo 11 e máximo 25).
- Provimento da metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição do tribunal pleno.
- Absoluta discricionariedade do respectivo Plenário do Tribunal em decidir ou não pela criação de seu Órgão Especial, em seu regimento interno.[501]
- Delegação, desde que haja a opção político-institucional de criação, do exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais da competência do Tribunal Pleno ao Órgão Especial.
- Impossibilidade de coexistência de dois órgãos máximos do Poder Judiciário em um mesmo tribunal, com identidade de atribuições administrativas e jurisdicionais (Plenário e Órgão Especial).

- Aplicação do mesmo *quorum* a que, genericamente, a Constituição Federal refere-se ao Plenário, às decisões do Órgão Especial, no exercício das competências jurisdicionais e administrativas, inclusive disciplinares, delegadas constitucionalmente.

A interpretação do inciso IX, do art. 93, observadas essas regras, não pode ser feita sem compatibilizar-se com as demais previsões do art. 93 – em especial os incisos VIII e X – garantindo-se coerência dos diversos dispositivos do texto normativo, a fim de conceder-lhe efetividade geral.

Dessa forma, quando a Constituição Federal estabelece que somente pelo voto da maioria absoluta do respectivo tribunal serão possíveis, por interesse público, a remoção, a disponibilidade e aposentadoria do magistrado (CF, art. 93, VIII); e que as decisões administrativas dos tribunais serão motivas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros (CF, art. 93, X), está fixando norma geral a todos os tribunais, para impedir a criação de eventuais órgãos fracionários, por lei ou regimentalmente – que não representem a vontade de todos os membros da 2ª instância do respectivo órgão – que visem burlar a necessidade de maior rigidez nessas decisões.[502]

Posteriormente, porém, o próprio texto constitucional – em respeito à razoabilidade e eficiência na atuação – permite que tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores instituam órgãos especiais, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno.

O texto constitucional *não exige*, mas sim *permite* aos Tribunais a possibilidade de criação de seus respectivos órgãos especiais.

Ao conceder essa discricionariedade aos Tribunais, o texto constitucional não está permitindo a criação de novo órgão com competência concorrente à do Plenário, mas, sim, está possibilitando que o

Tribunal Pleno seja substituído, por delegação constitucional, no exercício de suas atribuições administrativas e jurisdicionais pelo Órgão Especial, se essa for a vontade do Tribunal Pleno.[503]

A previsão constitucional de criação de órgãos especiais, portanto, não trata de possibilidade de superposição de atuações, mas sim de delegação constitucional de competências administrativas e jurisdicionais, pois o Órgão Especial não constitui fração do Tribunal Pleno. O Órgão Especial é – quando existente e no exercício de suas atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas – o próprio Tribunal Pleno.[504]

Não haveria outro sentido, na interpretação dos referidos dispositivos constitucionais, que deve ser realizada de maneira a evitar contradições entre suas normas, sendo impositiva e primordial a análise sistêmica, harmônica e complementar dos diversos dispositivos do texto magno.[505]

Portanto, instituído o Órgão Especial, suas competências serão exatamente as competências constitucionais e legais do Pleno do respectivo tribunal, por delegação expressa do texto constitucional, *com as únicas duas exceções constitucionais (eleição dos órgãos diretivos e de metade do próprio Órgão Especial).*

Note-se que a própria Constituição da República demonstra, em seu art. 97, para fins de definição de competência, que, ou o Tribunal julgará pelo seu Plenário, ou por seu Órgão Especial, sem possibilidade de superposição, ao determinar que "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" (cláusula de reserva de plenário).

O Órgão Especial, portanto, não é órgão fracionário do Tribunal Pleno, mas sim consubstancia-se – pela vontade do Tribunal Pleno e somente por essa vontade – na própria integralidade dos membros do Tribunal, desde que seja instituído.[506]

Como destacado pelo Ministro Cezar Peluso, "o processo administrativo-disciplinar contra o ora agravante foi instaurado por decisão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de Pernambuco. E esse órgão especial, diferentemente do que sucede aos demais órgãos fracionários de tribunal, a Constituição da República delegou, de maneira expressa, competência que, para a prática de atos administrativos e jurisdicionais, seria do tribunal pleno", tendo concluído, em julgamento unânime do Plenário do Supremo Tribunal Federal, que "não deixa dúvida, a respeito, a conjugação de ambas essas normas (art. 93): as decisões administrativas de cada tribunal devem ser tomadas pela maioria absoluta de seus membros (inc. X), salvo se, contando com mais de vinte e cinco julgadores, tenha criado órgão especial, caso em que a este compete tomá-las por clara delegação constitucional (inc. XI)".[507]

Citando o precedente unânime do STF, em novo julgamento, o Ministro Celso de Mello afirmou ter ficado "assentado que, onde houver Órgão Especial, a este caberá – observado o que dispõe o art. 93, XI, da Constituição, na redação dada pela EC nº 45/2004 – exercer, com exclusão de quaisquer outros órgãos existentes na estrutura institucional do Tribunal de Justiça, as 'atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do Tribunal pleno'. O que se revela impossível, isso sim, considerado o ordenamento constitucional vigente (CF, art. 93, XI), é a 'coexistência de dois órgãos máximos do Poder Judiciário em um mesmo Tribunal, com identidade de atribuições administrativas e jurisdicionais (Plenário e Órgão Especial)'".[508]

Dessa forma, e recordando que a EC nº 45/04 reforçou a própria existência do Órgão Especial, como órgão delegado da composição plenária do Tribunal, pois decidiu democratizá-lo com eleições para metade de seus componentes, onde for constituído pelo Tribunal, este exercerá, por delegação constitucional, todas as atribuições administrativas, disciplinares e jurisdicionais da competência do Tribunal Pleno, que serão tomadas pelo

voto da maioria absoluta de seus membros, salvo as atribuições reservadas a todos os membros do Tribunal, de eleger seus órgãos diretivos e metade das vagas do próprio Órgão Especial.

Em virtude da EC nº 45/04, que instituiu eleições para a composição de metade do Órgão Especial dos Tribunais, o Conselho Nacional de Justiça, igualmente, editou a Resolução nº 16, de 30 de maio de 2006, que estabelece critérios para a composição e eleição do Órgão Especial dos Tribunais em todo o país, uma vez que proclamou a autoaplicabilidade do inciso XI, do art. 93, da Constituição Federal que, a partir da EC nº 45/04, determinou que as vagas do referido órgão devem ser providas metade por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno.

As regras básicas para composição e eleição do Órgão Especial dos Tribunais são:

- Nos tribunais em que o Órgão Especial contemplar número ímpar de membros, a apuração das metades será realizada arredondando-se para maior o número de vagas relativas à metade a ser provida por antiguidade.
- *Vagas por antiguidade*: essas vagas no Órgão Especial, respeitadas as respectivas classes (CF, art. 94 – quinto constitucional), serão providas, mediante ato de efetivação do Presidente do Tribunal, pelos membros mais antigos do Tribunal Pleno, conforme ordem decrescente de antiguidade, nas classes a que pertencerem, observados os mesmos critérios nos casos de afastamento e impedimento.
- *Vagas por eleição*: a eleição para preenchimento da metade do Órgão Especial será realizada por votação secreta, entre os membros do Tribunal Pleno, convocado especialmente para essa finalidade, sendo inadmitida a recusa do encargo (art. 99 da

LOMAN), salvo manifestação expressa antes da eleição (art. 102, *in fine*, da LOMAN).

- *Quinto constitucional*: o Órgão Especial deverá respeitar a previsão do art. 94 da Constituição Federal, reservando vagas destinadas à representação dos advogados e membros do Ministério Público. As vagas destinadas a serem preenchidas por eleição deverão respeitar as classes respectivas, inclusive, quando for o caso, observando a alternância prevista no art. 100, § 2º da LOMAN.
- *Quórum para eleição*: serão considerados eleitos os candidatos que obtiverem maioria simples dos votos dos membros do Tribunal Pleno.
- *Critério de desempate*: no caso de empate na votação, prevalecerá o candidato mais antigo no Tribunal.
- *Mandato e possibilidade de recondução*: o mandato de cada membro eleito do Órgão Especial será de dois anos, permitida uma única recondução. Observe-se que o magistrado que tiver exercido por quatro anos a função de membro da metade eleita do Órgão Especial estará inelegível, até que se esgotem todos os nomes ou não haja novos candidatos.
- *Suplência*: serão considerados suplentes, na ordem decrescente de votação, os membros não eleitos.
- *Regra de transição 1*: todas as vagas que ocorrerem no Órgão Especial a partir de 1º de janeiro de 2005 serão preenchidas por eleição, até que se complete a composição da metade eleita. Dessa forma, os integrantes do Órgão Especial que assumiram até a citada data permanecerão exercendo suas funções, sendo declarada a vacância das demais vagas – *mesmo que anteriormente preenchidas* – e convocadas eleições em 30 dias da publicação da Resolução nº 16/2006, para o preenchimento

de todas as vagas surgidas após 1º de janeiro, até que se complete metade dos integrantes.

- *Regra de transição 2*: o Conselho Nacional de Justiça preservou, nos Tribunais que já realizaram o preenchimento das vagas do Órgão Especial e dos órgãos diretivos, os resultados das respectivas eleições, determinando adequação imediata à duração do mandato e a possibilidade de uma única recondução.
- *Regra de adequação*: todos os Tribunais que tenham constituído ou constituírem Órgão Especial deverão compatibilizar seus regimentos internos aos termos da Resolução nº 16/2006 do Conselho Nacional de Justiça.

4.5.5 Vedação constitucional às férias coletivas nos juízos e Tribunais de 2º grau e regulamentação do expediente forense no período natalino e na prestação jurisdicional ininterrupta, por meio de plantão permanente

A Resolução nº 3, de 16 de agosto de 2005, do Conselho Nacional de Justiça determinou, nos termos do artigo 93 da Constituição Federal, a extinção definitiva das férias coletivas nos juízos e tribunais de 2º grau, consagrando a autoaplicabilidade da atividade jurisdicional ininterrupta.[509]

O inciso XII do artigo 93, com a nova redação dada pela EC nº 45/04 consagrou, como regra geral, a atividade jurisdicional ininterrupta e a vedação das férias coletivas nos juízos e tribunais de 2º grau; permitindo, porém, excepcionalmente, a previsão de dias sem expediente forense normal, desde que os juízes ficassem em plantão permanente.

A análise da situação específica de regulamentação do expediente forense no período natalino (*recesso de final de ano*) ganhou maior

relevância em virtude da vedação às férias coletivas dos juízos e tribunais de 2º grau.

A legislação processual civil é compatível com a EC nº 45/04, mantendo-se como feriados, para efeito forense, os domingos e os dias declarados em lei. A previsão de *recessos forenses estaduais*, apesar de inexistência de expressa previsão legal, é aceita *como norma análoga aos feriados forenses* na doutrina[510] e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal De Justiça, inclusive com a possibilidade de regulamentação por ato normativo do próprio Poder Judiciário.[511]

Dessa forma, é possível, excepcionalmente, a regulamentação do expediente forense no período natalino *(recesso de fim de ano), que não se confunde com as extintas férias coletivas,* desde que a atividade jurisdicional não sofra interrupções e os respectivos tribunais garantam o atendimento aos casos urgentes, novos ou em curso, através de sistema de plantões.

Nesse sentido, o artigo 220 do Código de Processo Civil, determinando a suspensão do curso do prazo processual nos dias compreendidos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro, inclusive. Estabelecendo que, durante essa suspensão, não se realizarão audiências nem sessões de julgamento.

4.6 Escolha dos membros dos Tribunais Superiores

São Tribunais Superiores o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior Eleitoral, o Superior Tribunal Militar e o Tribunal Superior do Trabalho.

A regra constitucional do art. 94, que determina a composição de um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios para membros do Ministério

Público, com mais de 10 anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de 10 anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes, não se aplica aos Tribunais Superiores, pois cada um deles possui regras próprias de composição e investidura.

4.6.1 Supremo Tribunal Federal (art. 101 da CF)

O Supremo Tribunal Federal compõe-se de 11 membros,[512] divididos em duas Turmas, que se encontram no mesmo plano hierárquico, com cinco membros cada uma, uma vez que seu Presidente apenas participa das sessões plenárias.[513]

No Supremo Tribunal Federal, não existe divisão preestabelecida para a determinação das 11 vagas de ministros que são de livre nomeação do Presidente da República, após aprovação por maioria absoluta dos membros do Senado Federal.

O Presidente da República, presentes os requisitos constitucionais para investidura, escolhe livremente o candidato, que será sabatinado pelo Senado Federal, devendo ser aprovado pela *maioria absoluta* de seus membros (art. 52, III, *a*, e art. 101, parágrafo único, ambos da CF), para poder ser nomeado pelo Chefe do Executivo.[514]

A posse será dada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal e acarretará imediata vitaliciedade.

São requisitos para a escolha dos 11 ministros do STF:

- idade: 35 a 70 anos. A EC nº 88/15 aumentou a aposentadoria compulsória dos Ministros do STF para 75 anos, posteriormente, a EC nº 122/22 alterou a idade-limite para nomeação, fixando os 70 anos;

- ser brasileiro nato (CF, art. 12, § 3º, IV);
- ser cidadão (gozo dos direitos políticos);
- notável saber jurídico e reputação ilibada.

O Supremo Tribunal Federal, portanto, não exige para seus membros a obrigatoriedade do bacharelado em Ciências Jurídicas,[515] e tampouco que seus membros sejam provenientes da magistratura,[516] apesar da obrigatoriedade de notável saber jurídico.

Assim, diferentemente do Tribunal Constitucional Federal alemão e do Tribunal Constitucional português, o STF não pode ser considerado um Tribunal composto somente de "homens da lei".

A ausência de exigência de formação jurídica para os Ministros do STF é uma tradição constitucional brasileira, que no final do século XIX chegou a seus extremos de exagero, demonstrando a pouca importância institucional dada à época ao Tribunal.[517] A 21-10-1893, foi nomeado para Ministro do Supremo Tribunal Federal, durante o recesso parlamentar, na vaga do Ministro Barradas, o médico clínico Cândido Barata Ribeiro, que tomou posse e exerceu o cargo durante quase um ano (25-11-1893 – 29-9-1894), enquanto se aguardava a confirmação de sua nomeação pelo Senado Federal, que afinal a rejeitou.

Como destacado por Lêda Rodrigues,

> "ao negar, em sua sessão de 22 de setembro, a aprovação à nomeação de Barata Ribeiro para o cargo de Ministro do STF, consagrou o Senado a interpretação de que o notável saber refere-se a conhecimentos jurídicos; não basta ser diplomado em direito, mas é essencial ser notável pelo conhecimento das matérias que constituem as funções do Supremo Tribunal".[518]

Entendemos que alterações na forma de investidura dos membros do Supremo Tribunal Federal seriam importantes para a preservação de sua

legitimidade e a ampliação de sua independência e imparcialidade, tornando-o, efetivamente, um dos órgãos de direção do Estado.[519]

Entre essas modificações, a exigência do *notável saber jurídico* deveria ser substituída pela presença de requisitos capacitários[520] relacionados ou à qualificação profissional de bacharel em Direito, com o exercício de no mínimo 10 anos de atividade profissional como advogado, membro do Ministério Público, magistrado, ou à qualificação de jurista, comprovada pelo título de doutor em Direito, devidamente reconhecido pelo Poder Público.[521]

4.6.2 Superior Tribunal de Justiça (art. 104 da CF)

Existem regras predeterminadas para a escolha de seus Ministros, aplicando-se a regra do que poderíamos chamar de 1/3 constitucional.

O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, 33 ministros escolhidos pelo Chefe do Poder Executivo, porém não livremente, pois, obrigatoriamente, deverão ser:

- 1/3 de juízes dos TRFs (Tribunais Regionais Federais);
- 1/3 de desembargadores dos Tribunais de Justiça Estaduais;
- 1/3 divididos da seguinte maneira:
  - 1/6 de advogados;
  - 1/6 de membros do Ministério Público Federal, Estaduais e Distrital.

No caso dos juízes dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça Estaduais, o próprio Superior Tribunal de Justiça elaborará lista tríplice, livremente, e a enviará para o Presidente da República. Ressalte-se que, para a investidura no cargo de Ministro do STJ em vaga destinada aos juízes dos Tribunais Regionais Federais ou aos Desembargadores dos

Tribunais de Justiça, não se exige que o nomeado pertença originariamente à classe da magistratura, permitindo-se, portanto, que tenha ingressado nesses tribunais pela regra do quinto constitucional prevista no art. 94 da Constituição Federal.[522]

Conforme afirmou o Supremo Tribunal Federal, a distinção entre Desembargadores egressos da magistratura ou do quinto constitucional (Ministério Público/Advocacia) "implicaria 'desonomia', ao se permitir a criação de desembargadores e juízes de 2 categorias", enfatizando, ainda, "que, quando alçados à magistratura pelo quinto constitucional, tornar-se-iam magistrados, com todos os direitos, deveres e incompatibilidades. Assim, inviável estabelecer restrição, por meio de interpretação constitucional entre magistrados, tendo em conta sua origem".[523]

No caso, porém, dos advogados e membros do Ministério Público, serão preparadas listas sêxtuplas por cada instituição, que as encaminhará ao Superior Tribunal de Justiça, que elaborará lista tríplice a ser encaminhada ao Chefe do Poder Executivo, conforme será estudado no Capítulo 10, sobre o Ministério Público.

São requisitos para o cargo de Ministro do Superior Tribunal de Justiça:

a. idade: 35 a 70 anos;[524]
b. ser brasileiro nato ou naturalizado;
c. notável saber jurídico e reputação ilibada.

Em relação à possibilidade de análise dos requisitos subjetivos para escolha do *terço constitucional dos advogados* para o STJ, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos (3 × 2),[525] pela possibilidade do Superior Tribunal de Justiça recusar lista sêxtupla encaminhada pela Ordem dos Advogados do Brasil para preenchimento do 1/3 constitucional daquela Corte, quando nenhum dos candidatos obtém a

votação regimental mínima para adentrá-la e, consequentemente, ser submetido à escolha do Presidente da República para o preenchimento da vaga.[526]

O Presidente da República escolhe o candidato, dentro das listas tríplices a ele apresentadas. Este será sabatinado pelo Senado Federal, conforme ocorre com os candidatos a Ministro do Supremo Tribunal Federal. Somente se aprovado, nos termos da EC nº 45/04,[527] pela maioria absoluta do Senado Federal é que poderá ser nomeado pelo Presidente da República.

Anote-se, para melhor entendimento do tema, que o art. 27 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias regulamentou a transição entre a Constituição anterior e a nova, em relação à extinção do antigo Tribunal Federal de Recursos e a criação do Superior Tribunal de Justiça, determinando que esse fosse instalado sob a presidência do Supremo Tribunal Federal. Além disso, a Constituição previu que, até que se instalasse o Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal exerceria suas atribuições e competências definidas na ordem constitucional precedente.

Destaque-se que a composição inicial do Superior Tribunal de Justiça foi definida mediante dois critérios: pelo aproveitamento dos Ministros do Tribunal Federal de Recursos e pela nomeação dos Ministros que sejam necessários para completar o número estabelecido na Constituição.

Por fim, nos termos da EC nº 45/04, funcionarão junto ao Superior Tribunal de Justiça a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira e o Conselho da Justiça Federal, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema e com poderes correicionais, cujas decisões terão caráter vinculante.

4.6.3 Tribunal Superior Eleitoral (art. 118 da CF)

Apesar da inaplicabilidade da regra do 1/5 constitucional, existem regras predeterminadas sobre a composição do TSE.

O TSE é composto por sete Juízes, sendo:

a. três juízes entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal;
b. dois juízes entre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça;
c. dois juízes entre advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral.

A Constituição Federal somente exige requisitos especiais para os dois juízes pertencentes à advocacia, uma vez que os outros são membros do STF e do STJ: notável saber jurídico e idoneidade moral.

A nomeação, em relação aos Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, decorrerá de eleição mediante voto secreto, nos próprios Tribunais, para escolha dos juízes eleitorais.

Em relação aos dois juízes/advogados, o Supremo Tribunal Federal elaborará lista sêxtupla e a encaminhará ao Presidente da República, que nomeará dois, não havendo necessidade de aprovação do Senado Federal.

Obrigatoriamente o Presidente e Vice-presidente do TSE serão ministros do Supremo Tribunal Federal, eleitos pelos sete juízes eleitorais, e o Corregedor Eleitoral será Ministro do STJ, igualmente eleito (art. 119, parágrafo único, da CF).

4.6.4 Tribunal Superior do Trabalho (art. 111-A da CF)

A EC nº 45/04 alterou as regras para a composição do Tribunal Superior do Trabalho (artigo 111-A), sendo que a partir da EC nº 24, de 9 de

dezembro de 1999, não mais há participação classista temporária nesse ramo de justiça especializada.[528] Posteriormente, a EC nº 92/16 foi editada para explicitar o Tribunal Superior do Trabalho como órgão do Poder Judiciário, alterar os requisitos para o provimento dos cargos de Ministros daquele Tribunal e modificar sua competência.

O TST compõe-se de 27 Ministros, escolhidos dentre brasileiros com mais de 35 e menos de 70 anos,[529] de notável saber jurídico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo:

- um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de dez anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94;
- os demais dentre juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, oriundos da magistratura da carreira, indicados pelo próprio Tribunal Superior.

São requisitos para pertencer ao TST:

a) idade: 35 a 70 anos;[530]
b) ser brasileiro nato ou naturalizado;
c) possuir notável saber jurídico e reputação ilibada.[531]

Na hipótese do *quinto constitucional*, encaminhada a lista tríplice e presentes os requisitos constitucionais, o Presidente da República escolherá o candidato a Ministro do TST, que será sabatinado pelo Senado Federal. Em relação aos demais membros, pertencentes aos quadros dos Tribunais Regionais do Trabalho, a EC nº 45/04, diferentemente da redação original da Constituição Federal, não previu a elaboração de lista tríplice pelo TST,

mas sim de indicação pelo próprio Tribunal Superior do Trabalho diretamente ao Senado Federal.

Em ambas as hipóteses, somente se aprovado pela maioria absoluta do Senado Federal, o indicado poderá ser nomeado pelo Presidente da República.[532]

Por fim, ressalte-se que, nos termos da EC nº 45/04, funcionarão junto ao Tribunal Superior do Trabalho a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira e o Conselho Superior da Justiça do Trabalho, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa, orçamentária, financeira e patrimonial da Justiça do Trabalho de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema, cujas decisões terão efeito vinculante.

4.6.5 Superior Tribunal Militar (art. 123 da CF)

São previstas regras especiais, que, igualmente, não consagram a regra genérica do 1/5 (quinto) constitucional.

O Superior Tribunal Militar compor-se-á de 15 Ministros, sendo 10 militares[533] e cinco civis, da seguinte maneira:

a. três entre oficiais-generais da Marinha, da ativa e do posto mais elevado da carreira;
b. quatro entre oficiais-generais do Exército, da ativa e do posto mais elevado da carreira;
c. três entre oficiais-generais da Aeronáutica, da ativa e do posto mais elevado da carreira;
d. cinco civis, sendo três advogados, um juiz auditor e um membro do Ministério Público Militar.

A Constituição Federal somente prevê requisitos especiais para os ministros civis, quais sejam:

a. idade: maior de 35 anos e menor de 70 anos;[534]
b. ser brasileiro nato ou naturalizado;
c. notório saber jurídico e conduta ilibada, no caso das vagas para três advogados;
d. dez anos de efetiva atividade profissional, igualmente, no caso das vagas para os três advogados.

Importante ressaltar que nas vagas dos quinze ministros escolhidos entre oficiais das Forças Armadas, seguem-se os requisitos necessários para que atinjam a patente de oficiais-generais, entre eles, serem brasileiros natos (art. 12, § 3º, VI, da Constituição Federal).

O Presidente da República, livremente, ou seja, não há necessidade de lista tríplice ou sêxtupla, apontará o candidato, respeitada a proporção constitucional, que será sabatinado pelo Senado Federal. Após a aprovação, por maioria simples, o Presidente da República o nomeará.

4.7 Distribuição de competências jurisdicionais

4.7.1 Supremo Tribunal Federal

Suas competências são definidas nos arts. 102 a 103 da Constituição Federal. Doutrinariamente, podemos dividir as principais competências do Pretório Excelso em dois grandes grupos, conforme a maneira de acioná-lo: *originária* e *recursal*.

O Supremo pode ser acionado diretamente, através das ações que lhe cabe processar e julgar originariamente. Nestes casos, o Tribunal analisará a

questão em única instância (*competência originária*). Porém, igualmente, pode-se chegar ao STF através de recursos: ordinários ou extraordinários. Nestes casos, o Tribunal analisará a questão em última instância (*competência recursal*).

A. Competência originária

A.1Geral

A função precípua do Supremo Tribunal Federal é de Corte de Constitucionalidade, com a finalidade de realizar o controle concentrado de constitucionalidade no Direito Brasileiro, ou seja, somente ao Supremo Tribunal Federal compete processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade, genéricas ou interventivas, as ações de inconstitucionalidade por omissão e as ações declaratórias de constitucionalidade, com o intuito de garantir a prevalência das normas constitucionais no ordenamento jurídico. Dessa forma, propunha-se o modelo de justiça constitucional europeu, que se fundamenta essencialmente e em regra na noção de um *Tribunal Constitucional*, com competência específica para conhecer os litígios constitucionais.[535]

Nos diversos ordenamentos jurídicos, a jurisdição constitucional exerce quatro funções básicas: o controle da regularidade do regime democrático e do Estado de Direito; o respeito ao equilíbrio entre o Estado e a coletividade, principalmente em proteção à supremacia dos direitos e garantias fundamentais; a garantia do bom funcionamento dos poderes públicos e a preservação da separação dos Poderes; e finalmente, o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos.[536]

A EC nº 45/04 reforçou o papel do Supremo Tribunal Federal no controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, passando a entender como *conflito de competência entre entes federativos* a recusa de cumprimento de execução de lei federal e, consequentemente, prevendo

como competência do Pretório Excelso, e não mais do Superior Tribunal de Justiça, o processo e julgamento de ações propostas pelo Procurador-Geral da República nessas hipóteses (CF, art. 36, III).

A competência originária do Supremo Tribunal Federal, conforme acentua Celso de Mello,[537] qualifica-se como "um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional", não comportando a possibilidade de extensão, que "extravasem os rígidos limites fixados em *numerus clausus* pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Carta Política".[538]

Além dessa competência, o Supremo também deve processar e julgar originariamente os casos em que os direitos fundamentais das mais altas autoridades da República estiverem sob ameaça ou concreta violação, ou quando estas autoridades estiverem violando os direitos fundamentais dos cidadãos (CF, art. 102, I, *d, i* e *q*).

Dessa forma, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente:

- o *habeas corpus*, sendo paciente o Presidente da República, o Vice-presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, os Ministros de Estado, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;
- o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;
- o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário

cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;[539]

- 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, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores ou do próprio Supremo Tribunal Federal.

Por fim, dentro da *competência originária*, caberá ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente:

- nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República. Nessas hipóteses, compete somente ao Supremo Tribunal Federal "a condução do inquérito policial em que figuram como indiciados autoridades com foro especial nesta Corte, não cabendo ao juízo de primeira instância a decisão sobre a necessidade de se promover o desmembramento";[540]
- nas infrações penais comuns[541] e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado[542] e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica (salvo nos casos de crimes conexos com o Presidente da República, conforme art. 52, I, da CF),[543] os membros dos Tribunais Superiores, do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;
- as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público. Ressalte-se, porém, ser de competência do Senado Federal o processo e julgamento dos membros de ambos os conselhos, nos crimes de

> responsabilidade (CF, art. 52, II, com a redação dada pela EC nº 45/04).

Em relação à competência penal em virtude de prerrogativa de foro em razão da dignidade da função, tratando-se de infração penal comum das autoridades enumeradas supra, o Supremo Tribunal Federal entendia ser sua competência originária, desde que estivesse na vigência do mandato ou do cargo (regra da atualidade), fosse ou não relacionada com o exercício das funções, e, permaneceria essa competência enquanto durasse o mandato ou o cargo.[544]

O Supremo Tribunal Federal, conforme analisado no item 2.7.9 deste capítulo, alterou esse posicionamento relativo à regra de regência de definição de competência com relação à prerrogativa de foro em razão da função dos congressistas, que exigia somente a *atualidade do mandato*.[545]

Dessa forma, os parlamentares federais possuem prerrogativa de foro no Supremo Tribunal Federal, para o processo e julgamento de infrações penais cometidas durante o exercício do mandato e relacionadas às suas funções.[546] Nas demais hipóteses, o congressista será processado e julgado pelo órgão judicial competente de primeira instância. Tratando-se de infração penal praticada durante e em razão do mandato, encerrado o seu exercício e, consequentemente, cessada a prerrogativa de foro do parlamentar, não mais subsistirá a competência do Supremo Tribunal Federal para o processo e julgamento.[547]

Observe-se que compete somente ao Supremo Tribunal Federal "a condução do inquérito policial em que figuram como indiciados autoridades com foro especial nesta Corte, não cabendo ao juízo de primeira instância a decisão sobre a necessidade de se promover o desmembramento".[548]

Porém, encerrado o exercício do mandato/cargo e, consequentemente, cessada a prerrogativa de foro, não mais subsistirá a competência do Supremo Tribunal Federal para o processo e julgamento, uma vez que o

próprio Tribunal, por unanimidade, cancelou a Súmula 394[549] por entender que "o art. 102, I, *b*, da CF – que estabelece a competência do STF para processar e julgar originariamente, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República – não alcança aquelas pessoas que não mais exerçam mandato ou cargo".[550]

Dessa forma, não mais ocorrerá a perpetuação da competência do Supremo Tribunal Federal para o processo e julgamento dos crimes comuns praticados pelas autoridades previstas no art. 102, I, *b* e *c*, quando cessarem seus mandatos/cargos. Deixa, portanto, de ter aplicação a regra da *contemporaneidade* da infração penal comum com o exercício do mandato/cargo e, consequentemente, deverão os autos ser remetidos à Justiça de 1º grau.[551]

As razões que levaram a Suprema Corte ao cancelamento da Súmula 394 foram trazidas no voto condutor do Ministro-relator Sydney Sanches, que expôs, ao analisar os efeitos da referida súmula: "Mas não se pode negar, por outro lado, que são eles trabalhosíssimos, exigindo dos Relatores que atuem como verdadeiros Juízes de 1º grau, à busca de uma instrução que propicie as garantias que justificaram a Súmula 394. Penso que, a esta altura, se deva chegar a uma solução oposta a ela, ao menos como um primeiro passo da Corte para se aliviar das competências não expressas na Constituição, mas que ela própria se atribuiu, ao interpretá-la ampliativamente e, às vezes, até, generosamente, sem paralelo no Direito comparado. Se não se chegar a esse entendimento, dia virá em que o Tribunal não terá condições de cuidar das competências explícitas, com o mínimo de eficiência, de eficácia e de celeridade, que se deve exigir das decisões de uma Suprema Corte. Os riscos, para a Nação, disso decorrentes, não podem ser subestimados e, a meu ver, hão de ser elevados em grande conta, no presente julgamento."[552]

Importante ressaltar que o STF, por unanimidade, decidiu pela plena validade de todos os atos praticados e decisões proferidas com base na Súmula 394, ou seja, os efeitos da revogação da Súmula 394 do STF foram *ex nunc*, ou seja, não retroativos.[553] Conforme destacou o Ministro Sepúlveda Pertence, "por motivos de segurança jurídica, decidiu, porém o Tribunal – na linha de outras Cortes Constitucionais, a começar da Suprema Corte americana –, que, malgrado aplicável aos processos em curso, a nova orientação jurisprudencial não gerará efeitos retroativos, declarando-se válidos, em consequência, todas as decisões proferidas e atos praticados anteriormente".[554]

A.2Conflito de competência

A definição de competência caberá ao Supremo Tribunal Federal, competindo-lhe julgar os conflitos de competência entre Tribunais Superiores, entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, ou entre estes e qualquer outro tribunal (CF, art. 102, I, *o*).

Da mesma maneira, apesar da omissão do texto constitucional, compete ao próprio STF o julgamento de conflitos de competência envolvendo Tribunais Superiores e juízes vinculados a outros tribunais. Assim decidiu o Pretório Excelso, analisando conflito de competência entre juíza federal e Tribunal Superior do Trabalho, onde afirmou que, "sendo o Superior Tribunal de Justiça Tribunal Superior do mesmo nível dos demais Tribunais Superiores, conflito de competência em que figure um destes – no caso, o Tribunal Superior do Trabalho – só poderá ser dirimido pelo Supremo Tribunal Federal, que é hierarquicamente superior aos Tribunais Superiores, uma vez que a dirimência de conflito de competência cabe necessariamente a Tribunal hierarquicamente superior àquele (ou àqueles) que figure (ou figurem) como parte (ou partes) em conflito de competência".[555]

O Supremo Tribunal Federal somente não será competente para dirimir eventuais dúvidas sobre competência envolvendo o Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais ou Estaduais, pois, conforme seu entendimento, "o dissídio, em matéria de competência, entre o Superior Tribunal de Justiça e um Tribunal de segundo grau da justiça ordinária – não importando se federal ou estadual –, é um problema de hierarquia de jurisdição e não de conflito: a regra que incumbe o STF de julgar conflitos de competência entre Tribunal Superior e qualquer outro Tribunal não desmente a verdade curial de que, onde haja hierarquia jurisdicional, não há conflito de jurisdição".[556]

Ressalte-se a inexistência de conflito de competência entre o Supremo Tribunal Federal e qualquer outro Tribunal, uma vez que é a própria Corte, que como guardiã da Constituição, define sua competência, através das chamadas *reclamações*, previstas no art. 102, I, *l*, da Constituição Federal.

Em relação à reclamação, faz-se necessário este breve registro do voto do Ministro Celso de Mello:

> "Todos sabemos que a reclamação, qualquer que seja a natureza jurídica que se lhe atribua – ação (Pontes de Miranda, *Comentários ao código de processo civil*, tomo V/384, Forense), recurso ou sucedâneo recursal (Moacyr Amaral Santos *RTJ* 56/546-548; Alcides de Mendonça Lima*, O poder judiciário e a nova constituição*, p. 80, 1989, Aide), remédio incomum (Orosimbo Nonato, *apud* Cordeiro de Mello, *O processo no Supremo Tribunal Federal*, v. 1/280), incidente processual (Moniz Aragão, *A correição parcial*, p. 110, 1969), medida de direito processual constitucional (José Frederico Marques*, Manual de direito processual civil*, v. 3, 2ª parte, p. 199, item nº 653, 9. ed., 1987, Saraiva) ou medida processual de caráter excepcional (Min. Djaci Falcão, *RTJ* 112/518-522) –, configura

> instrumento de extração constitucional, não obstante a origem pretoriana de sua criação (*RTJ* 112/504), destinado a viabilizar, na concretização de sua dupla função de ordem político-jurídica, a preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, 1).”[557]

A.3Descumprimento de preceito constitucional fundamental

A Constituição Federal determina que a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.[558]

A Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, disciplinou o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, dando-lhe contornos absolutamente semelhantes às ações diretas de inconstitucionalidade, razão pela qual esse tema será analisado no Capítulo 12, referente a Controle de Constitucionalidade.

A.4Princípio do juiz natural e taxatividade das previsões constitucionais de prerrogativas de foro – inconstitucionalidade da Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002[559]

A ideia de *taxatividade constitucional* das competências originárias dos Tribunais Superiores nasceu com a ideia de supremacia jurisdicional por meio do controle de constitucionalidade,[560] ambas sendo firmadas no célebre caso Marbury v. Madison (1 Cranch 137 – 1803), em histórica decisão da Suprema Corte americana, relatada por seu *Chief Justice* John Marshall, que envolvia não só conflitos jurídicos, mas também políticos, pois a Suprema Corte era composta majoritariamente de federalistas, enquanto o Congresso e o Executivo estavam sob o controle dos republicanos, que jamais aceitariam uma intervenção direta do Judiciário nos negócios políticos do Executivo.[561]

Marbury havia sido nomeado em 1801, nos termos da lei, para o cargo de juiz de paz no Distrito de Columbia, pelo então Presidente da República John Adams, do Partido Federalista, que se encontrava nos últimos dias de seu mandato. Ocorre, porém, que não houve tempo hábil para que fosse dada a posse ao já nomeado Marbury, antes que assumisse a Presidência da República o republicano Thomas Jefferson. Este, ao assumir, determinou que seu Secretário de Estado, Madison, negasse posse a Marbury, que por sua vez, em virtude dessa ilegalidade, requereu à Suprema Corte um *mandamus*, para que o Secretário de Estado Madison fosse obrigado a dar-lhe posse.

Marshall, de forma hábil, tratou o caso pelo ângulo da competência constitucional da Suprema Corte Americana, analisando a incompatibilidade da Lei Judiciária de 1789, que autorizava o Tribunal a expedir mandados para remediar erros ilegais do Executivo, e a própria Constituição, que em seu artigo III, seção 2, disciplinava a competência originária da Corte.[562]

Assim, apesar de a Corte ter entendido ser ilegal a conduta do Secretário de Estado Madison, entendeu, preliminar e prejudicialmente, que carecia de competência para emitir o mandado requerido, *uma vez que as competências da Suprema Corte estariam taxativamente previstas pela Constituição, não podendo o Congresso Nacional, por meio da Lei Judiciária de 1789, ampliá-las.*

Esse posicionamento tem 200 anos na doutrina constitucional norte-americana e mais de 110 anos na doutrina e jurisprudência nacionais, pois, igualmente, foi consagrado no Brasil desde nossos primeiros passos republicanos,[563] pois o Supremo Tribunal Federal, que nasceu republicano com a Constituição de 1891 e com a função precípua, como salientado por Afonso Arinos, de defender a Constituição em face, principalmente, do Poder Legislativo, por meio da revisão da constitucionalidade das leis,[564] jamais admitiu que o Congresso Nacional pudesse alterar suas

competências originárias por legislação ordinária, pois, como salientado por nossa Corte Suprema, seu "complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional, não comporta a possibilidade de extensão, que extravasem os rígidos limites fixados em *numerus clausus* pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Carta Política".[565]

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, nos termos, respectivamente, dos arts. 102 e 105, somente poderão processar e julgar, originariamente, as hipóteses previstas no texto constitucional, e entre elas não se encontram a *hipótese de improbidade administrativa de altas autoridades da República e a prorrogação da prerrogativa de foro, após o término do exercício do cargo/mandato*, seja para infrações penais, seja para atos de improbidade administrativa.

Note-se que a Constituição Federal de 1988 não incluiu o julgamento da ação popular na esfera das atribuições jurisdicionais originárias da Suprema Corte, cuja competência originária não as abrange, ainda que propostas em face do Congresso Nacional, de Ministros de Estado ou do próprio Presidente da República.[566] Essa tem sido a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, tanto sob a vigente Constituição,[567] quanto sob a égide da Carta Política anterior.[568]

Assim, apesar de a Constituição Federal prever a competência originária do Supremo Tribunal Federal para os feitos criminais e mandados de segurança em relação às diversas autoridades, em relação às demais ações propostas, inclusive ações civis públicas[569] e ações por ato de improbidade,[570] carece o Pretório Excelso de competência, por falta de previsão específica do rol taxativo do art. 102 da Carta Magna.[571]

A Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, alterando a redação do art. 84 do Código de Processo Penal, estabeleceu que a ação de improbidade e as ações penais deverão ser propostas perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública.[572]

Observe-se, porém, que essa extensão de competência ao Supremo Tribunal Federal para o processo e julgamento de ações penais e ações de improbidade administrativa fere frontalmente a definição taxativa de competências da Corte Suprema prevista no artigo 102 da Constituição Federal, devendo, portanto, ser declarada inconstitucional.[573]

A citada lei estabeleceu, ainda, que essa competência especial por prerrogativa de função deverá prevalecer ainda que o inquérito ou a ação se iniciem após a cessação do exercício da função pública, revigorando a antiga regra da *contemporaneidade fato/mandato* prevista na Súmula 394 do STF, hoje cancelada. Essa perpetuação de competência, igualmente, fere a interpretação dada pelo STF à questão dos foros especiais e, consequentemente, deverá ser declarada inconstitucional.[574]

Dessa forma, não resta dúvidas sobre a flagrante inconstitucionalidade da Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que, alterando a redação do art. 84 do Código de Processo Penal, estabeleceu que a ação de improbidade administrativa deverá ser proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, além de estabelecer a *perpetuação de competência nas hipóteses de foro especial*.[575]

Essa extensão de competência ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, para o processo e julgamento de ações de improbidade administrativa das autoridades descritas nos arts. 102 e 105 da Carta Magna, fere, frontalmente, não só *o Princípio do Juiz Natural e uma das regras clássicas do Direito Constitucional* ("Taxatividade constitucional das competências da Corte Suprema")*, nascida em 1803, como também a pacífica interpretação do Supremo Tribunal Federal* sobre a definição taxativa de competências da Corte Suprema e do STJ, previstas nos arts. 102 e 105 da Constituição Federal, devendo, portanto, ser declarada inconstitucional.[576]

Eventual alteração dessa regra, prevendo competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para processo e julgamento de ações de improbidade administrativa, bem como prorrogação da prerrogativa de foro após o final do cargo/mandato, seja no cível, seja no crime, somente poderá ocorrer com expressa alteração constitucional, por meio de Emendas à Constituição, uma vez que o próprio Pretório Excelso somente admite a alteração de suas competências originárias pelo legislador constituinte derivado,[577] sendo absolutamente vedado ao legislador ordinário ampliar as suas competências originárias.[578]

Parece-nos que o próprio Congresso Nacional verificou essa obrigatoriedade, pois, demonstrando a necessidade de alteração constitucional, o Senado Federal aprovou o Parecer nº 1.748, e, posteriormente, em dois turnos a Proposta de Emenda à Constituição nº 29, de 2000 (nº 96, de 1999, na Câmara dos Deputados), constante da Emenda nº 240, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, enviando o texto à Câmara dos Deputados, para nova análise e eventual aprovação em dois turnos, pelo quórum qualificado de 3/5. No texto aprovado, estende-se o mesmo foro criminal especial por prerrogativa de função, previsto constitucionalmente às diversas autoridades, às ações de improbidade administrativa (criação do art. 97-A).

O STF entendeu, em relação à cláusula de *perpetuação de competência* introduzida pelo § 1º, do art. 84, do CPP, que a alteração legislativa que teria feito "interpretação autêntica da Carta Magna, o que seria reservado à norma de hierarquia constitucional, usurpou a competência do STF como guardião da Constituição Federal ao inverter a leitura por ele já feita de norma constitucional, o que, se admitido, implicaria submeter a interpretação constitucional do Supremo ao referendo do legislador ordinário".

Em relação ao § 2º do art. 84 do CPP, entendeu o STF que teria, o citado artigo, criado "nova hipótese de competência originária não prevista

no rol taxativo da Constituição Federal", para concluir que "a ação de improbidade administrativa é de natureza civil, conforme se depreende do § 4º do art. 37 da CF, e que o STF jamais entendeu ser competente para o conhecimento de ações civis, por ato de ofício, ajuizadas contra as autoridades para cujo processo penal o seria".[579]

Da mesma forma inconstitucional a Lei nº 10.628/02, ao estender as hipóteses de foro especial dos Tribunais de Justiça, pois, nos termos do art. 125, § 1º, da Constituição Federal, a competência dos tribunais estaduais será definida na Constituição do Estado, sendo inconstitucional a extensão de foros especiais estaduais por lei ordinária federal.

Nesse exato sentido, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, por unanimidade, decidiu, em relação à referida Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que "a competência por prerrogativa de função só pode ser estabelecida por norma constitucional", concluindo que "a competência originária do Tribunal de Justiça é estabelecida pela Constituição Estadual, na forma do art. 125, § 1º da Constituição Federal, e a competência originária dos Tribunais Federais foi estabelecida pela Constituição Federal. A modificação de norma constitucional só pode ser feita pelo legislador constitucional e não, pelo legislador ordinário. A interpretação das normas constitucionais e legais a respeito da competência compete aos juízes e Tribunais, e não, ao legislador ordinário".[580]

B. Competência recursal

O Pretório Excelso também pode ser acionado via recursal, seja através de recursos ordinários constitucionais ou extraordinários.

B.1Recurso ordinário constitucional

Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, em recurso ordinário:

- o crime político;[581]

- o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.

Somente caberá o recurso ordinário constitucional, nestas hipóteses, quando presentes três requisitos:

1. julgamento do *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data*, mandado de injunção pelos Tribunais Superiores, ou seja, pelo STJ, TSE, STM ou TST;
2. quando a decisão tiver sido originária, ou seja, os Tribunais Superiores não podem ter reformado ou mantido qualquer decisão anterior, mas sim julgado em instância única;
3. quando a decisão tiver sido denegatória. Ressalte-se que para efeito de interposição de recurso ordinário constitucional, a expressão *decisões denegatórias* engloba tanto as decisões de mérito, quanto as decisões que extingam o processo sem julgamento do mérito.[582]

B.2Recurso extraordinário

A Constituição Federal consagra como a mais importante competência recursal do Supremo Tribunal Federal, sua possibilidade de julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: contrariar dispositivo da Constituição; declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição e julgar válida lei local contestada em face de lei federal.[583]

As características e requisitos do recurso extraordinário, bem como a exigência de repercussão geral, serão estudados no item 4.9.4 desse mesmo capítulo.

4.7.2 Superior Tribunal de Justiça

Suas competências são definidas no art. 105 da Constituição Federal.

Assim como podemos afirmar que o STF é o *guardião da Constituição*, também podemos fazê-lo no sentido de ser o STJ o guardião do *ordenamento jurídico federal*.

Doutrinariamente, também podemos dividir as principais competências do Superior Tribunal de Justiça em dois grandes grupos, conforme a maneira de acioná-lo: *originária* e *recursal*.

O STJ poderá ser acionado diretamente, através das ações que lhe caiba processar e julgar originariamente. Nestes casos, o Tribunal analisará a questão em única instância (*competência originária*).

Porém, igualmente, pode-se chegar ao STJ através de recursos ordinários constitucionais ou especiais. Nestes casos, o Tribunal analisará a questão em última instância (*competência recursal*).

A. Competência originária (art. 105, I)

O Superior Tribunal de Justiça deve processar e julgar originariamente os casos em que os direitos fundamentais de altas autoridades da República, *que não estejam sob a jurisdição do Supremo Tribunal Federal,* estiverem sob ameaça ou concreta violação, ou quando estas autoridades estiverem violando os direitos fundamentais dos cidadãos. Assim, compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais.

Em relação à inconstitucionalidade da Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que estabeleceu novas competências originárias ao Superior Tribunal de Justiça, conferir item 4.7-A4, nesse mesmo capítulo.

Dessa forma, na defesa de direitos fundamentais caberá ao STJ o processo e julgamento:

- dos mandados de segurança e dos *habeas data* contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal;[584]
- dos *habeas corpus*, quando o coator ou o paciente for Governador de Estado e do Distrito Federal, desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais, ou quando o coator for tribunal, sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado, ou Comandante da Marinha, do Exército e da Aeronáutica,[585] ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;[586]
- do mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, 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.

Igualmente, compete ao STJ resolver os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, *o*, da CF (já analisado no tópico anterior sobre STF), bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos.[587]

A partir da EC nº 45/04, compete ao Superior Tribunal de Justiça a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias, antiga competência do Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal alterou seu posicionamento em relação ao órgão competente para dirimir conflito de atribuição entre órgãos de Ministérios Públicos diversos. Anteriormente, nossa Corte Suprema havia optado por sua própria competência, em virtude da existência de lacuna legislativa, tendo definido que competia ao próprio STF "dirimir conflito de atribuições entre os Ministérios Públicos Federal e Estadual, quando não configurado virtual conflito de jurisdição que, por força da interpretação analógica do art. 105, I, *d*, da CF, seja da competência do Superior Tribunal de Justiça".[588]

Em posicionamento posterior, o STF afastou sua competência, afirmando não existir previsão constitucional expressa, e fixou como atribuição do Procurador Geral da República dirimir conflitos de atribuições entre órgãos de diversos Ministérios Públicos.[589] Sempre apontamos discordância desse posicionamento, uma vez que não há qualquer relação de subordinação ou hierarquização entre os Ministérios Público da União e dos Estados e Distrito Federal, e a possibilidade de o Chefe do MPU poder decidir os conflitos de atribuição poderá levar à supressão de diversas atribuições dos Ministérios Públicos estaduais.

O atual posicionamento da Corte definiu a competência do Conselho Nacional do Ministério Público pois "a solução de conflitos de atribuições entre ramos diversos dos Ministérios Públicos pelo CNMP, nos termos do artigo 130-A, § 2º, e incisos I e II, da Constituição Federal e no exercício do controle da atuação administrativa do *Parquet*, é a mais adequada, pois reforça o mandamento constitucional que lhe atribuiu o controle da legalidade das ações administrativas dos membros e órgãos dos diversos ramos ministeriais, sem ingressar ou ferir a independência funcional".[590]

Em relação ao eventual conflito de jurisdição, a jurisprudência já entendia competir ao Superior Tribunal de Justiça resolver conflito de atribuições entre membros de Ministérios Públicos de Estados diversos ou entre membros de Ministério Público Estadual e Federal,[591] desde que os mesmos tenham suscitado perante os respectivos Juízos a ausência ou presença de atribuição para determinado feito.[592] Isso ocorria em virtude da ausência de norma constitucional que preveja órgão ou autoridade competente para dirimir conflitos de atribuições positivos ou negativos entre diversos Ministérios Públicos, de maneira que, ao se suscitá-los perante os Juízos respectivos, o inicial conflito de atribuição transforma-se em conflito de competência entre juízes vinculados a tribunais diversos, cuja competência para decisão, nos termos do art. 105, I, *d*, da Constituição Federal, é do Superior Tribunal de Justiça.[593]

B. Competência recursal

O STJ também pode ser acionado via recursal, seja através de recursos ordinários constitucionais ou especiais.[594]

B.1Recurso ordinário constitucional

Compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso ordinário:

- os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória;
- os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;
- as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País.

B.2Recurso especial

O Superior Tribunal de Justiça, no exercício de sua competência recursal especial, tem cognição mais restrita, não realizando reexame do contexto fático probatório (Súmula 7-STJ), pois sua missão constitucional é dar plena efetividade à aplicação do Direito Federal e sua uniformização.

Em relação ao recurso especial, ensina-nos o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Sálvio de Figueiredo Teixeira tratar-se

> "de modalidade de recurso extraordinário *lato sensu*, destinado, por previsão constitucional, a preservar a unidade e autoridade do direito federal, sob a inspiração de que nele o interesse público, refletido na correta interpretação da lei, deve prevalecer sobre os interesses das partes. Ao lado do seu objetivo de ensejar o reexame da causa, avulta sua finalidade precípua, que é a defesa do direito federal e a unificação da jurisprudência. Não se presta, entretanto, ao exame de matéria de fato, e nem representa terceira instância. Alguns veem suas origens no *writ of error* do direito norte-americano e outros a sua inserção na categoria dos recursos de cassação do direito europeu".[595]

Compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, mediante recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência: pretende-se evitar a inobservância do direito federal, o seu descumprimento. Contrariar a lei é, em última análise, o mesmo que tê-la por inexistente, negar-lhe vigência, deixar de aplicá-la ou violá-la. Na interposição do recurso especial com base nesse

fundamento, é obrigatória a indicação do dispositivo legal (tratado ou lei federal) supostamente violado;[596]

- julgar válido ato do governo local contestado em face de lei federal. A EC nº 45/04 transferiu competência recursal do Superior Tribunal de Justiça (recurso especial) para o Supremo Tribunal Federal (recurso extraordinário), nas causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida julgar válida lei local contestada em face de lei federal (EC nº 45/04). Essa nova hipótese de cabimento de recurso extraordinário passou a entender como conflito de competência federativa o julgamento da validade de lei local contestada em face de lei federal;
- der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal, sendo que a divergência entre julgados do mesmo tribunal não enseja recurso especial (Súmula 13 do STJ). Aqui, segundo o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira,

"situa-se a mais importante função do recurso especial uniformizar a interpretação do direito federal no País, quando haja manifesta divergência envolvendo tribunais diferentes, um dos quais poderá ser o próprio Superior Tribunal de Justiça, podendo o dissenso ocorrer também entre tribunais de um mesmo Estado (*verbi gratia*, de Justiça e de Alçada) e mesmo com julgados de tribunais não mais competentes na matéria (exemplifique-se com a jurisprudência do STF no sistema constitucional anterior, em matéria infraconstitucional). Não se admite a divergência, entretanto, se o entendimento trazido à colação como paradigma já se encontra superado no tribunal que o proferiu".[597] Observe-se, ainda, conforme destacado pela Ministra Nancy Andrighi, "é inviável o recurso especial pelo dissídio jurisprudencial se não realizada a confrontação analítica

> e não comprovada a similitude fática entre o acórdão recorrido e os acórdãos a paradigma".[598]

Ressalte-se a necessidade de *prequestionamento*[599] e consequente análise por parte do Tribunal Regional Federal ou dos Tribunais estaduais ou do Distrito Federal da questão federal a ser posteriormente analisada pelo Superior Tribunal de Justiça.[600]

A Emenda Constitucional nº 125, de 14 de julho de 2022, introduziu importante previsão para o conhecimento e análise do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça – em termos assemelhados à repercussão geral existente no recurso extraordinário direcionado ao Supremo Tribunal Federal – ao estabelecer o *requisito da relevância das questões de direito federal infraconstitucional*, que somente será exigido aos recursos interpostos após a sua entrada em vigor.

Dessa maneira, no recurso especial dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, o recorrente, obrigatoriamente, deverá demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos a serem fixados em lei, a fim de que a admissão do recurso seja examinada pelo Tribunal, o qual somente pode dele não conhecer com base nesse motivo pela manifestação de 2/3 (dois terços) dos membros do órgão competente para o julgamento, que poderá ser a Turma, Seção ou a própria Corte Especial, nos termos de seu regimento interno.

Independentemente de outras hipóteses estabelecidas na lei regulamentadora, a própria EC 125/2022 prevê, expressamente, que sempre haverá a *relevância das questões de direito federal infraconstitucional*, nas seguintes hipóteses:

- ações penais;
- ações de improbidade administrativa;

- ações cujo valor da causa ultrapasse 500 (quinhentos) salários mínimos;
- ações que possam gerar inelegibilidade;
- hipóteses em que o acórdão recorrido contrariar jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça.

4.7.3 Justiça do Trabalho

Trata-se de uma Justiça especializada em razão da matéria, portanto com competência taxativamente prevista pela Constituição Federal, prevista pela Carta de 1934 e criada em 1942, como órgão do Poder Executivo, ligado ao então Ministério do Trabalho. A Justiça trabalhista passou a ter os contornos hoje consagrados, a partir da Constituição Federal de 1946, que a colocou como órgão do Poder Judiciário destinado a solução dos conflitos de interesses trabalhistas.

Observe-se que a EC nº 24, de 9 de dezembro de 1999, extinguiu a participação classista temporária de representantes de empregados e empregadores na Justiça trabalhista, transformando seu órgão de 1ª instância em monocrático, qual seja, os juízes do trabalho, em substituição às Juntas de Conciliação e Julgamento, antigos órgãos colegiados.[601]

Em relação a extinção dos juízes classistas e paridade, entendeu o Supremo Tribunal Federal – em sede de ação direta de inconstitucionalidade contra a Resolução nº 665/99 do Tribunal Superior do Trabalho – que quanto ao art. 1º e parágrafo da mencionada Resolução – que disciplinam a paridade de representação, determinando o afastamento remunerado das funções judicantes do classista quando o classista da categoria oposta tiver exaurido o seu mandato –, o Tribunal indeferiu a liminar por entender não haver plausibilidade jurídica na tese de ofensa à extinção do princípio da paridade na Justiça do Trabalho (EC 24/99), uma vez que a norma

transitória da Emenda Constitucional 24/99 assegura o sistema constitucional anterior da paridade entre as categorias (EC 24/99, art. 2º):

> "É assegurado o cumprimento dos mandatos dos atuais ministros classistas temporários do Tribunal Superior do Trabalho e dos atuais juízes classistas temporários dos Tribunais Regionais do Trabalho e das Juntas de Conciliação e Julgamento. No tocante ao art. 2º e parágrafo único da Resolução 665/99, que fixam, de acordo com o art. 666 da CLT, o cálculo dos vencimentos dos juízes afastados com base na média dos proventos percebidos nos últimos doze meses de exercício, o Tribunal também indeferiu o pedido por não estar caracterizada, à primeira vista, a alegada ofensa ao princípio da irredutibilidade de vencimentos, uma vez que estes variam em função do comparecimento às audiências. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal deferiu a suspensão cautelar do art. 3º da Resolução impugnada, que exclui os classistas remanescentes da votação para o preenchimento de cargos de direção ou de vagas nos Tribunais, convocação de juízes, ou de qualquer outro processo administrativo. À primeira vista, considerou-se relevante a arguição de inconstitucionalidade uma vez que a Emenda Constitucional 24/99, ao extinguir a representação classista, assegurou o cumprimento do mandato dos atuais juízes, inclusive quanto à competência administrativa anterior."[602]

Os órgãos da Justiça do Trabalho são: o Tribunal Superior do Trabalho; os Tribunais Regionais do Trabalho e os Juízes do Trabalho. A lei disporá sobre a competência do Tribunal Superior do Trabalho (CF, art. 111-A, § 1º, nos termos da EC nº 45/04).

A. Tribunais Regionais do Trabalho

Os Tribunais Regionais do Trabalho serão, nos termos da EC nº 45/04, compostos de, no mínimo, sete juízes, recrutados, quando possível, na respectiva região, e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos, sendo:[603]

- um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de dez anos de efetivo exercício,[604] observado o disposto no art. 94;
- os demais, mediante promoção de juízes do trabalho por antiguidade e merecimento, alternadamente.

Os Tribunais Regionais do Trabalho instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções de atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários. Além disso, poderão funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo.

B. Juízes do Trabalho

A EC nº 24, de 9 de dezembro de 1999, extinguiu a participação classista temporária de representantes de empregados e empregadores na Justiça Trabalhista, inclusive na 1ª instância, transformando as Juntas de Conciliação e Julgamento, antigos órgãos colegiados, em Varas do Trabalho, cuja jurisdição será exercida por um juiz singular.

A lei criará varas da Justiça do Trabalho, podendo, nas comarcas não abrangidas por sua jurisdição, atribuí-la aos juízes de direito, com recurso para o respectivo Tribunal Regional do Trabalho.[605]

C. Competência da Justiça do Trabalho

Compete à Justiça do Trabalho, nos termos da EC nº 45/04, processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;[606] as ações que envolvam exercício do direito de greve; as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;[607] os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data,* quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;[608] as ações de indenização por dano moral ou patrimonial,[609] decorrentes da relação de trabalho; as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho; a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, *a*, e II, da Constituição Federal e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir, além de outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.[610]

Em relação às alterações promovidas na Justiça do Trabalho, o Supremo Tribunal Federal decidiu que "o processo legislativo para edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, que deu nova redação ao inciso I do art. 114 da Constituição Federal, é, do ponto de vista formal, constitucionalmente hígido. A interpretação adequadamente constitucional da expressão 'relação do trabalho' deve excluir os vínculos de natureza jurídico-estatutária, em razão do que a competência da Justiça do Trabalho não alcança as ações judiciais entre o Poder Público e seus servidores";[611] bem como, "compete à Justiça comum processar e julgar controvérsias relacionadas à fase pré-contratual de seleção e de admissão de pessoal e eventual nulidade do certame em face da Administração Pública, direta e indireta, nas hipóteses em que adotado o regime celetista de contratação de pessoal. Recurso extraordinário não provido" (STF – Pleno – RE 960429 – Tema 992, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 5-3-2020). A Corte também concedeu interpretação conforme ao disposto no art. 114, I, IV e IX, da

Constituição Federal, afastando a "competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar ações penais".[612]

Compete, ainda, à Justiça do Trabalho, os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, salvo se envolverem Tribunais Superiores, quando a competência será do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, I, *o*, da Constituição Federal.

A Constituição estabelece que, recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente, tendo o STF fixado tese de repercussão geral no Tema 841, declarando que "é constitucional a exigência de comum acordo entre as partes para ajuizamento de dissídio coletivo de natureza econômica, conforme o artigo 114, § 2º, da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004".[613]

Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.

A partir da EC nº 45/04 (o termo inicial se deu "*por questões de política judiciária"*), as ações de indenização, inclusive por dano moral, com base em acidente do trabalho, propostas por empregado contra empregador, são da competência da Justiça do Trabalho, pois, conforme entendeu o Supremo Tribunal Federal, "o direito à indenização em caso de acidente de trabalho, quando o empregador incorrer em dolo ou culpa, está enumerado no art. 7º da CF como autêntico direito trabalhista, cuja tutela, deve ser, por isso, da justiça especial".[614]

4.7.4 Justiça Eleitoral

São órgãos da Justiça Eleitoral: o Tribunal Superior Eleitoral; os Tribunais Regionais Eleitorais; os Juízes Eleitorais e as Juntas Eleitorais.

A lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais (CF, art. 121).

Haverá um Tribunal Regional Eleitoral na capital de cada Estado e no Distrito Federal, que serão compostos, mediante eleição e voto secreto, de dois juízes entre os desembargadores do Tribunal de Justiça; dois juízes, entre juízes de direito, escolhidos pelo Tribunal de Justiça; de um juiz do Tribunal Regional Federal com sede na Capital do Estado ou no Distrito Federal, ou, não havendo, de juiz federal, escolhido, em qualquer caso, pelo Tribunal Regional Federal respectivo. Além disto, por nomeação, pelo Presidente da República, de dois juízes entre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça.

Em respeito ao princípio da independência do Poder Judiciário, o próprio Tribunal Regional Eleitoral elegerá seu Presidente e o Vice-presidente, fixando a Constituição Federal que a escolha deverá recair entre seus membros desembargadores; além disto, garante-se que os membros dos tribunais, os juízes de direito e os integrantes das juntas eleitorais, no exercício de suas funções, e no que lhes for aplicável, gozarão de plenas garantias e serão inamovíveis.

A fim de preservar a imparcialidade do Judiciário, e afastar possibilidade de ingerências políticas nos Tribunais eleitorais, salvo motivo justificado, seus membros servirão por dois anos, no mínimo, e nunca por mais de dois biênios consecutivos, sendo os substitutos escolhidos na mesma ocasião e pelo mesmo processo, em número igual para cada categoria.

Recursos eleitorais. São irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariarem a Constituição e as denegatórias de *habeas corpus* ou mandado de segurança.

Em relação aos Tribunais Regionais Eleitorais, somente caberá recurso quando suas decisões forem proferidas contra disposição expressa da Constituição ou de lei; ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais; versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diplomas nas eleições federais ou estaduais; anularem diplomas ou decretarem a perda de mandatos eletivos federais ou estaduais; denegarem *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* ou mandado de injunção.

4.7.5 Justiça Militar

A Constituição Federal determina que a Justiça Militar se compõe do Superior Tribunal Militar; dos Tribunais e dos Juízes Militares instituídos por lei, que a organizará, competindo-lhe processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

4.7.6 Justiça Federal

A Constituição Federal estabelece que são órgãos da Justiça Federal: os Tribunais Regionais Federais e os Juízes Federais.

A. Composição dos Tribunais Regionais Federais[615] – regra do quinto constitucional

Os Tribunais Regionais Federais compõem-se de, no mínimo, sete juízes, recrutados, quando possível, na respectiva região e nomeados pelo Presidente da República entre brasileiros com mais de 30 e menos de 65 anos, aplicando-se a regra do *quinto constitucional.*

Assim, um quinto dos membros dos Tribunais Regionais Federais deverá ser escolhido entre advogados, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público Federal com mais de 10 anos de carreira. Os demais serão formados, mediante promoção de

juízes federais com mais de cinco anos de exercício, por antiguidade e merecimento, alternadamente.

Os Tribunais Regionais Federais, nos termos da EC nº 45/04, instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários e poderão, ainda, funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo.

B. Competência da Justiça Federal

A competência da Justiça Federal vem taxativamente prevista na constituição. Dessa forma, conclui-se que a competência da Justiça comum é subsidiária.

B.1Tribunais Regionais Federais

Compete aos Tribunais Regionais Federais processar e julgar originariamente:[616]

- os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;
- as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região. Observe-se que o STF decidiu competir "ao Tribunal Regional Federal processar ação rescisória proposta pela União com o objetivo de desconstituir sentença transitada em julgado proferida por juiz estadual, quando afeta interesses de órgão federal";[617]

- os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal;
- os *habeas corpus*, quando a autoridade coatora for juiz federal;
- os conflitos de competência entre juízes federais vinculados ao Tribunal.

Além disso, em grau recursal, os Tribunais Regionais Federais têm competência para o julgamento das causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição.

B.2Juízes federais

Aos juízes federais, o art. 109 estabelece competir processar e julgar: as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas[618] na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência e insolvência civil, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País; as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional; os crimes políticos[619] e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral; os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira; os *habeas corpus*, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição; os mandados de

segurança e os *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais; os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar; os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o *exequatur*, e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização e a disputa sobre direitos indígenas.

Em relação à exceção prevista no inciso I do art. 109 da Constituição Federal – inexistência de competência da Justiça Federal nas causas de falência –, o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese de repercussão geral (Tema 859): "A insolvência civil está entre as exceções da parte final do art. 109, I, da Constituição da República, para fins de definição da competência da Justiça Federal"; pois, conforme ressaltado pela Corte, "a falência, no contexto do rol de exceções à competência da Justiça Federal de primeira instância, significa tanto a insolvência da pessoa jurídica quanto a insolvência da pessoa física, considerando que ambas envolvem, em suas respectivas essências, concurso de credores".[620]

Importante ressaltar a competência da justiça federal para processar e julgar ações nas quais a Ordem dos Advogados do Brasil esteja na relação processual, tanto no caso do conselho federal, quanto no seccional, pois como ressaltado pelo STF, "a OAB seria, portanto, autarquia corporativista, o que atrairia, a teor do art. 109, I, da CF, a competência da justiça federal para o exame de ações — de qualquer natureza — nas quais ela integrasse a relação processual".[621]

A EC nº 45/04 ampliou a competência penal da Justiça Federal, no tocante à proteção dos Direitos Fundamentais, prevendo, nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, a possibilidade do Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em

qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

B.3Foro das causas de interesse da União

Igualmente, é estabelecido o foro das causas de interesse da União (CF, art. 109, §§ 1º e 2º). Assim, as causas em que a União for autora serão aforadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte; e as causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.

A EC 103/19 restringiu as possibilidades de autorização legal para o processo e julgamento pela Justiça Estadual de causas de competência da Justiça Federal somente quando forem parte instituição de previdência social e segurado e a comarca do domicílio deste não for sede de vara federal. A redação anterior previa que a lei pudesse permitir que outras causas também fossem processadas e julgadas pela Justiça estadual. Observe-se, porém, que, nessa hipótese, o recurso cabível será sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau. Em sede de repercussão geral (Tema 820), o STF decidiu que "A competência prevista no § 3º do art. 109 da Constituição Federal, da Justiça comum, pressupõe inexistência de Vara Federal na Comarca do domicílio do segurado".[622]

B.4Organização da primeira instância da justiça federal

A Constituição Federal determina que cada Estado-membro, bem como o Distrito Federal, constitua uma seção judiciária que terá por sede a respectiva Capital, e varas localizadas segundo o estabelecido em lei, sendo que nos Territórios Federais a jurisdição e as atribuições cometidas aos juízes federais caberão aos juízes da justiça local, na forma da lei.

4.7.7 Justiça Estadual

Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos na Constituição Federal, que fixa alguns preceitos de observância obrigatória:

> I – a competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça;
>
> II – 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;[623]
>
> III – a possibilidade de criação por lei estadual, mediante proposta do Tribunal de Justiça, da Justiça Militar estadual, sem qualquer vínculo jurisdicional ou administrativo com a Justiça Militar Federal e o Superior Tribunal Militar,[624] constituída, nos termos da EC nº 45/04, em primeiro grau, pelos juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes, com competência para processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. Essa previsão (CF, art. 125, § 4º), porém, conforme preceitua a Súmula 673 do Supremo Tribunal Federal, não impede a perda da graduação de militar mediante procedimento administrativo, uma vez que os mesmos não possuem a garantia da vitaliciedade e sim da estabilidade. A

EC nº 45/04 estabeleceu competências diversas à primeira instância da Justiça Militar estadual. Dessa forma, determinou competir aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, *singularmente*, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, *sob a presidência de juiz de direito*, processar e julgar os demais crimes militares;[625]

IV – nos termos da EC nº 45/04, o Tribunal de Justiça, para dirimir conflitos fundiários, proporá a criação de varas especializadas, com competência exclusiva para questões agrárias.[626] Interpretando essa previsão constitucional, o STF decidiu que a competência das varas especializadas em matéria agrária não precisa, obrigatoriamente, estar restrita à essa matéria, pois "a melhor interpretação para o art. 126, *caput*, da Constituição Republicana caminha no sentido de que essas varas especializadas, a partir do momento em que efetivamente são implantadas pelos respectivos tribunais, excluem da competência de qualquer outra unidade jurisdicional de igual hierarquia o processo e o julgamento das causas agrárias. É dizer, só a vara especializada julga matéria agrária e, uma vez implantada, nenhuma outra vara pode apreciar matéria dessa natureza. Mas, ressalte-se, a vara especializada não julga só matéria agrária. O desígnio constitucional foi criar uma jurisdição especializada para a solução dos conflitos agrários, com juízes que tivessem *expertise* nesse ramo tão específico do direito e que fossem, sobretudo, conhecedores das questões sociais e econômicas subjacentes a tais conflitos, os quais são peculiares e distintos em cada região do país. Há expectativa de que sejam essas as condições necessárias para o tratamento adequado das demandas agrárias, o que pode (e deve) resultar na solução mais célere

desses conflitos, evitando, assim, que se degenerem em violência. Não destoa dessa finalidade constitucional a expressão além da competência geral, para os juízes de Direito, ressalvada a privativa da Justiça Federal, contida no *caput* do art. 3º da lei complementar estadual. Nos termos do art. 125, § 1º, da CRFB de 1988, incumbe à lei de organização judiciária, cuja iniciativa pertence ao respectivo tribunal de justiça, especializar varas em razão da matéria, de modo a tornar mais eficiente a prestação do serviço jurisdicional em sua esfera federativa. Cabe-lhe, também, avaliar, em conformidade com as peculiaridades regionais, a possibilidade de as varas agrárias cumularem essa competência com competência geral, ou com competência para apreciar matérias afins";[627]

V – aplicabilidade de regra na composição dos Tribunais Estaduais, segundo a qual um quinto dos lugares dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subsequentes, escolherá um de seus integrantes para a nomeação;

VI – nos termos da EC nº 45/04, o Tribunal de Justiça poderá funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo;

VII – igualmente nos termos da EC nº 45/04, a instalação, pelo Tribunal de Justiça, de justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos

limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.

4.7.8 Composição dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais do Trabalho, dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios: regra do "quinto constitucional"

Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, inclusive dos Tribunais de Justiça Militar onde houver,[628] do Distrito Federal e Territórios e dos Tribunais Regionais do Trabalho será composto de membros do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada,[629] com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes, que encaminharão as indicações ao Tribunal respectivo, que formará lista tríplice, enviando-a ao chefe do Poder Executivo que, nos vinte dias subsequentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação (CF, arts. 94 e 115, I),[630] sem qualquer participação do Poder Legislativo, seja federal, seja estadual, por ausência de previsão da Constituição Federal.[631]

O requisito constitucional exigido para os membros do Ministério Público é objetivo, qual seja, possuir mais de 10 anos de carreira.

Diversamente, os requisitos constitucionais exigidos para a classe dos advogados são objetivos e subjetivos: (1) notório saber jurídico; (2) reputação ilibada; (3) mais de dez anos de efetiva atividade profissional.

Em situação análoga (análise dos requisitos subjetivos para escolha do *terço constitucional dos advogados* para o STJ), a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos (3 × 2),[632] pela possibilidade

do Superior Tribunal de Justiça recusar lista sêxtupla encaminhada pela Ordem dos Advogados do Brasil para preenchimento do 1/3 constitucional daquela Corte, quando nenhum dos candidatos obtém a votação regimental mínima para adentrá-la e, consequentemente, ser submetido à escolha do Presidente da República para o preenchimento da vaga.[633]

Importante salientar que a regra constitucional prevê expressamente a *obrigatoriedade de que 1/5 dos assentos* nos Tribunais estaduais, inclusive onde houver Tribunais de Justiça Militares, distritais, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Regionais Federais, independentemente da composição do respectivo tribunal ser ou não múltiplo de cinco, seja composto por advogados e membros do Ministério Público. Assim, se a divisão dos membros de um determinado tribunal estadual, distrital ou regional federal por cinco não resultar em um número inteiro, o arredondamento sempre deverá ser para cima, sob pena de consagrar-se uma sub-representação dos membros do Ministério Público e dos advogados, em flagrante inconstitucionalidade. Por exemplo: dividindo-se por cinco os cargos de um Tribunal composto por 12 (doze) membros, chegaríamos ao número de 2,4 (dois vírgula quatro). Consequentemente, para atender-se ao preceito constitucional, teríamos que arredondar as vagas destinadas aos membros do Ministério Público e advogados para 3 (três), sob pena de não se atender o preceito constitucional com somente 2 (duas) vagas que, por óbvio, estariam abaixo de 1/5 dos assentos do tribunal.[634]

Assim o Supremo Tribunal Federal, alterando posicionamento anterior, afirmou em relação à regra do "*quinto constitucional*" que

> "essa é uma norma constitucional expressa, que há de prevalecer sobre a norma implícita, que decorre de norma expressa, no sentido de que, se um quinto é dos advogados e dos membros do Ministério Público Federal, quatro quintos serão dos juízes de carreira. Observada a regra de hermenêutica – a norma expressa

> prevalece sobre a norma implícita – força é convir que, se o número total da composição não for múltiplo de cinco, arredonda-se a fração – superior ou inferior a meio – para cima, obtendo-se, então, o número inteiro seguinte. É que, se assim não for feito, o Tribunal não terá na sua composição um quinto de juízes oriundos da advocacia e do Ministério Público Federal, com descumprimento da norma constitucional (CF, art. 94 e art. 107, I)".[635]

Observe-se, ainda, que, tratando-se de número ímpar na composição do 1/5 constitucional (como no exemplo acima: 3), haverá a obrigatoriedade de respeito à necessária alternância entre advogados e membros do Ministério Público, conforme exigido pela LOMAN e consagrado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A alternância "se faz observando-se, para tanto, a última nomeação ocorrida. Se, como no caso dos autos, a lista foi composta por advogados, a vaga surgida há de ser preenchida por membro do Ministério Público. Dispensável seria a inserção dessa regra na Constituição Federal, que deve merecer interpretação teleológica e sistemática, desprezando-se a ordem de lançamento de vocábulos, expressões e disposições, sem que o texto em si, sinalize para a gradação de importância [...] Vale dizer, o arcabouço normativo constitucional não contempla preferência, no preenchimento das vagas do quinto, entre advogados e membros do Ministério Público. Ombreiam em igualdade de condições; sendo par o número de vagas, as cadeiras são preenchidas pela classe respectiva, levando-se em conta o antecessor, e, sendo impar, pela salutar alternância".[636]

4.8 Quadro de competência para julgamento de autoridades da República (os artigos referem-se à Constituição Federal)[637]

AUTORIDADE	INFRAÇÃO[618]	ÓRGÃO JULGADOR
I – **Presidente**	comum	STF (art. 102, I, *b*)
	responsabilidade	Senado Federal (art. 86)
II – **Vice-presidente**	comum	STF (art. 102, I, *b*)
	responsabilidade	Senado Federal (arts. 86; 52, I)
III – **Parlamentares**	comum	STF (art. 102, I, *b*)
	responsabilidade	Casa correspondente (art. 55, § 2º)
IV – **Ministros do STF**	comum	STF (art. 102, I, *b*)
	responsabilidade	Senado Federal (art. 52, II)
V – **Procurador-Geral da República**	comum	STF (art. 102, I, *b*)
	responsabilidade	Senado Federal (art. 52, II)
VI – **Membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público**[639]	comum	dependerá do cargo de origem
	responsabilidade	Senado Federal (art. 52, II)
VII – **Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do**	comum	STF (art. 102, I, *c*)
	responsabilidade	STF (art. 102, I, *c*)

Exército e da Aeronáutica[640]	resp. conexo com presidente	Senado Federal (art. 52, I)
VIII – **Advogado-Geral da União**	comum	STF (art. 102, I, *b*) *status* de Ministro[641]
	responsabilidade	Senado Federal (art. 52, II)
IX – **Tribunais Superiores (STJ, TSE, STM, TST) e diplomatas**	comum/responsabilidade	STF (art. 102, I, *c*)
X – **Tribunal de Contas da União**	comum/responsabilidade	STF (art. 102, I, *c*)
XI – **Membros dos TRT TRE/TCE/TCM**[642]	comum/responsabilidade	STJ (art. 105, I, *a*)
XII – **Desembargadores Federais (TRFs)**	comum/responsabilidade	STJ (art. 105, I, *a*)
XIII – **Juízes Federais**	comum/responsabilidade	TRF (art. 108, I, *a*)
XIV – **Governador de Estado**	comum/eleitoral	STJ (art. 105, I, *a*)
	responsabilidade	depende da Constituição Estadual ou do Tribunal Misto previsto na Lei nº 1.079/50 (posição do STF)

XV – **Vice-governador de Estado**	comum	depende da Const. Estadual* (em regra TJ)
	responsabilidade	depende da Constituição Estadual ou do Tribunal Misto previsto na Lei nº 1.079/50 (posição do STF)
XVI – **Parlamentares estaduais**	comum	depende da Const. Estadual (em regra Tribunal de Justiça)[643]
	responsabilidade	Assembleia Legislativa
XVII – **Procurador-Geral de Justiça**	comum responsabilidade responsabilidade com Governador	TJ (art. 96, III) Poder Legislativo Estadual ou Distrital (art. 128, § 4º) depende da Const. Estadual
XVIII – **Membros do Ministério Público Estadual**	comum/responsabilidade	TJ (art. 96, III)
	crimes eleitorais	TRE
XIX – **Tribunal de Justiça Militar/Juízes de Direito**[644]	comum/responsabilidade	TJ (art. 96, III)
	crimes eleitorais	TRE
XX – **Desembargadores**	comum/eleitoral	STJ (art. 105, I, *a*)
	responsabilidade	

* Em regra, as Constituições estaduais estabelecem a competência para o Tribunal de Justiça.

AUTORIDADE	INFRAÇÃO	ÓRGÃO JULGADOR
XXI – **Prefeitos**	comum	TJ (art. 29, X)[645]
	responsabilidade (infrações político-administrativas)	Câmara dos Vereadores (art. 31)
	responsabilidades impróprias (infrações penais)	TJ
XXII – **Subprocuradores-Gerais da República**	comum/responsabilidade	Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, *a*)[646]
XXIII – **Membros do Ministério Público da União (MPF/MPM/MPT/MPDF), que atuem perante Tribunais**		

comum/responsabilidade	Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, *a*)[647]	
XXIV – **Membros do Ministério Público da União (MPF/MPM/MPT/MPDF), que atuem perante a 1ª instância**	comuns/responsabilidade	Tribunal Regional Federal (CF, art. 108, I, *a*)[648]
	crimes eleitorais	Tribunal Regional Eleitoral (CF, art. 108, I, *a*)

O Federalista, 1º fev. 1788.

Observe-se que para o processo e julgamento tanto para os crimes comuns, quanto para os crimes de responsabilidade praticados pelo Governador de Estado, o STF admitia, desde que existisse previsão expressa da Constituição Estadual, a necessidade do juízo de admissibilidade da acusação, a ser realizado por 2/3 da Assembleia Legislativa.[649]

Em relação à responsabilização criminal do Chefe do Poder Executivo estadual e distrital, porém, alterando seu antigo posicionamento, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as previsões excepcionais do legislador constituinte originário, que afastaram a aplicação imediata do princípio republicano ao Presidente da República, com a previsão de obstáculos à possibilidade de responsabilização penal integral, prisões processuais e início da persecução penal em juízo, são exclusivas da mais alta autoridade do País, por sua condição de Chefe de Estado e Chefe de Governo, e pelas

peculiares funções exercidas, conforme anteriormente detalhado. Não se tratando, portanto, de princípios constitucionais extensíveis, tampouco podendo ser estabelecidas pelos Estados-Membros com base na simetria.[650]

Entendemos que a Constituição de cada Estado fixará a competência para o processo e julgamento do Governador de Estado por crime de responsabilidade, no exercício de sua autonomia de auto-organização política.

Somente a título exemplificativo, no Estado de São Paulo, o art. 49, § 1º, da Constituição Estadual prevê a existência do chamado *Tribunal Especial* constituído de 15 (quinze) membros, sendo sete deputados Estaduais e sete Desembargadores, sorteados pelo Presidente do Tribunal de Justiça, que também o presidirá, que terá competência para o processo e julgamento do Governador do Estado, desde que haja licença de 2/3 da Assembleia Legislativa,[651] norma essa declarada inconstitucional por ofensa à competência privativa da União.[652]

No Estado de Santa Catarina, sua Constituição determina, no art. 73, que compete à Assembleia Legislativa processar e julgar o Governador do Estado por crime de responsabilidade, desde que haja licença de 2/3 da Assembleia Legislativa. A mesma previsão é feita no art. 107, da Constituição do Estado da Bahia, no art. 90 da Constituição do Ceará e no art. 41, § 1º, da Constituição de Tocantins.

Note-se, entretanto, que o Supremo Tribunal Federal, em sede de medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade proposta em face da Constituição do Estado de Santa Catarina, confirmada posteriormente no mérito onde se declarou a inconstitucionalidade do dispositivo,[653] entendeu que a definição de crimes de responsabilidade e a regulamentação do processo e do julgamento são de competência da União, em virtude dos arts. 85, parágrafo único, e 22, I, da Constituição Federal,[654] suspendendo as normas estaduais que dispõem sobre a matéria.[655]

Desta forma, expôs o Ministro-relator Nelson Jobim que "curvando-me por completo a esta constatação histórica – tratamento de 1988 em nada diverso ao tratamento de 1946 – entendo que a definição dos crimes de responsabilidade, como também o estabelecimento de normas de processo e julgamento, é da competência da União Federal", para concluir estar "vigente a lei federal por sobre as normas estaduais", e, consequentemente, "não poderá (a) o Governador do Estado ser suspenso de suas funções como decorrência da admissibilidade da denúncia e (b) não poderá ser julgado pela Assembleia Legislativa, mas, sim, pelo órgão da lei de 1950".[656]

Em conclusão, por votação unânime na citada medida liminar, o Supremo Tribunal Federal determinou a aplicação da Lei nº 1.079/50 ao processo e julgamento dos Governadores de Estado por crimes de responsabilidade, que, por sua vez, institui em seu art. 78, § 3º, a competência do julgamento para um Tribunal especial composto de cinco membros do Legislativo e de cinco desembargadores sob a presidência do Presidente do Tribunal de Justiça local.[657]

Nesse mesmo sentido, em relação à Constituição do Estado do Maranhão, entendeu a Suprema Corte que "por ofensa ao art. 22, I, da CF, que prevê a competência privativa da União para legislar sobre direito processual, o Tribunal, por maioria, deferiu a medida cautelar para suspender tão somente a eficácia do inciso II do § 1º do art. 66 ('§ 1º O Governador ficará suspenso de suas funções: ...II – nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pela Assembleia Legislativa'), porquanto a Constituição estadual não poderia dispor sobre crime de responsabilidade, que é matéria prevista em lei federal".[658]

Pacificando a questão, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 722, com o seguinte enunciado: "São da competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento".[659]

Em relação à fixação de prerrogativas de foro para o processo e julgamento de infrações penais comuns, o Supremo Tribunal Federal decidiu que "na organização do Judiciário estadual as competências de seus órgãos são limitadas pelos princípios da Constituição da República"; dessa forma, em virtude de "ausência de fundamento constitucional de instituição de foro para estabelecer privilégios processuais",[660] é "inconstitucional norma de constituição estadual que estende o foro por prerrogativa de função a autoridades não contempladas pela Constituição Federal de forma expressa ou por simetria";[661] como, por exemplo, para delegado-geral de Polícia, Defensor Público Geral, membros da Defensoria Pública e Procuradores estaduais.

4.9 Recurso extraordinário e repercussão geral das questões constitucionais (Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006) do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 2015 e Lei nº 13.256, de 2016)

4.9.1 Recurso extraordinário

Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:[662]

- contrariar dispositivo da Constituição;
- declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta constituição;
- julgar válida lei local contestada em face de lei federal (EC nº 45/04). Essa nova hipótese de cabimento de recurso

> extraordinário reforçou do papel do Supremo Tribunal Federal no controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, pois o novo texto passou a entender como conflito de competência federativa o julgamento da validade de lei local contestada em face de lei federal, transferindo a antiga competência do Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, para o STF.[663]

A Constituição Federal, ao prever o recurso extraordinário de causas decididas em única ou última instância, permite seu cabimento de decisões interlocutórias, desde que presentes os demais requisitos constitucionais.[664]

Saliente-se que somente será cabível a interposição do recurso extraordinário se esgotados todos os meios recursais ordinários.[665] Além disso, na petição de encaminhamento do recurso extraordinário, deverá, obrigatoriamente, ser indicada a hipótese constitucional permissiva.[666]

Acrescente-se, a Constituição não exige que a decisão seja de algum tribunal, desta forma cabível o recurso extraordinário das decisões de juiz singular (quando inexistir recurso ordinário) e das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Criminais e Cíveis.[667]

Como garantia de respeito à Constituição Federal, o legislador constituinte, como já afirmado, erigiu o Supremo Tribunal Federal em guardião da Constituição.

Deste fato, surge sua competência recursal extraordinária para assegurar a supremacia das normas constitucionais, de acordo com sua própria hermenêutica, possibilitando, portanto, ao Pretório Excelso somente a análise jurídico-constitucional do recurso, mas jamais o reexame da matéria fática.

No recurso extraordinário, como salienta Mancuso, “o espectro de sua cognição não é amplo, ilimitado, como nos recursos comuns (*v.g.*, a apelação), mas, ao invés, é restrito aos lindes da matéria jurídica”,

concluindo que esse recurso não se presta "para o reexame da matéria de fato; presume-se ter esta sido dirimida pelas instâncias ordinárias, quando procederam à tarefa da subsunção do fato à norma de regência".[668]

4.9.2 Requisitos constitucionais para o recurso extraordinário

Em qualquer das quatro hipóteses, sempre haverá necessidade para o cabimento do recurso extraordinário de três requisitos: prequestionamento, ofensa direta e frontal à Constituição Federal e repercussão geral das questões constitucionais.

O prequestionamento deverá ser explícito,[669] sendo que sua configuração pressupõe o debate e a decisão prévios sobre o tema jurígeno versado no recurso. Se a Corte de origem não analisou a questão constitucional veiculada, deverão ser interpostos embargos declaratórios, para esse fim, de maneira que se esgotem todos os mecanismos ordinários de discussão da questão constitucional, possibilitando-se o apelo extremo.

Observe-se, porém, que, em regra, não haverá possibilidade de prequestionamento inicial em embargos de declaração de questão constitucional surgida antes da decisão da Corte de origem, uma vez que essa deve ter tido a oportunidade de analisar, em sua plenitude, a questão constitucional no próprio acórdão.

Ressalte-se, porém, que na hipótese da vulneração inicial da norma constitucional ter surgido com a decisão da Corte de origem, deverá ser realizado o prequestionamento nos embargos declaratórios a fim de que o próprio Tribunal possa debater a questão constitucional.[670]

Portanto, há a configuração de duas hipóteses possíveis, em que serão necessários os embargos de declaração, para que seja possível a interposição de recurso extraordinário.

Na primeira hipótese, houve o prequestionamento, porém o acórdão da Corte recorrida não analisou a questão constitucional, sendo necessários os embargos declaratórios, para que se esgotem todos os meios ordinários de análise dessa questão. A segunda hipótese ocorrerá quando a questão constitucional surgir no próprio acórdão da Corte recorrida, havendo necessidade de interposição de embargos declaratórios para, de forma inicial, iniciar-se o debate da questão constitucional.

O prequestionamento justifica-se pela necessidade de verificar-se o enquadramento do recurso em um dos permissivos constitucionais (extraordinário *stricto sensu*), havendo, pois, necessidade de o órgão recorrido ter-se manifestado sobre a questão constitucional, emitindo juízo de valor sobre o tema.[671] Deve, portanto, haver o esgotamento de todos os meios possíveis de prequestionamento.[672]

O recurso extraordinário será cabível sempre que a ofensa existente nos autos for direta e frontal à Constituição Federal,[673] inadmitindo-o, pois, nas hipóteses de ofensas reflexas.[674]

A via reflexa caracteriza-se quando a apuração da ofensa à norma constitucional depender do reexame das normas infraconstitucionais aplicadas pelo Poder Judiciário ao caso concreto; ou ainda, quando para atingir a violação do preceito constitucional, houver necessidade de interpretação do sentido da legislação infraconstitucional.

Dessa forma, entende o Supremo Tribunal Federal que, se, para provar a contrariedade à Constituição, tem-se, antes, de demonstrar a ofensa à lei ordinária, é esta que conta para o não cabimento do recurso extraordinário em face das restrições regimentais.[675]

4.9.3 Emenda Constitucional nº 45/04 e repercussão geral

Nos termos da EC nº 45/04, no recurso extraordinário, o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros (CF, art. 102, § 3º).

Trata-se de importante alteração nos requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário, pois possibilita ao Supremo Tribunal Federal a análise da *relevância constitucional* da matéria, bem como *do interesse público* em discuti-la, na tentativa de afastá-lo do julgamento de causas relevantes somente aos interesses particulares.[676]

A *repercussão geral* somente estará presente quando na pretensão arguida perante o STF houver acentuado interesse geral na solução das questões constitucionais discutidas naquele determinado processo, que transcenda a defesa puramente de interesses subjetivos e particulares, pretendendo o texto constitucional, ao mesmo tempo, fortalecer as decisões das instâncias jurisdicionais ordinárias e preservar o Supremo Tribunal Federal para a discussão das matérias constitucionais de relevância e reflexo para toda a sociedade.[677]

A partir da EC nº 45/04, para que os recursos extraordinários sejam conhecidos e julgados, haverá necessidade, na forma da lei, de o Supremo Tribunal Federal entender essenciais e relevantes as questões constitucionais a serem analisadas. Como afirmado por Doreste Batista, a questão será relevante quando "o interesse no seu desate seja maior fora da causa que propriamente dentro dela".[678]

Como salientado pelo Ministro Carlos Velloso,

> "esta é, para nós, uma solução realmente inovadora: exigir que seja de alta relevância a questão federal suscitada, para se admitir recurso", pois "ainda que estes outros estivessem presentes, o recurso não seria admitido, quando a questão de direito federal

> focalizada não fosse de alta relevância. Essa relevância, posta como condição de admissibilidade do recurso, seria verificada sob o ponto de vista do interesse público".[679]

A maior discricionariedade concedida ao STF para análise dos recursos extraordinários com repercussão no interesse público assemelha-se a mecanismos do Direito Comparado, que visam permitir uma maior seleção, por parte da Corte Suprema ou do Tribunal Constitucional, dos recursos a serem julgados, pela importância da matéria e repercussão da decisão no interesse geral da sociedade, impedindo que o excesso de demandas atrapalhe o Supremo Tribunal Federal no cumprimento de sua grave missão de intérprete e guardião maior da Constituição.

Na Corte Suprema Norte-americana, em relação às *competências recursais facultativas*,[680] um determinado caso somente será apreciado pela Suprema Corte, se houver um juízo positivo de admissibilidade realizado pelo menos por quatro juízes (*norma dos quatro*). Na grande maioria das vezes, a Corte se recusa a analisar o caso, pois, como relata Lawrence Baum, a Corte Suprema

> "julga somente uma minúscula proporção dos casos que chegam dos tribunais federais e estaduais. Mesmo dentro do sistema de tribunais federais, a Corte julga menos de um por cento dos casos de que tratam os tribunais distritais".[681]

Em virtude do acúmulo de solicitações feitas à Corte, criou-se um procedimento de pré-triagem, de forma que o Presidente da Corte coloca em uma lista, denominada *lista de exame,* os casos de relevância, para que sejam analisados e obtenham sua admissibilidade pelo menos por quatro juízes.[682] Ressalte-se que os casos excluídos pelo *Chief Justice* da *lista de exame* poderão, a pedido de qualquer dos demais juízes, ter sua admissibilidade analisada.[683]

A *lista de exame* é apresentada pelo *Chief Justice,* na chamada *conferência*, que, após oferecer um resumo do caso, concede a palavra, por ordem inversa de antiguidade, aos demais membros, para que sua admissibilidade seja votada. Uma vez admitido um determinado caso para exame,[684] a Suprema Corte emite um *writ of certiorari* (carta requisitória), ordenando que o tribunal inferior reúna os autos de um processo e os envie a ela para revisão. Jethro K. Lieberman aponta a origem britânica desse instituto, definindo-o, tecnicamente, como uma ordem do tribunal superior às cortes inferiores, para remessa dos autos.[685]

Por sua vez, o Tribunal Constitucional Federal, formalmente, não pode exercer a escolha discricionária dos recursos constitucionais a serem julgados, diferentemente do que ocorre em relação à Corte Suprema Norte-americana (*writ of certiorari*). Assim, presentes os pressupostos, o recurso deverá ser admitido e julgado.

Note-se, porém, que a própria Lei do Tribunal Constitucional Federal, em seu art. 93, permite que uma seção formada por três juízes possa, por unanimidade, não admitir o recurso constitucional, quando não presentes os seus pressupostos, em decisão irrecorrível e que não necessita ser fundamentada. Dessa forma, na prática, o Tribunal Constitucional Federal pode exercer o mesmo juízo de admissibilidade discricionário que a Suprema Corte americana, mesmo porque, repita-se, a decisão de não conhecimento não precisa ser fundamentada.[686]

A EC nº 45/04 determinou a possibilidade de regulamentação legal para que o recorrente demonstre a *repercussão geral das questões constitucionais discutidas,* não sendo vedado, portanto, que a lei estabeleça mecanismos de pré-triagem do recurso extraordinário, para que se evite o acúmulo de análises a serem sempre realizadas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, uma vez que o elevado *quorum* para recusa do recurso extraordinário – 2/3 dos Ministros do STF – poderia comprometer esse

novo mecanismo de celeridade processual (CF, art. 5º, LXXVIII) e de salvaguarda da importância das decisões de nosso mais alto Tribunal.

4.9.4 Recurso extraordinário e repercussão geral (Lei nº 11.418/2006)

A Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, regulamentou o § 3º do art. 102 da Constituição Federal, estabelecendo a disciplina normativa sobre a *repercussão geral* nos recursos extraordinários.

A lei exige, para efeitos de reconhecimento da *repercussão geral,* a consideração sobre a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa; presumindo, desde logo, a existência de *repercussão geral* sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O Código de Processo Civil regulamentou os pontos centrais do mecanismo de *repercussão geral,* delegando, porém, ao regimento interno do Supremo Tribunal Federal a edição das normas necessárias à sua execução, estabelecendo, desde logo, que o STF, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral.

Dessa forma, nos termos exigidos pelo § 3º, do art. 102 do texto constitucional e regulamentados na citada lei, o procedimento para análise da *repercussão geral* nos recursos extraordinários será o seguinte, com a possibilidade de complementação regimental pelo STF, que disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral:

- em seu recurso extraordinário, o recorrente deverá demonstrar, preliminarmente, a existência da repercussão geral, que será

apreciada somente pelo Supremo Tribunal Federal, não cabendo, portanto, esta análise no juízo da admissibilidade do Tribunal recorrido, que deverá, entretanto, verificar os demais requisitos de cabimento do recurso;

- o Ministro-relator poderá admitir a manifestação de terceiros somente sobre a existência ou não de *repercussão geral,* nos termos regimentais;
- o primeiro juízo de admissibilidade do recurso extraordinário será realizado pelos órgãos fracionários do STF (Turmas), que poderão reconhecer a *existência da repercussão geral pelo voto de, no mínimo, 4 de seus membros.* Nessa hipótese, não haverá necessidade de remessa dos autos ao Plenário, pois, *a contrario sensu,* verificar-se-á, desde logo, a impossibilidade de obtenção do *quorum de 2/3* (8 Ministros) para a recusa do recurso extraordinário. Importante ressaltar que mesmo reconhecida a repercussão geral pelo Plenário Virtual, será possível sua reanálise pelo Plenário físico, com posterior recusa e afastamento da análise do mérito do recurso extraordinário.[687]
- na hipótese de não se atingir o *quorum* de 4 Ministros de Turma do STF para o reconhecimento da repercussão geral, haverá a necessidade de encaminhamento dos autos ao Plenário, uma vez que, em tese, ainda será possível a obtenção dos 8 votos contrários à admissibilidade do recurso;
- reconhecida a *repercussão geral,* o recurso extraordinário será julgado pelo órgão fracionário do STF, salvo disposição em contrário de seu Regimento Interno. O regimento do STF prevê o julgamento das repercussões gerais pelo Plenário da Corte;
- não reconhecida a *repercussão geral,* o STF não conhecerá do recurso extraordinário;

- a Súmula da decisão sobre a *repercussão geral* constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.

Para garantir a efetividade das decisões do STF, bem como a celeridade processual, a lei estabelece que, negada a existência de repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, reconhecendo *efeitos vinculantes* a essa decisão. Nessas hipóteses, a rejeição dos demais recursos extraordinários será realizada monocraticamente pelos Ministros-relatores.

Observe-se, entretanto, que em se tratando de recurso extraordinário cujo objeto seja revisão de tese do STF, será possível nova análise, nos termos a serem definidos pelo Regimento Interno da Corte.

Importante destacar a *previsão de irretroatividade da lei,* pois conforme estabelecido expressamente em seu art. 4º, a Lei nº 11.418/06 somente se aplica aos recursos interpostos a partir do primeiro dia de sua vigência, cuja *vacatio legis* foi estipulada em 60 dias.

Essa previsão deve ser interpretada em conjunto com o estipulado em seu art. 2º, ou seja, não será possível ao Supremo Tribunal Federal adotar o *mecanismo de verificação de repercussão geral* nos recursos extraordinários interpostos antes do início de vigência da lei, porém uma vez afirmada, por 2/3 dos Ministros do STF, a inexistência de repercussão geral em recurso extraordinário interposto após o início da vigência da lei, nada impedirá que essa decisão valha para todos os recursos sobre matéria idêntica, inclusive aqueles cujo ingresso na Corte foi anterior à vigência da lei.

Não haveria razoabilidade nem tampouco lógica em se exigir que o Supremo Tribunal Federal continuasse a julgar inúmeros recursos extraordinários sobre matéria idêntica a determinado recurso cuja *repercussão geral* foi negada por 2/3 de seus membros, tão somente pelo fato de terem sido interpostos antes da vigência da lei.

A *ratio* constitucional do § 3º, do art. 102, é permitir ao Supremo Tribunal Federal dedicar-se, em sede de recurso extraordinário, somente às matérias de interesse geral, que transcendam o mero interesse individual das partes, e cuja decisão, por ser de interesse da sociedade, sirva de direcionamento a todos os órgãos judiciais e administrativos.

O princípio da razoabilidade, enquanto vetor interpretativo, deverá pautar a atuação do Supremo Tribunal Federal na interpretação do alcance da decisão que negou a existência de *repercussão geral* a todos os recursos sobre matéria idêntica, de maneira a garantir coerência lógica nas decisões, respeitando a finalidade da norma constitucional, qual seja, evitar que a Corte permaneça julgando recursos extraordinários cujas matérias não possuam, segundo seu próprio entendimento, *repercussão geral,* independentemente do momento de interposição do mesmo.

Assim sendo, não será possível a aplicação do *mecanismo de verificação de repercussão geral* nos recursos extraordinários interpostos antes da vigência da lei, porém, negada a existência de *repercussão geral* em recurso extraordinário interposto após a vigência da lei, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, independentemente do momento de sua interposição, *em face dos efeitos vinculantes dessa decisão.*

Trata-se, pois, da necessidade de uniformização do posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a existência ou não de *repercussão geral,* de maneira a definir *quais as matérias que deverão ser analisadas pela nossa mais alta Corte.*

Essa necessidade de uniformização do posicionamento do STF foi reafirmada pela previsão legal das hipóteses de multiplicidade de recursos extraordinários com fundamentos em idêntica controvérsia.

Nesses casos, o Tribunal ou órgão de origem deverá selecionar um ou mais recursos extraordinários que definam e delimitem a controvérsia sobre a existência ou não da *repercussão geral das questões constitucionais*

discutidas na decisão recorrida, encaminhando-os ao Supremo Tribunal Federal.

Os demais recursos extraordinários sobre matéria idêntica serão suspensos até o pronunciamento definitivo do STF.

Na hipótese do Supremo Tribunal Federal não reconhecer a existência de *repercussão geral,* todos os recursos extraordinários suspensos serão automaticamente não admitidos, reafirmando o caráter geral da decisão da Corte e seus *efeitos vinculantes.*

Caso o STF admita e julgue o mérito dos recursos extraordinários representativos da controvérsia, os demais recursos sobrestados deverão ser apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais de origem, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. Na hipótese do órgão de origem manter a decisão, uma vez admitido o recurso extraordinário, o STF poderá cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

Portanto, seja em *relação aos recursos extraordinários interpostos antes da vigência da Lei nº 11.418/2006* (que não poderão deflagrar o *mecanismo de verificação de repercussão geral*), seja *em relação aos recursos extraordinários interpostos após a vigência da Lei nº 11.418/2006, em trâmite no Supremo Tribunal Federal,* uma vez proferida decisão por 2/3 dos Ministros do Supremo Tribunal Federal negando a existência *de repercussão geral das questões constitucionais* discutidas no caso, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, cabendo ao Ministro-relator indeferi-los liminarmente (*efeitos vinculantes a serem aplicados pelo próprio STF*).[688]

Em relação aos recursos extraordinários interpostos após a vigência da Lei nº 11.418/2006, sobrestados no Tribunal de origem, uma vez proferida decisão por 2/3 dos Ministros do Supremo Tribunal Federal negando a existência de *repercussão geral das questões constitucionais* nos

recursos representativos, deverão ser automaticamente não admitidos (*efeitos vinculantes a serem aplicados pelo tribunal ou órgão de origem*).

4.9.5 Repercussão geral e Regimento do STF

O Supremo Tribunal Federal regulamentou a Lei nº 11.418/06 com a edição da Emenda Regimental nº 21, que entrou em vigor no dia 3 de maio de 2007, e posteriores alterações, tendo salientado o Ministro Sepúlveda Pertence "que a exigência da preliminar formada e fundamentada sobre a repercussão geral vale para os Recursos Extraordinários (tanto para as questões civis, quanto para as questões criminais) contra decisões cuja intimação tenha ocorrido a partir da data de publicação da Emenda Regimental nº 21, qual seja, 3 de maio de 2007". Portanto, não é possível "exigir, antes das normas regimentais serem implementadas pelo STF, que o recorrente buscasse demonstrar na petição do RE a exigência da repercussão geral", pois "seria ilógico exigir que os RE interpostos antes da vigência dessas normas regimentais contenham a preliminar em que o recorrente deverá demonstrar a existência da repercussão geral".[689]

Nos termos do art. 322, do RiSTF, o Tribunal recusará recurso extraordinário cuja questão constitucional não oferecer repercussão geral (*"filtro recursal"*).

Para efeito de *repercussão geral*, será considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes.

O Presidente do Tribunal recusará recursos que não apresentem preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, bem como aqueles cuja matéria carecer de repercussão geral, segundo precedente do Tribunal, salvo se a tese tiver sido revista ou estiver em procedimento de revisão. Na hipótese de o recurso não ter sido liminarmente recusado pelo Presidente,

competirá ao relator essa recusa. Da recusa monocrática, caberá agravo ao Plenário.

Dessa forma, quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o Relator submeterá, por meio eletrônico, aos demais ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de matéria constitucional e de repercussão geral.

No prazo comum de 20 dias, os demais Ministros da Corte apresentarão suas manifestações sobre a existência de matéria constitucional e em relação à questão da *repercussão geral*.

Nos termos da Emenda Regimental nº 54, de 1º de julho de 2020, os Ministros deverão se manifestar, primeiramente, em relação à existência de matéria constitucional no Recurso Extraordinário para, posteriormente, indicarem seu posicionamento sobre a existência ou não de repercussão geral.

Caso a maioria absoluta dos Ministros do STF entenda pela inexistência de matéria constitucional, o recurso extraordinário terá seu seguimento negado, com os mesmos efeitos do reconhecimento da ausência de repercussão geral.

Na hipótese de reconhecimento da existência de matéria constitucional pela maioria absoluta da Corte, a repercussão geral somente será afastada pelo quórum de 2/3 dos Ministros.

A Emenda Regimental nº 54, de 1º de julho de 2020, afastou a previsão regimental pela qual o *silêncio do Ministro quanto a questão da repercussão geral equivaleria a sua concordância tácita*. A nova regulamentação determina que o Ministro que não se manifestar no prazo previsto terá sua não participação registrada na ata de julgamento e que, não alcançado o quórum necessário para o reconhecimento da natureza infraconstitucional da questão ou da existência ou não de repercussão geral, haverá suspensão do julgamento, que continuará na próxima sessão em

meio eletrônico, para que os Ministros anteriormente ausentes manifestem seus posicionamentos.

O teor da decisão preliminar sobre a existência da repercussão geral, que deve integrar a decisão monocrática ou o acórdão, constará sempre das publicações dos julgamentos no *Diário Oficial*, com menção clara à matéria do recurso, sendo irrecorrível e valendo para todos os recursos sobre questão idêntica (art. 326).

O regimento interno permite, igualmente, a realização de julgamento por meio eletrônico do mérito de questões com repercussão geral, nos casos de reafirmação de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal.

Buscando aprimorar o instituto da *repercussão geral*, o STF estabeleceu nova regra que determina ao primeiro membro da Corte que divergir do voto do relator do recurso a necessidade de disponibilizar seus motivos no sistema eletrônico de votação, com a finalidade de garantir a divulgação das razões da divergência.

Para fins de análise da *repercussão geral*, mediante decisão irrecorrível,[690] poderá o Relator admitir de ofício ou a requerimento, em prazo que fixar, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado. Observe-se que não há expressa previsão de manifestação do Procurador-Geral da República sobre a questão da *repercussão geral*, estabelecendo o art. 325 do RiSTF que o mesmo somente se manifestará sobre o recurso extraordinário, uma vez decidida a questão sobre a *repercussão geral.*

A repercussão geral será presumida – e, consequentemente, não será aplicado o procedimento anteriormente narrado – quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária à súmula ou à jurisprudência dominante.

O RiSTF, com a finalidade de garantir a celeridade processual, prevê que o Presidente do Tribunal promoverá ampla e específica divulgação do

teor das decisões sobre repercussão geral, bem como formação e atualização de banco eletrônico de dados a respeito.

Ressalte-se que, nos termos do art. 323-B do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em redação conferida pela Emenda Regimental nº 54, de 1º de julho de 2020, "o relator poderá propor, por meio eletrônico, a revisão do reconhecimento da repercussão geral quando o mérito do tema ainda não tiver sido julgado".[691]

4.9.6 Repercussão geral e multiplicidade de recursos extraordinários

Em relação à multiplicidade de recursos extraordinários e agravos de instrumentos versando sobre o mesmo objeto, que aguardam a análise da existência da necessária *repercussão geral*, o STF disciplinou a matéria, desde a origem até sua efetiva decisão.

Interposto o Recurso extraordinário, os Tribunais ou Turmas Recursais de origem devem verificar se a matéria tratada é isolada ou repetitiva (processos múltiplos).

Na primeira hipótese (matérias isoladas), o órgão julgador de origem realizará o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário. Em relação à *repercussão geral*, o órgão de origem deverá verificar a existência de preliminar formal de repercussão geral.

Na segunda hipótese (processos múltiplos), a Corte de origem deverá escolher em torno de três recursos extraordinários que apresentem todos os requisitos de admissibilidade e que representem fielmente a controvérsia, para submetê-los ao Supremo Tribunal Federal. Os demais recursos extraordinários, interpostos ou que venham a ser, sobre a matéria ficarão sobrestados até a decisão sobre a *repercussão geral.*

Admitido o recurso extraordinário pela Corte de origem, *nos procedimentos na Presidência,* haverá prioridade na pauta para os processos

com repercussão geral.

A secretaria judiciária identificará e devolverá aos órgãos de origem os recursos extraordinários múltiplos, de assuntos levados à discussão sobre repercussão geral.

Dessa forma, esses recursos nem mais serão distribuídos, aguardando na Corte ou Turma Recursal de origem, a decisão sobre a existência da *repercussão geral*.

A Presidência, ainda, negará seguimento aos recursos extraordinários que não apresentem preliminar formal arguindo a existência de *repercussão geral*, independentemente, da análise feita anteriormente pela Corte ou Turma Recursal de origem.

Distribuído, em um único recurso de cada matéria, cuja repercussão geral foi arguida formalmente em preliminar, haverá a análise da repercussão geral, em Plenário Virtual, podendo os eventuais recursos múltiplos ser devolvidos à origem.

Sendo reconhecida a *repercussão geral*, será pedido dia para julgamento do recurso; em caso contrário, porém, o recurso será negado, considerando-se, ainda, não admitidos todos os demais recursos já interpostos.

As decisões sobre repercussão geral serão publicadas no Diário da Justiça Eletrônico sob a rubrica Repercussão Geral, em área especialmente destinada a este fim; bem como ficarão disponíveis no portal do STF, no menu Jurisprudência, item Repercussão Geral.

A. Recurso extraordinário e súmulas do STF

Súmulas do Supremo Tribunal Federal a respeito do recurso extraordinário:

Súmula 279: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

Súmula 281: É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.

Súmula 282: É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida a questão federal suscitada.

Súmula 283: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.

Súmula 284: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitiu a exata compreensão da controvérsia.

Súmula 286: Não se conhece do recurso extraordinário fundado em divergência jurisprudencial, quando a orientação do plenário do Supremo Tribunal Federal já se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.

Súmula 356: O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

Súmula 634: Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem.

Súmula 635: Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade.

Súmula 636: Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.

Súmula 637: Não cabe recurso extraordinário contra acórdão de Tribunal de Justiça que defere pedido de intervenção estadual em Município.

Súmula 638: A controvérsia sobre a incidência, ou não, de correção monetária em operações de crédito rural é de natureza infraconstitucional, não viabilizando recurso extraordinário.

Súmula 639: Aplica-se a Súmula 288 quando não constarem do traslado do agravo de instrumento as cópias das peças necessárias à verificação da tempestividade do recurso extraordinário não admitido pela decisão agravada.

Súmula 640: É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal.

Súmula 727: Não pode o magistrado deixar de encaminhar ao Supremo Tribunal Federal o agravo de instrumento interposto da decisão que não admite recurso extraordinário, ainda que referente à causa instaurada no âmbito dos juizados especiais.

Súmula 728: É de três dias o prazo para a interposição de recurso extraordinário contra decisão do Tribunal Superior Eleitoral, contado, quando for o caso, a partir da publicação do acórdão, na própria sessão de julgamento, nos termos do art. 12 da Lei nº 6.055/74, que não foi revogado pela Lei nº 8.950/94.

Súmula 733: Não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios.

Súmula 735: Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar.

5 MINISTÉRIO PÚBLICO

5.1 Histórico

Determinados autores procuram a origem do Ministério Público já no antigo Egito, há cerca de quatro mil anos, no funcionário real do Egito *Magiai*,[692] que possuía funções de castigar os rebeldes, reprimir os violentos e proteger os cidadãos pacíficos.

Há quem veja nos Éforos de Esparta um Ministério Público embrionário, pois tinham por função, embora juízes, contrabalançar o poder real e o poder senatorial, exercendo o *ius accusationis*, ou, ainda, nos *thesmotetis* ou *tesmãtetas* gregos, forma rudimentar de acusador público.

Outros lembram em Roma os *advocatus fisci* e os *procuratores caesaris*, encarregados de vigiar a administração de bens do Imperador.

De outra forma, também são mencionadas origens na Idade Média, nos *saions* germânicos, nos *bailios* e *senescais*, aos quais se incumbia a defesa dos senhores feudais em juízo; ou ainda nos *missi dominici* ou *gastaldi* do direito lombardo ou também no *gemeiner Anklager* (acusador comum) da Alemanha, que tinha a função de exercer a acusação quando o particular permanecia passivo.

A figura do procurador da Coroa existiu em Portugal, já sob o reinado de Afonso III, em 1289. Igualmente, em 1387, o Rei Don Juan I criou "El Ministerio Fiscal", que guardava certa semelhança com o Ministério Público atual.

Porém, a maioria dos tratadistas se inclina a admitir sua procedência francesa, sem embargo de antecedentes remotos, por ter-se apresentado na França com caráter de continuidade – *Ce corps de magistrals*, pois, apesar de antes do século XIV, os *procurateurs* ou *procureus du roi* serem simplesmente representantes dos interesses privados dos monarcas ante os Tribunais, quando o processo acusatório foi substituído pelo inquisitório, tornando-se os *procureurs* verdadeiros representantes dos interesses sociais.

Em 1302, coube à França criar o Ministério Público, referindo-se aos procuradores do rei. Em 1690, houve um decreto na França que atribuía vitaliciedade aos agentes do Ministério Público.

5.2 Origem e desenvolvimento no Brasil

A Constituição Imperial de 1824 não se referiu à Instituição do Ministério Público.

No Código de Processo Criminal de 1832, surgiu o Ministério Público no Brasil, sob rápida referência como "promotor da ação penal".

Posteriormente, o Decreto nº 120, de 21-1-1843, refere-se à regulamentação do Ministério Público, afirmando que os promotores seriam nomeados pelo Imperador do Município da Corte e pelos Presidentes nas Provinciais, por tempo indefinido, e serviriam enquanto houvesse conveniência na sua conservação no serviço público, sendo, caso contrário, indistintamente demitidos por aqueles que os nomearam.

Em 1876, com a Consolidação Ribas, surgiu na segunda instância o Procurador da Coroa, mas sem ter o *status* de chefe dos Procuradores.

Durante a Primeira República, o Ministro da Justiça Campos Salles foi o precursor da independência do Ministério Público no Brasil, com a edição do Decreto nº 848, de 11-10-1890, expedido para a reforma da justiça no Brasil. Ainda em 1890, com o Decreto nº 1.030, o Ministério Público surgiu como instituição necessária.

A Constituição de 1891 referiu-se, no art. 58, § 2º, ao Procurador-Geral da República, a ser escolhido entre os membros do Supremo Tribunal Federal, prevendo que "os Tribunaes Federaes elegerão de seu seio os seus presidentes e organizarão as respectivas secretarias. A nomeação e a demissão dos empregados, bem como o provimento dos officios de justiça nas circumscripções judiciárias, compete respectivamente aos presidentes dos tribunaes. O Presidente da República designará, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, cujas atribuições se definirão em lei".

A Constituição de 1934 preocupou-se mais profundamente com o Ministério Público, regulando-o no Título I (Da organização Federal),

Capítulo VI (Dos órgãos de cooperação nas actividades governamentaes), Secção I (Do Ministério Público). Entre importantes normas, a Constituição Federal previu a existência de Ministérios Públicos na União, no Distrito Federal e Territórios, e nos Estados, a serem organizados por lei (art. 95). Além disso, o Chefe do Ministério Público, no âmbito federal (Procurador-Geral da República), passou a ser nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, sem a necessidade de fazer parte do Poder Judiciário, porém, com os mesmos vencimentos destes. A Carta Constitucional também previu a estabilidade e vedações aos membros do Ministério Público, e a necessidade de concurso público para o ingresso à carreira.

Este era o texto da Constituição Federal de 16 de julho de 1934:

> "O Ministério Público será organizado na União, no Distrito Federal e nos Territórios por lei federal, e, nos Estados, pelas leis locaes. O Chefe do Ministério Público Federal nos juízos communs é o Procurador-Geral da República, de nomeação do Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos estabelecidos para os Ministros da Côrte Suprema. Terá os mesmos vencimentos desses Ministros, porém demissível, *ad nutum.* Os chefes do Ministério Público no Distrito Federal e nos Territórios serão de livre nomeação do Presidente da República dentre juristas de notável saber e reputação ilibada, alistados eleitores e maiores de 30 anos, com os vencimentos dos Desembargadores."

O art. 99 da Constituição Federal de 10-11-1937 determinava que

> "o Ministério Público Federal terá por chefe o Procurador-Geral da República, que funcionará junto ao Supremo Tribunal Federal, e será de livre nomeação e demissão do Presidente da República, devendo recair a escolha em pessoa que reúna os requisitos

> exigidos para ministro do Supremo Tribunal Federal". Além disso, no art. 105, estipulava que na "composição dos tribunais superiores, um quinto dos lugares será preenchido por advogados ou membros do Ministério Público, de notório merecimento e reputação ilibada, organizando o Tribunal de Apelação uma lista tríplice".

A Carta Federal de 1937 diminui a previsão constitucional do Ministério Público, apenas fazendo breves referências no título referente ao Poder Judiciário, em especial, ao Supremo Tribunal Federal. No art. 99 previa a investidura do chefe do Ministério Público Federal; no art. 101, parágrafo único, previu a possibilidade de interposição de recursos pelo Ministério Público; e, finalmente, no art. 105 estipulou a cláusula do chamado "quinto constitucional" a ser aplicada somente nos tribunais superiores.

A Constituição de 1946 preferiu situar o Ministério Público em título especial (Título III – Do Ministério Público – arts. 125 a 128 e Emenda Constitucional nº 16, de 26-11-1965), independente dos demais poderes do Estado. Novamente, foram previstas a estabilidade, a inamovibilidade relativa e a necessidade de concurso público para o ingresso na carreira, como normas constitucionais. Houve inovação da escolha do Procurador-Geral da República, com a participação do Senado Federal, que deveria aprovar a escolha do Presidente da República, entre os cidadãos que preenchessem os mesmos requisitos exigidos para Ministro do Supremo Tribunal Federal, quais sejam, a idade de 35 anos, notável saber jurídico e ilibada conduta (art. 99, CF/46). A regra do "quinto constitucional" transferiu-se para a Justiça Estadual (art. 124, V). Porém, previa-se a participação do Ministério Público na composição do Tribunal Federal de Recursos (art. 103).

Dessa forma, conforme determinava a Constituição Federal, de 18-9-1946, em seu art. 125, a lei deveria organizar o Ministério Público da União junto aos órgãos judiciários federais (art. 94, I a V) – (redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 26-11-1965). O texto original era: A lei organizará o Ministério Público da União junto à justiça comum, a militar, a eleitoral e a do trabalho). Além disso, previa o art. 126 que o Ministério Público federal teria por chefe o Procurador-geral da República, nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, entre cidadãos com os requisitos indicados no art. 99, sendo demissível *ad nutum.*

A representação da União em juízo era atribuição constitucional dos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas comarcas no interior, ao Ministério Público local.

Importante previsão era a do art. 127, que proclamava três importantes regras: *concurso público, estabilidade* e *inamovibilidade.* Assim, ficou determinado que os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressariam nos cargos iniciais da carreira mediante concurso e, após dois anos de exercício, não poderiam ser demitidos senão por sentença judiciária ou mediante processo administrativo em que lhes facultasse a ampla defesa; nem removidos, a não ser mediante representação motivada do chefe do Ministério Público, com fundamento em conveniência do serviço.

O art. 128 determinava a observância obrigatória dessas regras na organização dos Ministérios Públicos estaduais, que deveriam cumprir o princípio de promoção de entrância a entrância.

O Ministério Público também participava da composição do Tribunal Federal de Recursos, que, com sede na Capital Federal, compor-se-ia de nove juízes, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, sendo dois terços entre magistrados e um terço entre advogados e membros do Ministério Público, com os requisitos

do art. 99. Posteriormente, o art. 6º do Ato Institucional nº 2, de 27-10-1965, deu nova redação ao art. 103, determinando que "o Tribunal Federal de Recursos, com sede na Capital Federal, compor-se-á de treze juízes, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, oito entre magistrados e cinco entre advogados e membros do Ministério Público, todos com os requisitos do artigo 99".

A Lei nº 1.341/51 organizou o Ministério Público Federal, no âmbito da União e nos Territórios.

A Carta de 1967, alterando a posição adotada em 1946, preferiu recolocar o Ministério Público dentro do Poder Judiciário (Capítulo VIII – Do Poder Judiciário – Seção IX – Do Ministério Público – arts. 137/139), entretanto em nada inovando as regulamentações anteriores.

Assim, previa (art. 137) que a lei organizaria o Ministério Público da União junto aos juízes e tribunais federais e que o Ministério Público Federal teria por chefe o Procurador-geral da República, nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, entre cidadãos com os requisitos indicados no art. 113, § 1º (art. 138). Foi mantida a regra do *concurso público,* pois os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais de carreira, mediante concurso público de provas e títulos; da *estabilidade,* uma vez que, após dois anos de exercício, não poderiam ser demitidos, o sendo por sentença judiciária, ou em virtude de processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa; e da *inamovibilidade,* salvo mediante representação do Procurador-geral, com fundamento em conveniência do serviço.

A representação da União em Juízo permaneceu com o *Parquet.*

Tal posicionamento foi alterado pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, e pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977, que voltou a posicionar o Ministério Público dentro do Poder Executivo (Capítulo VII – Do Poder Executivo; Seção VII – Do Ministério Público), prevendo como novidade a

edição de lei complementar, de iniciativa do Presidente da República, para estabelecimento de normas gerais a serem adotadas na organização dos Ministérios Públicos Estaduais. Esta lei foi posteriormente editada, tratando-se da Lei Complementar nº 40, de 14-12-1981.

Portanto, o disciplinamento do Ministério Público na vigência da constituição anterior exigia a edição de uma lei, de organização do Ministério Público da União junto aos juízes e tribunais federais. Igualmente previa que o Ministério Público Federal tem por chefe o Procurador-geral da República, nomeado pelo Presidente da República, entre cidadãos maiores de 35 anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 95). Foram mantidas as regras do *concurso público, estabilidade e inamovibilidade,* bem como a representação da União em juízo pelos Procuradores da República.

A constituição atual situa o Ministério Público em capítulo especial, fora da estrutura dos demais poderes da República, consagrando sua total autonomia e independência e ampliando-lhe as funções (arts. 127/130), sempre em defesa dos direitos, garantias e prerrogativas da sociedade.

Assim, constitucionalmente, o Ministério Público abrange duas grandes Instituições, sem que haja qualquer relação de hierarquia e subordinação entre elas:[693] (a) Ministério Público da União; (b) Ministério Público dos Estados.

1. o Ministério Público da União compreende os seguintes ramos:
   a. o Ministério Público Federal;
   b. o Ministério Público do Trabalho;
   c. o Ministério Público Militar;
   d. o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;[694]
2. os Ministérios Públicos dos Estados.

Como salienta Nagib Slaibi Filho:

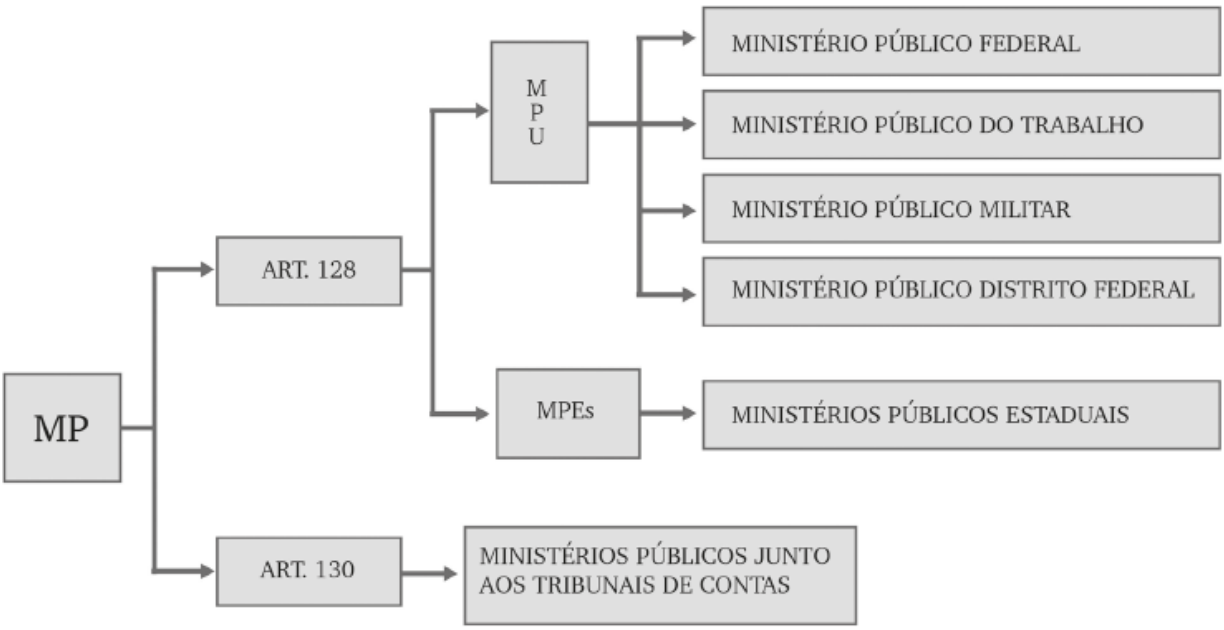
> "O Ministério Público brasileiro, com a moldura e a consistência que lhe foi dada pela Constituição de 1988, bem representa a contradição decorrente de tais influências, pois: (a) dos Estados Unidos, herdou a desvinculação com o Poder Judiciário, a denominação de sua chefia, o controle externo de determinadas atividades administrativas ligadas ao Poder Executivo, o resquício de poder participar da política partidária, ainda que em hipóteses restritas previstas em lei, a postura independente que aqui somente se subordina à consciência jurídica de seu membro, como, aliás, está na Lei Maior ao assegurar sua autonomia funcional e administrativa (art. 127); (b) da Europa continental, herdou a simetria da carreira com a magistratura, inclusive as prerrogativas similares, o direito de assento ao lado dos juízes, as vestes próprias e até mesmo o vezo de atuar como se magistrado fosse, embora devesse ter o ardor do advogado no patrocínio da causa. O Ministério Público desenvolveu-se sob a influência do Novo e Velho Mundo, e da simbiose vem a sua força..."[695]

Com base na Constituição Federal foi editada a Lei nº 8.625, de 12-2-1993, que institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispondo sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados.

Observe-se, ainda, a existência dos Ministérios Públicos especiais junto aos respectivos Tribunais de Contas dos Estados, Distrito Federal e da União, com quadro funcional e carreira próprios.[696]

A Lei Complementar Federal nº 75, de 20-5-1993, dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União.

No Estado de São Paulo, a Lei Complementar nº 734, de 26-11-1993, institui a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo.



5.3 Posicionamento constitucional

O posicionamento constitucional do Ministério Público sempre provocou análise e perplexidade na doutrina, não só pelas constantes alterações no texto constitucional – como já salientado –, mas também pela transformação evolutiva jurídico-social que sofreu a Instituição, culminando com o moderno texto de 1988.

Analisando a Carta Anterior, que colocava o Ministério Público como órgão do Poder Executivo, Celso de Mello já apontava que seus membros sujeitavam-se a regime jurídico-especial, gozando, no desempenho de suas funções, de plena independência.[697] Por sua vez, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, concordando com a independência ministerial, colocava-o como órgão administrativo, destinado a zelar pelo cumprimento das leis, cabendo-lhe a defesa do interesse geral de que as leis sejam observadas.[698] Da mesma forma, José Afonso da Silva afirma que a Instituição ocupa lugar cada vez mais destacado na organização do Estado, em virtude do alargamento de suas funções de proteção aos direitos indisponíveis e de interesses coletivos, tendo a Constituição Federal dado-lhe relevo de instituição permanente e

essencial à função jurisdicional, mas que ontologicamente sua natureza permanece executiva, sendo seus membros agentes políticos, e como tal, atuam com plena e total independência funcional.[699]

Como bem observa o Ministro Sepúlveda Pertence, do Supremo Tribunal Federal,

> "a seção dedicada ao Ministério Público insere-se, na Constituição de 1988, ao final do título IV – Da organização dos Poderes, no seu Capítulo III – Das funções Essenciais à Justiça. A colocação tópica e o conteúdo normativo da Seção revelam a renúncia, por parte do constituinte de definir explicitamente a posição do Ministério Público entre os Poderes do Estado",

concluindo que o Ministério Público,

> "desvinculado do seu compromisso original com a defesa judicial do Erário e a defesa dos atos governamentais aos laços de confiança do Executivo, está agora cercado de contraforte de independência e autonomia que o credenciam ao efetivo desempenho de uma magistratura ativa de defesa impessoal da ordem jurídica democrática, dos direitos coletivos e dos direitos da cidadania".

E prossegue em sua análise:

> "A razão subjacente à crítica contemporânea da integração do Ministério Público no Poder Executivo está, na verdade, na postulação da independência política e funcional do Ministério Público, pressuposto da objetividade e da imparcialidade de sua atuação nas suas funções sintetizadas na proteção da ordem jurídica. Dizia uma das inteligências mais lúcidas da magistratura brasileira dos últimos tempos, o Ministro Rodrigues Alckmin, e,

> ao meu ver, com razão, a questão da colocação constitucional do Ministério Público entre os Poderes é uma questão de somenos, pois o verdadeiro problema é sua independência. O mal é que partimos de um preconceito de unipessoalidade e verticalidade hierárquica do Poder Executivo, que o Estado Moderno não conhece mais e que está desmentido pelos fatos, de que o direito comparado dá exemplos significativos... Garantida efetivamente a sua independência a colocação constitucional do Ministério Público é secundária, de interesse quase meramente teórico."[700]

Esta é a tendência internacional, respeitadas as diferentes características de cada ordenamento jurídico, pois, como informa o jurista espanhol Bandrés, a Constituição espanhola optou pela nota de juridicidade, democratização e jurisdicionalização do Ministério Público; sua inclusão no título dedicado ao Poder Judiciário e não no título IV, dedicado ao governo e à administração; sua subordinação, preferentemente, como não poderia deixar de ser, somente ao Estado de Direito, à lei antes que ao princípio da unidade; a finalidade de suas ações, que tem que buscar, por desejo expresso da Constituição, imparcialmente, a satisfação do interesse social ante os Tribunais, nítido apoio a impulsionar o Estado social, e se lhe requer em todo caso a defesa das leis democráticas.[701]

Igualmente, Canotilho nos recorda que os membros do Ministério Público português são magistrados com garantias de autonomia e independência constitucionais,[702] o que os coloca numa posição de independência equiparável à dos juízes, sujeitando-se somente à Constituição e às leis, pois suas relevantíssimas funções vão desde o exercício da ação penal até a defesa dos interesses difusos e da constitucionalidade e legalidade.[703]

5.4 Conceito

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da Constituição Federal, art. 1º da Lei nº 8.625/93, art. 1º da Lei Complementar Federal nº 75/93 e art. 1º da Lei Complementar/SP nº 734/93).

O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação.[704]

O Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 4, de 20 de fevereiro de 2006, definindo como atividade jurídica, desempenhada exclusivamente após a obtenção do grau de bacharel em direito, aquela exercida por ocupante de cargo, emprego ou função, inclusive de magistério superior, nos quais prepondere a interpretação e aplicação de normas jurídicas.

Em seu art. 2º, a citada resolução exigiu que a comprovação da exigência do período de três anos de atividade jurídica deve ser formalizada no ato da inscrição definitiva do concurso por intermédio de documentos e certidões que demonstrem efetivamente o exercício da atividade jurídica no período exigido.

Observe-se, porém, conforme decidido pelo STF, que essa exigência constitucional não se limita à atividade privativa de bacharel em direito, sendo possível "o reconhecimento da atividade exercida enquanto técnico judiciário e assistente I e IV na Justiça federal, ambas, segundo alegado, com a atuação em atividades finalísticas do Poder Judiciário, compatíveis com o cargo almejado".[705]

Por fim, vedou-se a participação como membro de comissão ou de banca examinadora àqueles que exerçam a atividade de magistério e/ou de

direção de cursos destinados à preparação de candidatos a concursos públicos, até três anos após cessar as referidas atividades.

O STF declarou a constitucionalidade de resolução do CNMP que admite a "possibilidade de comprovação do triênio constitucional com cursos de pós-graduação".[706]

5.5 Princípios do Ministério Público

São princípios institucionais do Ministério Público, previstos na Constituição Federal, a unidade, a indivisibilidade, a independência funcional e o princípio do *promotor natural*.

A doutrina enumera outros princípios infraconstitucionais: o exercício da ação penal, a irrecusabilidade e a irresponsabilidade.

Os princípios institucionais do Ministério Público devem ser analisados e interpretados em relação a cada um dos ramos do *Parquet* – MPU (com suas quatro previsões: MPF, MPT, MP/DF e MPM) e MPEs –, uma vez que inexiste hierarquia entre eles, mas tão somente distribuição constitucional de atribuições.

5.5.1 Unidade

A unidade significa que os membros do Ministério Público integram um só órgão sob a direção única de um só Procurador-geral, ressalvando-se, porém, que só existe unidade dentro de cada Ministério Público, inexistindo entre o Ministério Público Federal e os dos Estados, nem entre o de um Estado e o de outro, nem entre os diversos ramos do Ministério Público da União.[707] Com base nesse entendimento, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a remoção, por permuta nacional, entre membros do Ministério Público dos Estados e entre esses e membros do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, entendendo tratar-se de "transferência, ou seja, forma de ingresso em carreira diversa daquela para a

qual o servidor público ingressou por concurso, vedada pelo art. 37, II, da Constituição Federal e pela Súmula Vinculante 43, segundo a qual 'é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido'".[708]

5.5.2 Indivisibilidade

O Ministério Público é uno porque seus membros não se vinculam aos processos nos quais atuam, podendo ser substituídos uns pelos outros de acordo com as normas legais. Importante ressaltar que a indivisibilidade resulta em verdadeiro corolário do princípio da unidade,[709] pois o Ministério Público não se pode subdividir em vários outros Ministérios Públicos autônomos e desvinculados uns dos outros.[710]

5.5.3 Princípio da independência ou autonomia funcional

O órgão do Ministério Público é independente no exercício de suas funções, não ficando sujeito às ordens de quem quer que seja, somente devendo prestar contas de seus atos à Constituição, às leis e à sua consciência.[711]

Nem seus superiores hierárquicos podem ditar-lhes ordens no sentido de agir desta ou daquela maneira dentro de um processo. Os órgãos de administração superior do Ministério Público podem editar recomendações sobre a atuação funcional para todos os integrantes da Instituição, mas sempre sem caráter normativo.

Como ensina Quiroga Lavié, quando se fala de um órgão independente com autonomia funcional e financeira, afirma-se que o Ministério Público é um *órgão extrapoder*, ou seja, não depende de nenhum dos poderes de

Estado, não podendo nenhum de seus membros receber instruções vinculantes de nenhuma autoridade pública.[712]

No direito constitucional pátrio, só se concebe no Ministério Público uma hierarquia no sentido administrativo, pela chefia do Procurador-Geral da instituição, nunca de índole funcional.

A independência funcional mostra-se presente, exemplificadamente, na redação do art. 28 do Código de Processo Penal, pois, discordando o Procurador-geral de Justiça da promoção de arquivamento do Promotor de Justiça, poderá oferecer denúncia, determinar diligências, ou mesmo designar outro órgão ministerial para oferecê-la, mas jamais poderá determinar que o proponente do arquivamento inicie a ação penal.

A Constituição Federal valorizou de tal modo a independência e autonomia do Ministério Público que considera crime de responsabilidade do Presidente da República a prática de atos atentatórios ao livre exercício da Instituição (CF, art. 85, II).

5.5.4 Princípio do promotor natural

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência do presente princípio, no sentido de proibirem-se designações casuísticas efetuadas pela chefia da Instituição, que criariam a figura do *promotor de exceção*, em incompatibilidade com a Constituição Federal, que determina que somente o promotor natural é que deve atuar no processo, pois ele intervém de acordo com seu entendimento pelo zelo do interesse público, garantia esta destinada a proteger, principalmente, a imparcialidade da atuação do órgão do Ministério Público, tanto em sua defesa quanto essencialmente em defesa da sociedade, que verá a Instituição atuando técnica e juridicamente.[713]

Conforme salientou

"o postulado do Promotor Natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do *acusador de exceção*. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e predeterminados, estabelecidos em lei. A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e na inamovibilidade dos membros da Instituição. O postulado do Promotor Natural limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral que, embora expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a Chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontrastável. Posição dos Ministros Celso de Mello (relator), Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Carlos Velloso. Divergência, apenas, quanto à aplicabilidade imediata do princípio do Promotor Natural: necessidade da *interpositio legislatoris* para efeito de atuação do princípio (Ministro Celso de Mello); incidência do postulado, independentemente de intermediação legislativa (Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Carlos Velloso). Reconhecimento da possibilidade de instituição do princípio do Promotor Natural mediante lei (Ministro Sydney Sanches). Posição de expressa rejeição à existência desse princípio consignada nos votos dos Ministros Paulo Brossard, Octavio Gallotti, Néri da Silveira e Moreira Alves.[714]

O princípio do promotor natural é garantia de imparcialidade da atuação do órgão do Ministério Público, tanto a favor da sociedade quanto a favor do próprio acusado, que não pode ser submetido a um acusador de exceção – nem para privilegiá-lo, nem para auxiliá-lo.

É inadmissível, portanto, após o advento da Constituição Federal, regulamentada pela Lei nº 8.625/93 (Estados) e LC nº 75/93 (União), que o Procurador-geral faça designações arbitrárias de Promotores de Justiça para uma Promotoria ou para as funções de outro Promotor, que seria afastado compulsoriamente de suas atribuições e prerrogativas legais, porque isto seria ferir a garantia da inamovibilidade prevista no texto constitucional. Esta inamovibilidade é ampla, protegendo o cargo e a função, pois seria um contrassenso ilógico subtrair as respectivas funções aos próprios cargos.[715]

Da mesma maneira, como decidido pelo Supremo Tribunal Federal, "a avocação de atribuições de membro do Ministério Público pelo Procurador-Geral implica quebra na identidade natural do promotor responsável, já que não é atribuição ordinária da Chefia do Ministério Público atuar em substituição a membros do órgão. Essa hipótese de avocação deve ser condicionada à aceitação do próprio promotor natural, cujas atribuições se pretende avocar pelo PGJ, para afastar a possibilidade de desempenho de atividades ministeriais por acusador de exceção, em prejuízo da independência funcional de todos os membros".[716]

O próprio art. 10 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público afasta qualquer possibilidade de *designações arbitrárias*, prevendo somente competir, excepcionalmente, ao Procurador-Geral a designação de membro do Ministério Público para acompanhar inquérito policial ou diligência investigatória, devendo, porém, recair a escolha sobre o membro do Ministério Público com atribuição para, em tese, oficiar no feito, segundo as regras ordinárias de distribuição de serviços, para assegurar a continuidade dos serviços, em caso de vacância, afastamento temporário, ausência, impedimento ou suspeição de titular de cargo, *ou com consentimento deste*,

para, por ato excepcional e fundamentado, exercer as funções processuais afetas a outro membro da Instituição, submetendo sua decisão previamente ao Conselho Superior do Ministério Público.

Observe-se, ainda, a expressa proibição constitucional de nomeação de membro do Ministério Público *ad hoc*, pois, nos termos do art. 129, § 2º, da Constituição Federal, as funções de Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira,[717] que deverão, nos termos da EC nº 45/04, residir na Comarca da respectiva lotação, salvo autorização do chefe da instituição.

5.6 Funções

A Constituição Federal de 1988 ampliou sobremaneira as funções do Ministério Público, transformando-o em um verdadeiro defensor da sociedade, tanto no campo penal com a titularidade exclusiva da ação penal pública quanto no campo cível como fiscal dos demais Poderes Públicos e defensor da legalidade e moralidade administrativa, inclusive com a titularidade do inquérito civil e da ação civil pública.

A Constituição consagrou, em matéria de processo penal, o sistema acusatório, atribuindo a órgãos diferentes as funções de acusação e julgamento.[718] O sistema acusatório prevê a titularidade privativa da ação penal pública ao Ministério Público, a quem compete decidir pelo oferecimento de denúncia ou a promoção de arquivamento do inquérito ou peças de informação (conferir comentários no capítulo 3 – Ação penal privada subsidiária art. 5º, LIX).[719]

A alteração do artigo 28 do Código de Processo Penal, realizada pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, afastou importante resquício inquisitorial previsto na legislação pré-constitucional, que permitia ingerência do Poder Judiciário, ao autorizar o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões da promoção de arquivamento, remeter os autos ao

Procurador-Geral, para que o chefe da Instituição definisse pela manutenção do arquivamento, pelo oferecimento da denúncia ou por novas diligências investigatórias. A novo texto legal adequa-se integralmente ao sistema acusatório, pois determina que "ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei". Prevê, ainda, que "se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica".[720]

Dessa forma, a Constituição Federal enumera exemplificadamente as importantíssimas funções ministeriais.

São funções institucionais do Ministério Público:

> I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;[721]
>
> II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição,[722] promovendo as medidas necessárias a sua garantia;[723]
>
> III – promover o inquérito civil e a ação civil pública,[724] para a proteção do patrimônio público[725] e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;[726]
>
> IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
>
> V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

> VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
>
> VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;[727]
>
> VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais.

Importante ressaltar, novamente, que o rol constitucional é exemplificativo, possibilitando ao Ministério Público exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade constitucional, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

A própria Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/93) em seu art. 25 estabelece outras funções ministeriais de grande relevância.

> 1. propor ação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, em face da Constituição Estadual.
>
> 2. promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:
>
> a. para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;
> b. para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do

Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem;

3. manifestar-se nos processos em que sua presença seja obrigatória por lei e, ainda, sempre que cabível a intervenção, para assegurar o exercício de suas funções institucionais, não importando a fase ou grau de jurisdição em que se encontrem os processos;

4. exercer a fiscalização dos estabelecimentos prisionais e dos que abriguem idosos, menores, incapazes ou pessoas portadoras de deficiência;

5. deliberar sobre a participação em organismos estatais de defesa do meio ambiente, neste compreendido o do trabalho, do consumidor, de política penal e penitenciária e outros afetos à sua área de atuação;

6. ingressar em juízo, de ofício, para responsabilizar os gestores do dinheiro público condenados por tribunais e conselhos de contas;

7. interpor recursos ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça.

Outras funções podem ser previstas (*norma de encerramento*), tanto em nível federal, quanto em nível estadual, inclusive pelas Constituições estaduais e pelas diversas leis orgânicas dos Estados-membros, desde que adequadas à finalidade constitucional do Ministério Público, independentemente de previsão normativa complementar ou ordinária.[728]

Importante ressaltar a *total impossibilidade* de legislação municipal estabelecer atribuições ao membro do Ministério Público em atuação no Município, inclusive no que disser respeito à participação obrigatória em Conselhos Municipais,[729] uma vez que somente leis federais e estaduais

poderão estabelecer essas atribuições, sempre, repita-se, compatíveis com sua finalidade constitucional.

Ademais, além de garantidor e fiscalizador da Separação dos Poderes, o legislador constituinte conferiu ao Ministério Público funções de resguardo ao *status* constitucional dos indivíduos, armando-o de garantias que possibilitassem o exercício daquelas e a defesa destes.[730]

Assim, não podemos nos esquecer que a proteção ao *status* (Jellinek) constitucional do indivíduo, em suas diversas posições, hoje, também é função do Ministério Público, que deve preservá-lo. Assim, uma das posições do *status* constitucional corresponde à esfera de liberdade dos direitos individuais, permitindo a liberdade de ações, não ordenadas e também não proibidas, garantindo-se um espectro total de escolha, ou pela ação ou pela omissão. São os chamados *status negativos*. Outra posição coloca o indivíduo em situação oposta à da liberdade, em sujeição ao Estado, na chamada esfera de obrigações; é o *status passivo*. O *status positivo*, por sua vez, permite que o indivíduo exija do Estado a prestação de condutas positivas, ou seja, reclame para si algo que o Estado estará obrigado a realizar. Por fim, temos o *status ativo*, pelo qual o cidadão recebe competências para participar do Estado, com a finalidade de formação da vontade estatal, como é o caso do direito de sufrágio. Conclui-se, portanto, que a teoria dos *status* evidencia serem os direitos fundamentais um conjunto de normas jurídicas que atribuem ao indivíduo diferentes posições frente ao Estado, cujo zelo também é função do Ministério Público.

Portanto, garantir ao indivíduo a fruição total de todos os seus *status* constitucionais, por desejo do próprio legislador constituinte, que em determinado momento histórico entendeu fortalecer a Instituição, dando-lhe independência e autonomia, e a causa social para defender e proteger é também função do Ministério Público, juntamente com os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

No tocante à aposentadoria dos membros do Ministério Público e à pensão de seus dependentes, determina a Constituição Federal observância das normas aplicáveis aos magistrados (CF, art. 129, § 4º, e 93, VI), que, atualmente, em face da Emendas Constitucionais nºs 20/98, 41/03, 47/05 e 103/19, são as normas gerais previstas no art. 40 (conferir Capítulo 9, item 15).

5.7 Ministério Público e poder de investigação

O desafio de acomodar um Poder Executivo fortalecido e personificado na figura do Presidente da República, dentro de um enquadramento das regras constitucionais e legais derivadas da separação de poderes, permanece formidável mesmo após 215 anos da criação do regime presidencialista pelos Estados Unidos, pois, como destacam os norte-americanos, os poderes presidenciais continuam "latentes na circulação sanguínea do governo".

A magnitude, complexidade e consequências do conflito entre a personificação da Presidência e a necessária impessoalidade no cumprimento das regras constitucionais comprovam que o Presidente da República ocupa um cargo que não pronta e facilmente é assimilado ou controlado pelos demais poderes. Nesse contexto, a mais importante tarefa na prática institucional é cumprir o mandamento constitucional básico, que determina ao Chefe da Nação e demais autoridades a total submissão às leis e a necessidade de respeitar o complexo mecanismo de freios e contrapesos existentes em um Estado Democrático.

O Presidencialismo brasileiro, nesse aspecto, foi extremamente sábio, pois além dos clássicos mecanismos de freios e contrapesos existentes na tripartição de poderes, estruturou o Ministério Público como Instituição de defesa da Sociedade, garantindo-lhe total independência para zelar pelo

cumprimento das leis e defender o interesse geral, dando-lhe nossa Carta Magna relevo de instituição permanente e essencial à função jurisdicional.

Para poder cumprir seu importante papel no regime democrático, a Constituição Federal enumerou diversas funções institucionais ao Ministério Público, entre elas, a promoção privativa da ação penal; o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos constitucionalmente assegurados, a expedição de notificações nos procedimentos administrativos de sua competência e a requisição de informação e documentos para instruí-los, a requisição de diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e o exercício do controle externo da atividade policial. Além disso, o texto constitucional deixou clara sua exemplificatividade, pois permitiu à legislação ordinária a fixação de outras funções, desde que compatíveis com sua finalidade constitucional.[731]

O Supremo Tribunal Federal reconheceu ser "perfeitamente possível que o órgão ministerial promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito", pois, conforme salientado pela Ministra Ellen Gracie, "tal conduta não significaria retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144), de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos, mas também a formação da *opinio delicti*".[732]

A Corte reconheceu a "validade jurídica dessa atividade investigatória" do Ministério Público, entendendo derivar implicitamente de seu "monopólio constitucional da titularidade da ação penal pública", consagrado no art. 129, I, da Carta Magna; sendo, portanto, "plena a legitimidade constitucional do poder de investigar do Ministério Público, pois os organismos policiais (embora detentores da função de Polícia Judiciária), não têm, no sistema jurídico brasileiro, o monopólio da

competência penal investigatória", como destacado pelo Ministro Celso de Mello.[733]

Igualmente, afirmou o Superior Tribunal de Justiça que "o Ministério Público possui legitimidade para proceder à coleta de elementos de convicção no intuito de elucidar a materialidade do crime e os indícios de autoria", afirmando que "proceder à referida colheita é um consectário lógico da própria função do *Parquet* de promover, com exclusividade, a ação penal", pois "a polícia judiciária não possui o monopólio da investigação criminal".[734]

Ao erigir o Ministério Público como garantidor e fiscalizador da separação de poderes e, consequentemente, dos mecanismos de controles estatais (CF, art. 129, II), o legislador constituinte conferiu à Instituição função de resguardo ao *status* constitucional do cidadão, armando-o de funções, garantias e prerrogativas que possibilitassem o exercício daquelas e a defesa destes.

Incorporou-se em nosso ordenamento jurídico, portanto, a pacífica doutrina constitucional norte-americana sobre a teoria dos poderes implícitos – *inherent powers* –, pela qual no exercício de sua missão constitucional enumerada, o órgão executivo deveria dispor de todas as funções necessárias, ainda que implícitas, desde que não expressamente limitadas (Myers v. Estados Unidos – US 272 – 52, 118), consagrando-se, dessa forma, e entre nós aplicável ao Ministério Público, o reconhecimento de competências genéricas implícitas que possibilitem o exercício de sua missão constitucional, apenas sujeitas às proibições e limites estruturais da Constituição Federal.[735]

Entre essas competências implícitas, parece-nos que não poderia ser afastado o poder investigatório criminal dos promotores e procuradores, para que, em casos que entenderem necessário, produzam as provas necessárias para combater, principalmente, a criminalidade organizada e a corrupção, não nos parecendo razoável o engessamento do órgão titular da

ação penal, que, contrariamente ao histórico da Instituição, teria cerceado seus poderes implícitos essenciais para o exercício de suas funções constitucionais expressas.[736]

Não reconhecer ao Ministério Público seus poderes investigatórios criminais implícitos corresponde a diminuir a efetividade de sua atuação em defesa dos direitos fundamentais de todos os cidadãos,[737] cuja atuação autônoma, conforme já reconheceu nosso Supremo Tribunal Federal, configura a confiança de respeito aos direitos, individuais e coletivos, e a certeza de submissão dos Poderes à lei.[738]

Obviamente, o poder investigatório do Ministério Público não é sinônimo de poder sem limites ou avesso a controles,[739] mas sim derivado diretamente de suas funções constitucionais enumeradas no art. 129 de nossa Carta Magna e com plena possibilidade de responsabilização de seus membros por eventuais abusos cometidos no exercício de suas funções, pois em um regime republicano todos devem fiel observância à Lei.[740]

Em sede de recurso extraordinário com repercussão geral, definiu o Supremo Tribunal Federal que "o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso país, os advogados (Lei 8.906/1994, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Enunciado 14 da Súmula Vinculante), praticados pelos membros dessa Instituição".[741]

O que não se pode permitir é, sob falsos pretextos, o afastamento da independência funcional do Ministério Público e a diminuição de suas

funções – expressas ou implícitas –, sob pena de grave perigo de retrocesso no combate ao crime organizado e na fiscalização à corrupção na administração pública, pois esse retorno à impunidade, como sempre alertado por Norberto Bobbio, gera a ineficiência e o descrédito na Democracia.

5.8 Ministério Público e legitimidade para defesa do patrimônio público e zelo dos direitos constitucionais do cidadão

A Constituição Federal prevê no inciso III, do art. 129, que compete ao Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho salienta que o inquérito civil e a ação civil pública foram criados pela Lei nº 7.347/85, com a finalidade de efetivar a responsabilização por danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, concluindo que

> "o texto constitucional alargou o alcance desses instrumentos. Por um lado, estendeu-os *à proteção do patrimônio público em geral*, dando, pois, à ação civil pública, âmbito análogo ao da ação popular (v. art. 5º, LXXIII). Por outro lado, tornou meramente *exemplificativa* uma enumeração que era taxativa. Note-se que a regra constitucional se refere a *outros* interesses difusos e coletivos".[742]

Analisando estas importantes funções do Ministério Público, o Ministro Sepúlveda Pertence afirmou que o legislador constituinte concedeu uma "*titularidade genérica para promover medidas necessárias à proteção*

da vigência e da eficácia da Constituição", e mais adiante, comenta a introdução da legitimação para "*uma proteção a patrimônio público",* concluindo que a Constituição introduziu ao Ministério Público "*vigilância ativa com legitimação processual, sob a legalidade da administração*".[743]

Esta atuação do Ministério Público visa adequar nosso ordenamento jurídico à tendência contemporânea de todo o Direito Constitucional universal, que é impedir, de todas as formas possíveis, o desrespeito sistemático às normas constitucionais, que conduz à erosão *da própria consciência constitucional*.[744]

Dessa forma, patente a *legitimação constitucional* do Ministério Público para defesa do patrimônio público (CF, art. 129, III),[745] repetida pelo art. 25 da Lei nº 8.625/93, arts. 5º da Lei nº 7.347/85 e 117 da Lei nº 8.078/90,[746] que na lição de Nélson e Rosa Nery

> "confere legitimidade ao Ministério Público para instaurar inquérito civil e ajuizar ação civil pública na defesa do *patrimônio público* e *social*, melhorando o sistema de proteção judicial do patrimônio público, que é uma espécie de direito difuso. O amplo conceito de *patrimônio público* é dado pela Lei da Ação Popular (...) A legitimação do Ministério Público para a defesa do *patrimônio público e social* decorre da Constituição Federal, artigo 129, inciso III, de sorte que não pode a lei infraconstitucional nem a Constituição Estadual retirar do *parquet* essa legitimação".[747]

Essa mesma análise é realizada por Quiroga Lavié quando afirma que a função de promover a atuação da Justiça em defesa da legalidade implica a legitimação processual para estar em juízo, seja quando a lei estabelecer de forma expressa, seja quando os direitos públicos da sociedade não estiverem sendo observados.[748]

Inexiste, portanto, qualquer dúvida de que o Ministério Público possui legitimidade para defesa do patrimônio público através de ação civil pública,[749] instrumento posto à disposição da Instituição para que esta possa pedir a proteção do bem da vida tutelado pela Constituição Federal, no caso o patrimônio público.[750]

Assim, como decidiu o Superior Tribunal de Justiça, "na sociedade contemporânea de massa, e sob os influxos de uma nova atmosfera cultural, o processo civil, vinculado estreitamente aos princípios constitucionais e dando-lhes efetividade, encontra no Ministério Público uma instituição de extraordinário valor na *defesa da cidadania*".[751]

5.9 Garantias do Ministério Público

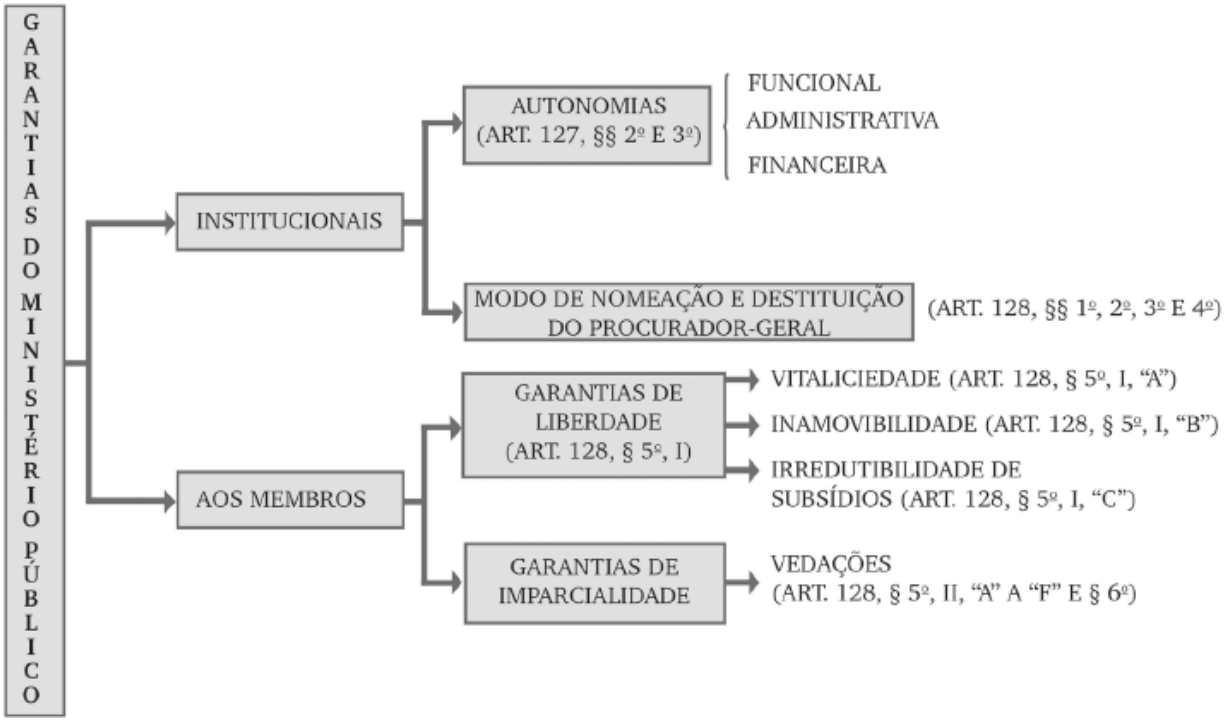
As garantias constitucionais do Ministério Público foram-lhe conferidas pelo legislador constituinte objetivando o pleno e independente exercício de suas funções e podem ser divididas em garantias institucionais e garantias aos membros. Tão importante este objetivo, que a Constituição Federal considera crime de responsabilidade do Presidente da República a prática de atos atentatórios do livre exercício do Ministério Público (art. 85, II, da Constituição Federal).

As garantias e prerrogativas dos membros do Ministério Público, do mesmo modo que as imunidades parlamentares e os predicamentos da magistratura,[752] não são privilégios nem quebram o princípio da isonomia. É essa a razão pela qual se pode falar da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos dos promotores e dos juízes como prerrogativas[753] visando à defesa do Estado democrático de Direito e dos direitos fundamentais.

Hely Lopes Meirelles afirma que as prerrogativas "são atribuições do órgão ou do agente público, inerentes ao cargo ou a função que desempenha na estrutura do Governo, na organização administrativa ou na carreira a que

pertence. São privilégios funcionais, normalmente conferidos aos agentes políticos ou mesmo aos altos funcionários, para a correta execução de suas atribuições legais. As prerrogativas funcionais erigem-se em direito subjetivo de seu titular, passível de proteção por via judicial, quando negadas ou desrespeitadas por qualquer outra autoridade".[754]

5.9.1 Garantias da instituição



A. Autonomia funcional, administrativa e financeira

O art. 127, § 2º, da Constituição Federal prevê autonomia funcional e administrativa ao Ministério Público, enquanto o art. 3º da Lei Orgânica Nacional ampliou esta autonomia, prevendo também a financeira.[755]

A autonomia funcional, como já comentado em tópico anterior, significa que os membros do Ministério Público, no cumprimento dos deveres funcionais, submetem-se unicamente aos limites determinados pela Constituição, pelas leis e pela sua própria consciência, não estando

subordinados a nenhum outro Poder, isto é, nem ao Poder Executivo, nem ao Poder Legislativo, nem ao Poder Judiciário.

O próprio art. 127, § 2º, da Constituição Federal prevê que ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.[756]

As autonomias administrativa e financeira vêm especificadas no art. 3º da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, permitindo-lhe, entre outras funções, praticar atos próprios da gestão, tais como:

Praticar atos e decidir sobre a situação funcional e administrativa do pessoal, ativo e inativo, da carreira e dos serviços auxiliares, organizados em quadros próprios; elaborar suas folhas de pagamento e expedir os competentes demonstrativos; adquirir bens e contratar serviços, efetuando a respectiva contabilização; propor ao Poder Legislativo a criação e a extinção de seus cargos, bem como a fixação e o reajuste dos vencimentos de seus membros; propor ao Poder Legislativo a criação e a extinção dos cargos de seus serviços auxiliares, bem como a fixação e o reajuste dos vencimentos de seus servidores; prover os cargos iniciais da carreira e dos serviços auxiliares, bem como nos casos de remoção, promoção e demais formas de provimento derivado; editar atos de aposentadoria, exoneração e outros que importem em vacância de cargos de carreira e dos serviços auxiliares, bem como os de disponibilidade de membros do Ministério Público e de seus servidores; organizar suas secretarias e os serviços auxiliares das Procuradorias e Promotorias de Justiça; compor seus órgãos de administração; elaborar seus regimentos internos; exercer outras competências dela decorrentes.

O concurso de ingresso à carreira do Ministério Público, atualmente, é regulamentado pela Resolução 40/2009 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Explica Fábio Konder Comparato que "a Constituição, afinal dotou o Ministério Público das prerrogativas de autonomia funcional e administrativa (art. 127, § 2º). Que significa isso? Autonomia, ensinou João Mendes Júnior em seu estilo ático, "significa direção própria daquilo que é próprio". E acrescentou: "somente por extensão, puramente metafórica, é que se costuma atribuir a autonomia a quem, por ação própria, dirige aquilo que não lhe é próprio". E Sampaio Dória enfatiza:

> "Retire-se da autonomia a ideia de autodeterminação ou governo próprio e competência própria, mas que lhe fixam, e nada mais lhe sobrará. São os seus dois elementos essenciais e irredutíveis: as raias invioláveis em que lhe circunscrevem a ação, e o poder de agir livremente dentro dessas raias."

Ora, essa autonomia administrativa e funcional do Ministério Público – como direção própria daquilo que lhe é próprio – traduz-se, no plano financeiro, pela prerrogativa desse órgão público de elaborar sua proposta orçamentária, dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias (CF, art. 127, § 3º). Não precisou o constituinte repetir, neste passo, a expressão

> "autonomia financeira, empregada em relação ao Poder Judiciário (art. 99), porque a ideia já está contida, por inteiro, na norma do art. 127, § 3º. O Judiciário, tal como o Ministério Público, não conta com recursos financeiros próprios. Mas, na elaboração da proposta orçamentária global, ambos esses órgãos têm iniciativa exclusiva de delimitar os recursos necessários a atender às próprias despesas".[757]

Conforme ensina Hely Lopes Meirelles,

> "a autonomia financeira é a capacidade de elaboração da proposta orçamentária e de gestão e aplicação dos recursos destinados a prover as atividades e serviços do órgão titular da dotação. Essa autonomia pressupõe a existência de dotações que possam ser livremente administradas, aplicadas e remanejadas pela unidade orçamentária a que foram destinadas. Tal autonomia é inerente aos órgãos funcionalmente independentes, como são o Ministério Público e o Tribunal de Contas, os quais não poderiam realizar plenamente as suas funções se ficassem na dependência de outro órgão controlador de suas dotações orçamentárias".[758]

Ressalte-se que a autonomia do Ministério Público é complementada pelas normas constitucionais que concedem ao Procurador-Geral da República e aos Procuradores-Gerais de Justiça iniciativa de lei sobre a organização, respectivamente, dos Ministérios Públicos da União e dos Estados, conforme será analisado no Capítulo 11, item 3.1.5.

A EC nº 45/04 reforçou e regulamentou a autonomia financeira do Ministério Público, estabelecendo que, se o *Parquet* não encaminhar a respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na lei de diretrizes orçamentárias. Além disso, se a proposta orçamentária de que trata este artigo for encaminhada em desacordo com os limites estipulados na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual.

Por fim, estipulou a EC nº 45/04 que, durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes

orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais.

B. Modo de nomeação e destituição do Procurador-Geral

Para garantir que o Ministério Público, em defesa da sociedade, exercesse seu mister constitucional, diversas garantias de independência e autonomia foram previstas, bem como diversos sistemas de controles. Uma das garantias dadas pela Constituição Federal ao Ministério Público, visando a sociedade e a defesa intransigente do regime democrático, foi o modo de nomeação e destituição do Chefe da Instituição, seja do Ministério Público da União (Procurador-Geral da República), seja dos Ministérios Públicos dos Estados (Procurador-Geral de Justiça), bem como a existência de mandato por tempo certo, impossibilitando sua demissão *ad nutum*, garantindo-lhe a imparcialidade necessária.

Como ressalta o Ministro Celso de Mello,

> "dentre as garantias objetivas, ou de índole constitucional, asseguradas pela nova Constituição ao Ministério Público, está aquela que consagra o princípio de autogoverno dessa Instituição, cuja realidade, em nosso sistema de direito positivo, deriva, essencialmente, da alta missão institucional que vincula o *Parquet*, de modo absolutamente incondicional, à tutela da ordem jurídica, à defesa do regime democrático e à proteção dos interesses sociais e individuais indisponíveis".[759]

B.1Nomeação do Procurador-Geral da República (art. 128, § 1º, CF)

O Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República entre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela

maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução, precedida de nova decisão do Senado Federal (art. 25, Lei Complementar nº 75/93). Note-se que a constituição fala em *recondução* indeterminadamente, pelo que não há limite para essa hipótese.[760]

Em relação à possibilidade de escolha por parte do Presidente da República de qualquer membro da carreira, a melhor interpretação sugere que a *carreira* a que se refere a Constituição Federal é a do Ministério Público da União, ou seja, deverá recair sobre qualquer um dos seguintes ramos: Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público da Justiça Militar e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.[761]

Essa conclusão pode, igualmente, ser observada pelo julgamento do mandado de segurança nº 21.239/DF, ocorrido após a promulgação da vigente Constituição, porém anterior à nova Lei Complementar do Ministério Público da União, onde o Supremo Tribunal Federal reconheceu o autogoverno do Ministério Público da União, e a consequente impossibilidade de o Presidente da República nomear os chefes do Ministério Público do Trabalho e da Justiça Militar, que deverão sê-lo pelo próprio Procurador-Geral da República, membro de qualquer das carreiras do Ministério Público da União.[762]

Nomeado o Procurador-Geral da República, somente ele possui competência privativa para exercer as funções de Ministério Público da União perante o Supremo Tribunal Federal.[763]

B.2Destituição do Procurador-Geral da República (art. 128, § 2º)

A destituição do Procurador-Geral da República, por iniciativa do Presidente da República, deverá ser precedida de autorização da maioria absoluta do Senado Federal. A LC nº 75/93 estabelece que a votação deverá

ser secreta (art. 25, parágrafo único). Como salientado pelo Ministro Sepúlveda Pertence é essa norma um "inédito mecanismo de salvaguarda da independência externa do Ministério Público, em face dos Poderes do Estado, mediante a segurança no cargo do seu chefe".[764]

B.3Nomeação do Procurador-Geral de Justiça (art. 128, § 3º, da CF; art. 9º da Lei nº 8.625/93)[765]

A Constituição Federal prevê que os Ministérios Públicos dos Estados e o do Distrito Federal e Territórios formarão lista tríplice entre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma única recondução sucessiva, desde que, obviamente, ingresse novamente na lista tríplice escolhida pela carreira.[766]

A lei regulamenta o dispositivo constitucional prevendo que a eleição da lista tríplice far-se-á mediante voto plurinominal de todos os integrantes da carreira e que, caso o Chefe do Poder Executivo não efetive a nomeação do Procurador-Geral de Justiça nos quinze dias que se seguirem ao recebimento da lista tríplice, será investido automaticamente no cargo o membro do Ministério Público mais votado, para exercício do mandato.[767]

Em relação à capacidade eleitoral passiva (elegibilidade) dos membros do Ministério Público, entendo competir ao legislador estadual, por meio de lei complementar, estabelecer critérios para formação da lista tríplice para o cargo de Procurador-Geral de Justiça, ainda que a previsão legal não alcance todos os membros da carreira, desde que haja razoabilidade e proporcionalidade na delimitação dos membros elegíveis, prestigiando, principalmente, a experiência profissional dentro da instituição.[768]

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, decidiu não ser "razoável que, em determinada unidade federativa, seja franqueada a qualquer dos integrantes da carreira a possibilidade de conduzir a instituição, enquanto, em outras, essa prerrogativa seja restrita apenas a determinado grupo

pertencente à carreira", concluindo serem "materialmente inconstitucionais as normas estaduais que restrinjam a capacidade eleitoral passiva de membros do Ministério Público para concorrerem à chefia de Ministério Público estadual".[769]

Essa garantia de independência do Ministério Público tem fulcro absolutamente constitucional, tendo, inclusive, o Supremo Tribunal Federal entendido inconstitucionais previsões de constituição estadual que condicionassem a nomeação do Procurador-Geral da Justiça à prévia aprovação da respectiva Assembleia Legislativa, "*por consagrar critério discrepante do estabelecido no art. 128, § 3º, da Carta Federal e do princípio da independência e harmonia dos Poderes*";[770] ou que, por via legislativa, regulamentem a eleição e escolha da lista tríplice em desrespeitando a iniciativa privativa do PGJ para alterações na lei orgânica da Instituição.[771]

B.4Destituição do Procurador-Geral de Justiça (art. 128, § 4º, CF e art. 9º, § 2º, da Lei nº 8.625/93)

Os Procuradores-Gerais nos Estados e no Distrito Federal e Territórios poderão ser destituídos por deliberação da maioria absoluta do Poder Legislativo, na forma da lei complementar respectiva.

A destituição do Procurador-Geral de Justiça dependerá da deliberação, mediante voto secreto, da maioria absoluta dos membros da Assembleia Legislativa, conforme preleciona a Constituição Federal.

Quaisquer outras formas previstas para a destituição do Procurador-Geral de Justiça serão inconstitucionais.[772]

Aprovada a destituição, o Colégio de Procuradores de Justiça, diante da comunicação da Assembleia Legislativa, declarará vago o cargo de Procurador-Geral de Justiça e cientificará imediatamente o Conselho Superior do Ministério Público, para expedição das normas regulamentadoras para elaboração da lista tríplice.

No Estado de São Paulo, a destituição do Procurador-Geral de Justiça está prevista no art. 94, III, da Constituição Estadual e na Lei Complementar nº 734/93 e terá cabimento em caso de abuso de poder, conduta incompatível ou grave omissão nos deveres do cargo, sendo de iniciativa da Assembleia Legislativa, por 1/3 (um terço) de seus membros ou por iniciativa da maioria absoluta do Colégio de Procuradores de Justiça, formulada por escrito, dependerá da aprovação de dois terços de seus integrantes, mediante voto secreto, assegurada ampla defesa (arts. 13, 14 e 15, da LC nº 734/93). Aprovada a proposta de destituição pelo Colégio de Procuradores de Justiça, o Procurador-Geral de Justiça será afastado provisoriamente do cargo e substituído na forma desta lei complementar até ultimação do processo. Cessará o afastamento previsto neste artigo se o processo de destituição, na Assembleia Legislativa, não for concluído em 90 (noventa) dias a contar da data da comunicação da proposta aprovada pelo Colégio de Procuradores de Justiça.

5.9.2 Garantias dos membros

Dividem-se em garantias de liberdade e de imparcialidade ou vedações.

A. Garantias de liberdade

A.1Vitaliciedade[773]

O membro do Ministério Público somente poderá perder seu cargo por decisão judicial transitada em julgado. A vitaliciedade somente é adquirida após o chamado *estágio probatório*, ou seja, após dois anos de efetivo exercício da carreira, mediante aprovação no concurso de provas e títulos.[774]

O membro vitalício dos Ministérios Públicos dos Estados somente perderá o cargo por sentença judicial transitada em julgado, proferida em ação civil própria, nos seguintes casos: prática de crime incompatível com o

exercício do cargo, após decisão judicial transitada em julgado; exercício da advocacia; abandono do cargo por prazo superior a trinta dias corridos.[775]

A ação civil para a decretação da perda do cargo será proposta pelo Procurador-Geral de Justiça perante o Tribunal de Justiça local, após autorização do Colégio de Procuradores.[776]

Em relação aos membros do Ministério Público da União, prevê o art. 208 da LC nº 75/93 que a propositura de ação para perda do cargo, quando decorrente de proposta do Conselho Superior depois de apreciado o procedimento administrativo, acarretará seu afastamento do exercício de suas funções, com a perda dos vencimentos e das vantagens pecuniárias do respectivo cargo.

Note-se que, excepcionalmente, o membro do Ministério Público poderá não ser vitalício, mesmo que já tenha ultrapassado o estágio probatório, preservando tão somente a garantia da estabilidade. Essa hipótese ocorre em relação aos membros do Ministério Público admitidos antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 que optarem pelo regime anterior no que disser respeito a garantias e vantagens, observando-se quanto às vedações a situação jurídica da própria data da promulgação da Carta Magna (ADCT, art. 29, § 3º).

A.2Inamovibilidade[777]

A inamovibilidade e o princípio do promotor natural são garantias corolárias, que visam à imparcialidade do membro do Ministério Público (conferir, neste capítulo, o item 5.5.4).

Uma vez titular do respectivo cargo, o membro do Ministério Público somente poderá ser removido ou promovido por iniciativa própria, nunca *ex officio* de qualquer outra autoridade, salvo em uma única exceção constitucional *por motivo de interesse público*, *mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, por voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa*.[778]

No caso do Ministério Público da União, o órgão colegiado competente é o Conselho Superior do respectivo ramo (art. 211 da LC nº 75/93).

Importante ressaltar que a garantia da inamovibilidade somente pode ser concedida a determinados agentes públicos por norma da Constituição Federal. O Plenário do Supremo Tribunal Federal referendou medida liminar deferida pelo Ministro Celso de Mello, em ação direta de inconstitucionalidade, movida pelo Procurador-Geral da República, para suspender norma de Constituição Estadual que concedera a determinada carreira a garantia da inamovibilidade, pois entendeu que esse preceito fere a prerrogativa do Chefe do Poder Executivo de dispor sobre a movimentação de agentes públicos no interesse da Administração, chocando-se com o disposto nos arts. 2º e 84, II, da Constituição Federal.[779]

A.3Irredutibilidade de subsídio[780]

O subsídio do membro do Ministério Público não poderá ser reduzido para pressioná-lo a exercer suas atribuições. A esta garantia aplica-se o já estudado no capítulo do Poder Judiciário.

B. Vedações constitucionais

É vedado ao membro do Ministério Público:[781]

a. receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;
b. exercer a advocacia: o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 8, de 8 de maio de 2006, dispondo sobre os impedimentos e vedações ao exercício de advocacia por membros do Ministério Público, nos termos do § 3º, do art. 29 do ADCT. Em regra, é absolutamente vedado aos membros do Ministério Público exercer a advocacia, excepcionando-se,

somente, aqueles que integravam a carreira na data da promulgação da Constituição Federal de 1988 e que, desde então, permanecem regularmente inscritos na OAB (art. 1º). A Resolução nº 8/2006 determinou, ainda, em seu art. 2º, que, além dos impedimentos e vedações previstos na legislação que regula o exercício da advocacia pelos membros do Ministério Público, estes não poderão fazê-lo nas causas em que, por força de lei ou em face do interesse público, esteja prevista a atuação do Ministério Público, por qualquer dos seus órgãos e ramos (Ministérios Públicos dos Estados e da União);[782]

c. participar de sociedade comercial, na forma da lei;
d. exercer, ainda que em indisponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;
e. exercer atividade político-partidária;
f. receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei;
g. exercer a advocacia ou juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

5.10 Vedação ao exercício da política partidária

A EC nº 45/04 alterou a relação dos membros do Ministério Público com a atividade político-partidária, passando a proibi-la de forma absoluta, sem qualquer exceção, como anteriormente possível.

Essa nova vedação passou a constituir causa absoluta de inelegibilidade – assim como já existente aos magistrados –, pois os membros do Ministério Público não poderão filiar-se a partidos políticos,

nem tampouco disputar qualquer cargo eletivo, salvo se estiverem aposentados ou exonerados, independentemente do ingresso ter sido após a EC nº 45/04 ou entre essa e a promulgação do texto constitucional.[783] Dessa maneira, conforme definiu o STF, há "impossibilidade de filiação político-partidária, de exercício de cargo eletivo e de função no âmbito do Poder Executivo após a promulgação da Constituição Federal de 1988".[784]

Em sentido contrário, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 5, de 20 de março de 2006, disciplinando o exercício de atividade político-partidária e de cargos públicos por membros do Ministério Público Nacional. Em seu artigo 1º, a citada resolução estabelece que estão proibidos de exercer atividade político-partidária os membros do Ministério Público que ingressaram na carreira após a publicação da Emenda nº 45/2004.

Antes da EC nº 45/04, entendia o TSE que a legislação havia excluído "a filiação partidária da vedação de exercício de atividade político-partidária imposta aos membros do Ministério Público", concluindo que, "*a fortiori*, não há qualquer razão para dispensá-los do prazo peremptório a todos imposto para a satisfação, nos termos da lei, da correspondente condição de elegibilidade".[785]

Sendo assim, os membros do Ministério Público, antes do advento da referida emenda constitucional, poderiam concorrer a mandatos eletivos,[786] porém, deveriam, diferentemente dos magistrados e membros dos Tribunais de Contas, que pretendessem concorrer a cargos eletivos – obviamente, nesses casos, após a aposentadoria ou exoneração –, filiar-se no prazo previsto pela legislação eleitoral.

Além disso, deveriam, segundo o Supremo Tribunal Federal, afastar-se de suas funções institucionais a partir do momento da filiação partidária, que deveria ser cancelada antes da reassunção das funções.[787]

Não concordávamos com esse posicionamento, pois representava um grave obstáculo ao exercício da cidadania plena pelos membros do

Ministério Público que desejassem concorrer a mandatos eletivos, ao antecipar o afastamento da carreira muito além do necessário prazo de desincompatibilização. Esse entendimento do STF e do TSE inviabilizava, na prática, a participação no processo eleitoral do membro do MP que houvesse ingressado após a CF/88. Com a EC nº 45/04, esse assunto está superado, pois a vedação passou a ser absoluta, submetendo-se os membros do Ministério Público à mesma regra dos magistrados e dos membros dos Tribunais de Contas, ou seja, "se submetem à vedação constitucional de filiação partidária, dispensados, porém, de cumprir o prazo de filiação fixado em lei ordinária, a exemplo dos magistrados, devendo satisfazer tal condição de elegibilidade até seis meses antes das eleições, de acordo com o art. 1º, inciso II, alínea *j*, da LC nº 64/90, sendo certo que o prazo de desincompatibilização dependerá do cargo para o qual o candidato concorrer".[788]

Essa nova norma somente não se aplica aos membros do Ministério Público que tenham ingressado na carreira antes da promulgação da Constituição de 1988, desde que façam a opção prevista no art. 29, § 3º, ADCT.[789] Nessa hipótese, ao membro do Ministério Público serão permitidas a filiação partidária e a candidatura para mandatos eletivos, respeitados os prazos da LC nº 64/90 (*prazos de desincompatibilizações*), bem como quaisquer outras formas de exercício da atividade político-partidária.[790]

Excepcionalmente, por maioria,[791] a Corte entendeu possível a candidatura a mandato eletivo de membro do Ministério Público, cujo ingresso tenha sido após a Constituição de 1988, desde que estivesse no exercício do mandato no momento da promulgação da EC nº 45/01 e a hipótese fosse de candidatura à reeleição.[792]

5.11 Vedação ao exercício de qualquer outra função pública, salvo uma de magistério

Ao membro do Ministério Público é vedado exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério, pois conforme destacado pelo Supremo Tribunal Federal, "o afastamento de membro do *Parquet* para exercer outra função pública viabiliza-se apenas nas hipóteses de ocupação de cargos na administração superior do próprio Ministério Público. Os cargos de Ministro, Secretário de Estado ou do Distrito Federal, Secretário de Município da Capital ou Chefe de Missão Diplomática não dizem respeito à administração do Ministério Público, ensejando, inclusive, se efetivamente exercidos, indesejável vínculo de subordinação de seus ocupantes com o Executivo".[793]

Nos termos do art. 128, § 5º, II, *d*, da Constituição Federal, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 5, de 20 de março de 2006, disciplinando de maneira absoluta a vedação ao exercício de qualquer outra função pública, salvo uma de magistério, para os membros do Ministério Público. Somente os membros da Instituição que ingressaram até 5 de outubro de 1988 e que tenham manifestado a opção pelo regime anterior poderão exercer outros cargos na administração.

Conforme determinava o art. 4º da citada Resolução nº 5/2006, o CNMP entendia que o art. 44, parágrafo único, da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional dos Ministérios Públicos dos Estados), não autorizava o afastamento para o exercício de outra função, vedado constitucionalmente, sendo que as leis orgânicas estaduais que autorizavam o afastamento de membros do Ministério Público para ocuparem cargos, empregos ou funções públicas contrariavam expressa disposição constitucional, o que impede sua aplicação, conforme reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal.

O Conselho Nacional do Ministério Público determinou, inclusive, que todos os membros da Instituição que se encontrem afastados irregularmente se ajustassem até 31 de dezembro de 2006.

Apesar da inexistência de alteração no posicionamento do Supremo Tribunal Federal, o próprio CNMP, porém, editou a Resolução nº 72, de 15 de junho de 2011, revogando parcialmente a citada Resolução nº 5/2005 e passou a permitir novamente que todos os membros da carreira – independentemente no momento de seu ingresso – pudessem exercer outros cargos fora da Instituição.

O CNMP entendeu que a interpretação sistemática dos arts. 128, § 5º, II, *d* e 129, IX, da Constituição Federal estava permitindo interpretações diversas, "dentre as quais a que entende ser possível o afastamento do membro do Ministério Público para o exercício de outro cargo público", e, concluiu que não era "conveniente a expedição de ato regulamentar restritivo de direitos".

O Supremo Tribunal Federal, porém, em decisão plenária definiu a impossibilidade de Membros do Ministério Público, cuja posse tenha sido após 5 de outubro de 1988, ocuparem cargos públicos, fora do âmbito da instituição, salvo cargo de professor e funções de magistério, e, declarou a inconstitucionalidade da Resolução nº 72/11, do CNMP, determinando a exoneração dos ocupantes de cargos em desconformidade com a interpretação fixada, no prazo de até 20 dias após a publicação da ata do julgamento.[794] Conforme destacado pelo Ministro Celso de Mello, essa impossibilidade decorre da necessidade de preservação da "autonomia institucional do Ministério Público e salvaguardar-se a essencial independência funcional de seus membros, pois – cabe sempre enfatizar – os integrantes do Ministério Público, para serem fiéis ao seu múnus funcional, hão de prestar reverência, unicamente, à supremacia da Constituição e à autoridade das leis da República, impedindo-se, desse modo, com o efetivo respeito à vedação inscrita no art. 128, § 5º, II, 'd', da Carta Política, que se estabeleça um indesejável vínculo de subordinação ao Poder Executivo".[795]

Em relação ao exercício de magistério, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 73/11, que revogou a anterior Resolução nº 3, de 16 de dezembro de 2005, disciplinando que, ao membro dos Ministérios Públicos da União e dos Estados, ainda que em disponibilidade, é defeso o exercício de outro cargo ou função pública, ressalvado o de magistério, público ou particular.

O exercício da docência, em qualquer hipótese, somente será possível se houver compatibilidade de horário com o do exercício das funções ministeriais.

Alterando o antigo posicionamento estabelecido pela revogada Resolução nº 3/2005, o CNMP passou a entender que a coordenação de ensino ou de curso é considerada compreendida no magistério e poderá ser exercida pelo membro do Ministério Público se houver compatibilidade de horário com as funções ministeriais.

A vedação em exercer, ainda que em indisponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério, não impede aos membros do Ministério Público a participação em órgãos colegiados ou conselhos, desde que, nos termos do art. 129, IX da Constituição Federal, haja previsão legal e compatibilidade com a finalidade da Instituição. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal afirmou que "a participação em Conselhos da Administração Pública – órgãos com atribuição legal para se manifestar, em caráter deliberativo ou consultivo, sobre a formulação de políticas públicas de interesse social – é compatível com as atribuições previstas pela Constituição Federal", salientando, porém, a necessidade da presença de três requisitos: "(a) a representação do Ministério Público seja exercida por membro nato, indicado pelo Procurador-Geral de Justiça; (b) a participação desse membro ocorra a título de exercício das atribuições institucionais do Ministério Público; e (c) vedada a percepção de remuneração adicional".[796]

5.12 Da impossibilidade de supressão ou alteração das funções, garantias e prerrogativas constitucionais do Ministério Público

Assim, se é verdade que no regime democrático da República Federativa do Brasil os Poderes do Estado são o Executivo, o Legislativo e o Judiciário (art. 2º, CF), todos autônomos entre si; não é menos verdade que

> "o mínimo irredutível de uma autêntica Constituição deve conter regras de separação de poderes: um mecanismo de cooperação e controle desses poderes – 'checks and balances'; um mecanismo para evitar bloqueios respectivos entre os diferentes detentores de funções do poder...".[797]

Dessa forma, o legislador constituinte criou, dentro do respeito à teoria dos "freios e contrapesos" (*cheks and balances*), um órgão autônomo e independente deslocado da estrutura de qualquer dos Poderes do Estado, um verdadeiro fiscal da perpetuidade da federação, da Separação de Poderes, da legalidade e moralidade pública, do regime democrático e dos direitos e garantias individuais: o Ministério Público.

Para a garantia desta fiscalização e do próprio regime democrático, a constituição conferiu importantes funções e garantias institucionais ao Ministério Público, impedindo a ingerência dos demais poderes do Estado em seu funcionamento, pois como escrevia Madison,[798] todo o poder tende a ser invasor e, por isso, deve ser posto em condições de não exceder os limites que lhe são traçados, razão pela qual, depois da divisão de poderes, o mais importante é garanti-los contra suas recíprocas invasões.

Todas estas garantias e funções dos membros do Ministério Público, assim como as imunidades e prerrogativas parlamentares do chefe do

Executivo e dos órgãos do Poder Judiciário são garantias institucionais fixadas pelo legislador constituinte para a defesa da sociedade e dos direitos constitucionais fundamentais e, consequentemente, como salienta Canotilho,

> "a protecção das garantias institucionais aproxima-se, todavia, da protecção dos direitos fundamentais quando se exige, em face das intervenções limitativas do legislador, a salvaguarda do 'mínimo essencial' (núcleo essencial) das instituições".[799]

Poderiam tais garantias, prerrogativas e funções serem alteradas, retirando da Instituição Ministério Público os instrumentos constitucionais concedidos pelo legislador constituinte originário, para o exercício autônomo e independente de seu mister? Acreditamos que não.

Qualquer alteração constitucional decorre, no exercício do Poder Constituinte derivado reformador, de uma regra jurídica de autenticidade constitucional, uma vez que o legislador originário estabeleceu limites, materiais, circunstanciais, formais e implícitos, correspondentes às cláusulas de irreformabilidade da Constituição Federal.

O Poder Constituinte instituído ou de revisão é um poder essencialmente limitado, qualificando-se como órgão do Estado sujeito, como todos os demais órgãos estatais, às regras da constituição relativas à sua estruturação e às condições de seu funcionamento.

Assim, o Poder Constituinte derivado, exercido pelo poder político eleito, pode alterar a constituição por meio de emendas, porém baseado nas normas estabelecidas pelo Poder Constituinte originário, que traça os limites à alteração da própria constituição (CF, art. 60).

Dessa forma, entre as diversas limitações, qualquer proposta de emenda constitucional não pode expressa ou implicitamente pretender alterar as matérias tratadas no § 4º, do art. 60, da Constituição Federal, seja

para aboli-las integralmente, seja para desfigurá-las do molde estabelecido pelo legislador constituinte originário.

Acrescente-se que os limites desse poder têm hoje, conforme se sabe, no consenso da melhor doutrina constitucional – sem prejuízo, é claro, de seu histórico papel de garantia do legítimo interesse privado e da autonomia individual (na medida em que restringem a liberdade do próprio legislador constitucional) – uma predominante dimensão institucional e funcional: ordenam-se eles, primordialmente, no plano hermenêutico, como salientado por Bauer Novelli, ao

> "ponderado equilíbrio e a conciliação da diversidade dos valores fundamentais, aos fins sociais e coletivos adotados pela constituição. Quer dizer: ordenam-se ao fim supremo de garantir a constituição mesma, visto que, resguardando-lhe a identidade e a individualidade, resguardam-se em consequência, os próprios direitos fundamentais e os princípios estruturais, enquanto esses constituem elementos configuradores daquela, com ela afinal se identificam, e traduzem, na prática, o que P. Lucas Verdú chama a 'fórmula política', o *minimum* constitucional inviolável".[800]

Analisando a questão das chamadas cláusulas pétreas e a possibilidade de controle de constitucionalidade das emendas constitucionais, Gilmar Ferreira Mendes aponta que

> "tais cláusulas de garantia traduzem, em verdade, um esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem *a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade*. É que, como ensina Hesse, a Constituição contribui para a continuidade da ordem jurídica fundamental, na medida em que impede a efetivação de um suicídio do Estado de Direito

> democrático sob a forma da legalidade. Nesse sentido, pronunciou-se o Tribunal Constitucional alemão, asseverando que o constituinte não dispõe de poderes para suspender ou suprimir a Constituição".[801]

Primeiramente, deve ser considerado que a Constituição Federal, no art. 60, § 4º, *a*, erigiu como cláusula pétrea a forma federativa, cujo contexto engloba, constitucionalmente, o "regime democrático", tanto em relação às regras constitucionais para sua consecução, *quanto às regras constitucionais para sua fiscalização.*

Como um dos *fiscais do regime democrático*, o legislador constituinte originário escolheu o *Ministério Público*, ao afirmar que é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Para garantir que o Ministério Público, em defesa da sociedade, exercesse seu mister constitucional, entre eles a defesa da federação, do regime democrático, diversas garantias de independência e autonomia foram previstas, bem como diversos sistemas de controles.[802]

Todas as garantias e as prerrogativas previstas constitucionalmente aos membros do Ministério Público têm finalidade definida pelo legislador constituinte, qual seja, a *defesa impessoal da ordem jurídica democrática, dos direitos coletivos e dos direitos fundamentais da cidadania.* Suprimi-las por meio de alterações constitucionais, retornando a um conceito de unipessoalidade e verticalidade hierárquica do Poder Executivo, é afastar a autonomia e independência do Ministério Público, fortalecendo o Poder Executivo, em detrimento dos demais Poderes do Estado, incabível no Estado Moderno e prejudicando a fiscalização das regras do regime democrático, função constitucional, repita-se, também do Ministério Público.

Importante verificarmos que a tendência contemporânea de todo o Direito Constitucional universal é impedir, de todas as formas possíveis, o desrespeito sistemático às normas constitucionais, que conduz*, pela deformação da vontade soberana do poder constituinte*, à erosão da própria consciência constitucional.[803]

Para a garantia da constituição, o legislador constituinte conferiu funções institucionais ao Ministério Público, tais como o exercício privativo da ação penal pública, zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia, promoção da ação direta de inconstitucionalidade interventiva, entre outras não menos relevantes funções.

Porém, também em respeito ao mecanismo de cooperação e controle aos órgãos que exercem as funções de Estado, o legislador Constituinte fixou severo controle externo à Instituição, tanto por parte do Poder Legislativo (controle orçamentário, através do Tribunal de Contas; destituição do Procurador-Geral), quanto pelo Poder Executivo (escolha e nomeação do Procurador-Geral da República dentre os integrantes da carreira e nomeação do Procurador-Geral de Justiça, através de lista tríplice composta de integrantes da carreira e por ela eleitos) e do Poder Judiciário, a quem são dirigidas as pretensões e iniciativas dos membros do Ministério Público.

Alterar este sistema de controles, suprimindo funções controladoras ou mesmo garantias do Ministério Público, seria alterar o mecanismo de cooperação e controle desses poderes (Executivo/Legislativo/Judiciário) e da própria Instituição do Ministério Público, em relação ao regime democrático, desrespeitando a doutrina dos "Freios e Contrapesos" (*cheks and balances*), modificando um mecanismo para evitar bloqueios respectivos entre os diferentes detentores de funções do poder, uma vez que retornaríamos à hipertrofia do Poder Executivo. Lembremo-nos de que a

Separação de Poderes também é cláusula pétrea, devendo impedir, todavia, não só a supressão da ordem constitucional, "*mas também qualquer reforma que altere os elementos fundamentais de sua identidade histórica*".[804]

As funções e as garantias institucionais do Ministério Público, assim como já afirmado, igualam-se às imunidades e prerrogativas dos membros do Legislativo, Judiciário e do chefe do Poder Executivo, em defesa das garantias e direitos fundamentais do cidadão e da sociedade, do regime democrático e da própria Separação de Poderes, dentro da já citada teoria dos freios e contrapesos.

A lição magistral do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal,[805] demonstra claramente esta assertiva, pois,

> "com a reconstrução da ordem constitucional, emergiu o Ministério Público sob o signo da legitimidade democrática. Ampliaram-se-lhe as atribuições; dilatou-se-lhe a competência; reformulou-se-lhe os meios necessários à consecução de sua destinação constitucional; atendeu-se, finalmente, a antiga reivindicação da própria sociedade civil. Posto que o Ministério Público não constitui órgão ancilar do Governo, instituiu o legislador constituinte um sistema de garantias destinado a proteger o membro da Instituição e a própria Instituição*, cuja atuação autônoma configura a confiança de respeito aos direitos, individuais e coletivos, e a certeza de submissão dos Poderes à lei*".

As garantias constitucionais dos membros do Ministério Público, portanto, são garantias da própria sociedade, de que a Instituição, incumbida pela Constituição de ser a guardiã da legalidade formal e material das liberdades públicas, do regime democrático e da Separação de Poderes, contra os abusos do poder Estatal, não sofra pressões odiosas no exercício de seu mister.

Neste contexto surge o Ministério Público, com a missão de fiscalização do cumprimento das liberdades públicas, ou seja, com a missão de torná-las efetivas no plano concreto. Para isto, concedeu-lhe o legislador constituinte nobres funções, entre outras, de promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei (efetividade, inclusive, ao direito à vida – art. 5º, XXXVIII e XLVII); zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta constituição (todo o extenso rol do art. 5º, entre outros), promovendo as medidas necessárias a sua garantia (remédios constitucionais do art. 5º, incisos LXVIII, LXIX, LXX, LXXI, LXXII); promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difuso e coletivos; promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados nos casos previstos nesta constituição (defesa da Federação, arts. 34, 35 e 60, § 4º, I).

Sendo as liberdades públicas objeto da proteção jurídica em matéria de direitos constitucionais, em cuja defesa deve agir o Ministério Público, a independência funcional da Instituição transforma-se em garantia fundamental implícita da Constituição Federal, com o escopo de concretizar as liberdades-públicas positivas previstas, principalmente, no art. 5º da Constituição Federal. Estaremos diante das hipóteses chamadas por Canotilho de limites tácitos.

Limites tácitos, para Canotilho, ou poderes implícitos, para o Ministro Celso de Mello; o certo é que

> “o relevo e a importância que assume a teoria dos poderes implícitos no plano da hermenêutica constitucional, que cumpre ter presente o novo sistema de garantias que a Constituição deferiu ao Ministério Público e aos seus membros que o integram, cuja razão de ser funda-se, essencialmente, na

> significativa circunstância de que, agora, sob a égide do novo ordenamento constitucional, a investidura no cargo de representantes do Ministério Público se processa, sempre, uma vez decorrido o biênio probatório, em caráter vitalício, com a exclusão de qualquer outra modalidade",[806]

não pode sofrer alterações, em virtude de serem garantias à defesa dos direitos fundamentais e do regime democrático previstos na Constituição Federal.

Retirar do Ministério Público tais funções, ou mesmo retirar-lhes as garantias para o bom exercício destas funções corresponde a diminuir a efetividade das liberdades públicas, ou em outras palavras, aboli-las parcialmente, de forma implícita, o que é taxativamente vedado pelo texto constitucional.

Dessa forma, e retornando à ideia central das "cláusulas pétreas", de que a vedação atinge a pretensão de modificar bastando que a proposta de emenda se encaminha ainda que remotamente, "tenda" (emenda tendentes, diz o texto), para sua abolição, qualquer pretensão de alterar as funções, garantias ou prerrogativas da Instituição, alteraria diretamente o art. 60, § 4º, da Constituição Federal, pois alteraria a fiscalização do regime democrático e dos direitos e garantias fundamentais, repercutindo na Separação de Poderes, sendo, pois, de flagrante inconstitucionalidade.

A alterabilidade constitucional, embora se possa traduzir na alteração de muitas disposições da constituição, sempre conservará um valor integrativo, no sentido de que deve deixar substancialmente idêntico o sistema originário da constituição. A revisão serve, pois, para alterar a constituição, mas não para mudar radicalmente a constituição, uma vez que a revisão constitucional não é propriamente o meio propício para fazer revoluções constitucionais.[807] A substituição de uma constituição por outra exige uma renovação do poder constituinte e esta não pode ter lugar,

naturalmente, sem uma ruptura constitucional, pois é certo que a possibilidade de alterabilidade constitucional, permitida ao Congresso Nacional, não autoriza o inaceitável poder de violar o sistema essencial de valores da constituição, tal como foi explicitado pelo poder constituinte originário.[808]

Desse modo, por ser o Ministério Público instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbido, entre outras importantíssimas funções, da defesa de cláusulas pétreas como a separação de Poderes, os direitos e garantias individuais e a própria existência da Federação e do voto direto, secreto, universal e periódico, ao defender o regime democrático, nenhuma norma do Poder Constituinte derivado poderá alterar sua estrutura orgânica, suas garantias de independência e imparcialidade e suas funções de controle, todas fixadas em defesa da própria sociedade e da perpetuidade da democracia.

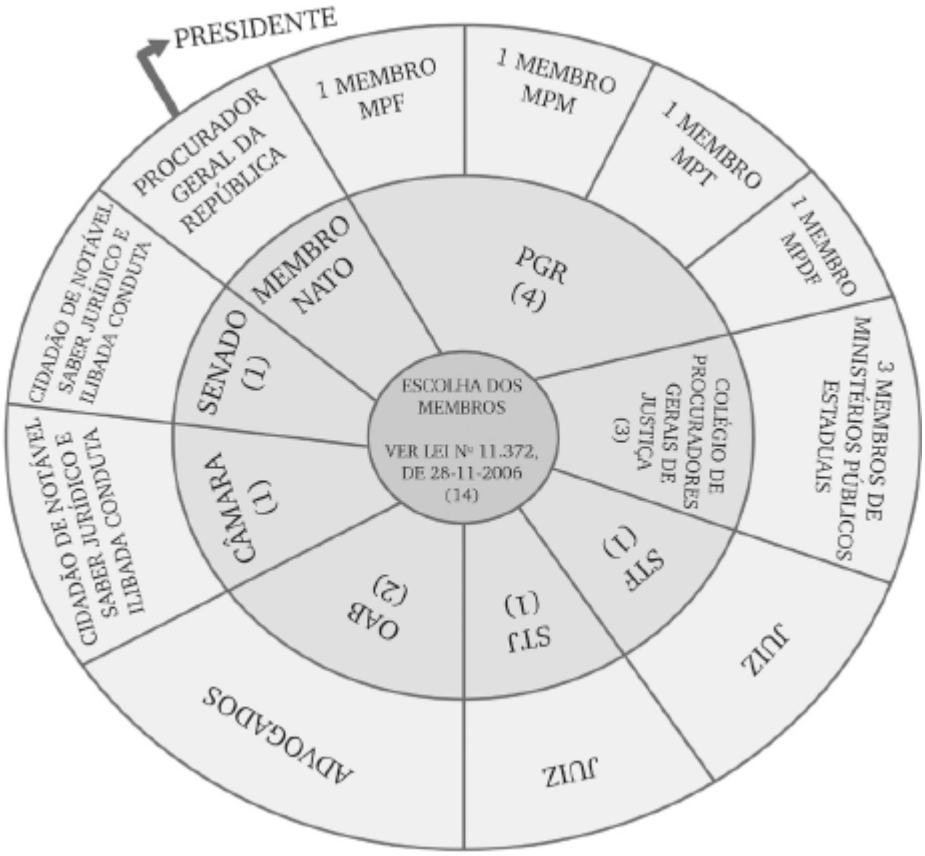
5.13 EC nº 45/04 e Conselho Nacional do Ministério Público

A EC nº 45/04 estabeleceu, no art. 130-A, o Conselho Nacional do Ministério Público, cujo funcionamento deverá observar todas as garantias e funções institucionais e dos membros do *Parquet*, impedindo a ingerência dos demais poderes de Estado em seu funcionamento, pois a Carta Magna caracterizou a Instituição como órgão autônomo e independente, e destinou-a ao exercício de importante missão de verdadeiro fiscal da perpetuidade da federação, da Separação dos Poderes, da legalidade e moralidade pública, do regime democrático e dos direitos e garantias individuais.

O desrespeito a essa consagração constitucional ao Ministério Público caracterizará, conforme verificado no item anterior, à *deformação da vontade soberana do poder constituinte*, e, consequentemente, à erosão da própria consciência constitucional.

A. Composição do Conselho Nacional do Ministério Público

O Conselho será composto por 14 membros, cuja maioria (8) é composta por membros do próprio Ministério Público, e pode ser dividido da seguinte forma: *membros do Ministério Público, membros do Judiciário, membros da advocacia* e *membros da sociedade escolhidos pelo Legislativo*:



- MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO (8):

– *o Procurador-Geral da República*;

– *quatro membros do Ministério Público da União, assegurada a representação de cada uma de suas carreiras.* A Lei nº 11.372, de 28 de novembro de 2006, fixou que a escolha dos membros do CNMP oriundos do Ministério Público da União será realizada pelo Procurador-Geral de cada um dos ramos, a partir

de lista tríplice composta por membros com mais de 35 anos de idade que já tenham completado mais de 10 anos na respectiva carreira. As listas tríplices serão elaboradas pelos respectivos Colégios de Procuradores do Ministério Público Federal, do Ministério Público do Trabalho e do Ministério Público Militar e pelo Colégio de Procuradores e Promotores de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. O nome do escolhido pelo respectivo Procurador-Geral de cada um dos ramos será encaminhado ao Procurador-Geral da República, que o submeterá à aprovação do Senado Federal;

– *três membros do Ministério Público dos Estados.* A Lei nº 11.372, de 28 de novembro de 2006, estipulou a forma de escolha dos membros do CNMP oriundos dos Ministérios Públicos dos Estados. A competência para escolha dos três nomes, que serão submetidos ao Senado Federal, é do Colégio de Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados, que decidirá, em reunião conjunta especialmente convocada e realizada para essa finalidade, a partir da indicação de um nome por Estado, a ser apresentado pelo respectivo Procurador-Geral de Justiça. Observe-se, porém, que a escolha do Procurador-Geral de Justiça de cada Estado não é absolutamente discricionária, uma vez que a lei determinou a elaboração de lista tríplice elaborada pelos integrantes da carreira de cada instituição, composta por membros com mais de 35 anos de idade, que já tenham completado mais de 10 anos na respectiva carreira. Dessa forma, a partir da lista tríplice elaborada por todos os integrantes do respectivo Ministério Público estadual, o Procurador-Geral de Justiça escolherá um dos nomes e o submeterá ao Colégio de Procuradores-Gerais de Justiça, que, juntamente com os nomes

dos demais Estados da Federação, por sua vez, elaborará lista com os três membros a serem indicados ao Senado Federal.

- MEMBROS DO PODER JUDICIÁRIO (2)

– dois juízes, indicados um pelo Supremo Tribunal Federal e outro pelo Superior Tribunal de Justiça.

- MEMBROS DA ADVOCACIA (2):

– dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

- MEMBROS DA SOCIEDADE ESCOLHIDOS PELO LEGISLATIVO (2):

– dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

– dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal. Nessas duas indicações, há a impossibilidade de indicação de membro do Ministério Público para integrar o CNMP, uma vez que *ratio* constitucional de previsão das vagas destinada à Câmara dos Deputados ou Senado Federal, a dois cidadãos, é a coexistência de integrantes internos e externos à Instituição. Como destacou o Ministro Celso de Mello, a possibilidade de preenchimento de uma dessas vagas por membros do próprio MP "poderia resultar em ruptura da relação de proporcionalidade constitucional entre os membros componentes do Conselho Nacional do Ministério Público. É que, em tal ocorrendo, o CNMP passaria a contar, em sua composição interna, não com 08 (oito) membros da Instituição (incluído o eminente Procurador-Geral da República), mas, sim, com 09 (nove) integrantes do 'Parquet', ainda que um destes participasse, em referido órgão de fiscalização externa, como

representante da sociedade civil, na condição de cidadão. Mais do que isso, a escolha, pela Câmara dos Deputados, de um Promotor de Justiça para a vaga reservada a cidadão (CF, art. 130-A, VI) introduziria um fator de ruptura na própria relação numérica que deve existir, no âmbito do CNMP, entre os representantes do Ministério Público da União (em número de quatro, além do eminente Procurador-Geral da República) e os do Ministério Público dos Estados, que passariam, presente o contexto em exame, a possuir 04 (quatro) membros, e não apenas os 03 (três) determinados pelo art. 130-A, III, da Constituição da República".[809]

A EC nº 45/04 não estabeleceu constitucionalmente idades mínima e máxima aos membros do Conselho Nacional do Ministério Público, que serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. O mandato dos membros do Conselho é de dois anos, permitindo-se somente uma recondução sucessiva.

Observe-se que os membros do Conselho oriundos do Ministério Público serão indicados pelos respectivos Ministérios Públicos, na forma da lei.

O Conselho será presidido pelo Procurador-Geral da República e escolherá, em votação secreta, um Corregedor nacional, *dentre os membros do Ministério Público que o integram,* vedada a recondução, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pela lei, as seguintes:

- receber reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos membros do Ministério Público e dos seus serviços auxiliares;
- exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e correição geral;

- requisitar e designar membros do Ministério Público, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de órgãos do Ministério Público.

O texto constitucional prevê que o Presidente do Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil oficie junto ao Conselho Nacional do Ministério Público. Consequentemente, não poderá compor o Conselho como *membro da advocacia.*

Nos termos do art. 5º, da EC nº 45/04, foi prevista a instalação do Conselho Nacional do Ministério Público no prazo de cento e oitenta dias a contar da promulgação da emenda, devendo a primeira indicação ou escolha de seus membros esgotar-se no prazo de 150 dias da promulgação da emenda. Observe-se que, nos termos do § 3º, do art. 103-B, da Constituição Federal, não efetuadas, no prazo legal, as indicações previstas neste artigo, caberá a escolha ao Ministério Público da União.[810]

B. Atribuições do Conselho Nacional do Ministério Público

A EC nº 45/04 concedeu ao Conselho Nacional do Ministério Público a elevada função de realizar o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, estabelecendo constitucionalmente suas atribuições.

Dessa forma, compete ao Conselho Nacional do Ministério Público:

- zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;[811]
- zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato

cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas;

- receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção ou a disponibilidade e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;[812]
- rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano;
- elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias sobre a situação do Ministério Público no país e as atividades do Conselho, o qual deve integrar a mensagem prevista no art. 84, XI.

Para garantir maior efetividade na atuação do Conselho Nacional do Ministério Público, a EC nº 45/04 previu a criação pela União e dos Estados de ouvidorias do Ministério Público, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Ministério Público, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional do Ministério Público.

Em relação aos limites de atuação do Conselho Nacional do Ministério Público, conferir, neste capítulo, item 4.4.5-E – Limites de Atuação do Conselho Nacional de Justiça, de integral aplicação à hipótese.

Nos termos do art. 102, I, *r*, da Constituição Federal, competem originariamente ao Supremo Tribunal Federal as ações movidas contra atos do Conselho Nacional do Ministério Público.[813] Em idêntica interpretação conferida em relação ao CNJ, o Supremo Tribunal Federal havia pacificado

que somente os processos e julgamentos das ações "tipicamente constitucionais" (mandados de segurança, de injunção, *habeas data* e *habeas corpus)* contra atos do CNMP seriam de sua competência originária. Em relação às demais ações ordinárias, a competência para o ajuizamento deveria seguir as normas processuais comuns.[814] Ambas as turmas do STF, porém, vêm aceitando a competência originária da Corte em ações originárias, além daquelas definidas como "tipicamente constitucionais" e que, inicialmente, estavam sendo propostas perante a primeira instância, para evitar o esvaziamento da função institucional tanto do CNJ, quanto do CNMP.[815]

A tendência da Corte em afastar a autorrestrição imposta à sua própria competência foi confirmada em julgamento plenário, em que se definiu que, "nos termos do artigo 102, I, *r*, da Constituição Federal, é competência do Supremo Tribunal Federal, processar e julgar, originalmente, todas as ações ajuizadas contra decisões do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público proferidas no exercício de suas competências constitucionais, respectivamente, previstas nos artigos 103-B, § 4º, e 130-A, § 2º".[816]

5.14 Ministério Público junto aos Tribunais de Contas

O art. 73, § 2º, I, da Constituição Federal prevê a existência de um Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, sendo que em seu art. 130, a Carta Maior determina que aos membros desse Ministério Público devem ser aplicados os direitos, vedações e forma de investidura previstas aos demais membros do Ministério Público.[817]

Muito se discutiu sobre a configuração jurídico-institucional desse Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, basicamente se estaria dentro da estrutura orgânica do Ministério Público da União e,

consequentemente, sob a chefia do Procurador-Geral da República ou se estaria estruturalmente ligado ao próprio Tribunal de Contas da União, sem, portanto, qualquer vínculo com o Ministério Público da União. A Lei nº 8.443/92, que dispõe sobre a organização do Tribunal de Contas da União, adotando essa segunda posição, criou em seu Capítulo VI (arts. 80 a 84), o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, prevendo a aplicação dos princípios institucionais da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional. A própria lei estipulou a composição desse Ministério Público: um procurador-geral, três subprocuradores-gerais e quatro procuradores. O ingresso na carreira far-se-á no cargo de procurador, mediante concurso de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil, e a nomeação pelo Presidente da República observará a ordem de classificação.

Em defesa da primeira posição, os artigos do Capítulo VI da Lei nº 8.443/92 tiveram sua inconstitucionalidade arguida pelo Procurador-Geral da República, sob o fundamento da impossibilidade de existência de um novo Ministério Público, que não se incluísse como ramo do Ministério Público da União, exclusivamente para atuar junto ao Tribunal de Contas da União.

O Supremo Tribunal Federal, decidindo essa relevante questão, entendeu que o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União é Instituição que não integra o Ministério Público da União, cujos ramos estão taxativamente inscritos no rol do art. 128, inciso I, da Constituição Federal, declarando a constitucionalidade da referida lei, por entender possível a vinculação administrativa desse Ministério Público ao próprio Tribunal de Contas da União. Assim, como manifestou-se o Pretório Excelso,

> “O Ministério Público que atua perante o TCU qualifica-se como órgão de extração constitucional, eis que a sua existência jurídica

> resulta de expressa previsão normativa constante da Carta Política (art. 73, § 2º, I e art. 130), sendo indiferente, para efeito de sua configuração jurídico-institucional, a circunstância de não constar do rol taxativo inscrito no art. 128, I, da Constituição Federal, que define a estrutura orgânica do Ministério Público da União. O Ministério Público junto ao TCU não dispõe de fisionomia institucional própria e, não obstante as expressivas garantias de ordem subjetiva concedidas aos seus Procuradores pela própria Constituição (art. 130), encontra-se consolidado na *intimidade estrutural* dessa Corte de Contas, que se acha investida – até mesmo em função do poder de autogoverno que lhe confere a Carta Política (art. 73, *caput*, *in fine*) – da prerrogativa de fazer instaurar o processo legislativo concernente à sua organização, à sua estruturação interna, à definição do seu quadro de pessoal e à criação dos cargos respectivos."[818]

Em virtude da vinculação à estrutura do Tribunal de Contas, o STF entendeu que o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas não detém autonomia jurídica e iniciativa legislativa para as leis que definam sua estrutura organizacional.[819]

O STF entende que o art. 75 da CF, enquanto norma de organização e composição do Tribunal de Contas da União, é de extensão obrigatória aos Estados-membros, em relação aos seus respectivos Tribunais de Contas,[820] assim, já decidiu, em relação aos Ministérios Públicos junto aos Tribunais de Contas dos Estados, a relevância da arguição de inconstitucionalidade, perante o art. 130 da Constituição Federal, de lei complementar estadual que determinou o funcionamento, junto ao Tribunal de Contas, *de órgão do Ministério Público estadual.*[821]

Discordamos do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal em relação aos Ministérios Públicos que devem atuar junto aos

Tribunais de Contas Estaduais, uma vez que a Constituição Federal somente consagra em nível estadual um único Ministério Público, uno e indivisível, e, diferentemente do previsto no art. 73, § 2º, I, da CF em relação ao Tribunal de Contas da União, a Carta Maior não faz menção à existência de um Ministério Público junto aos Tribunais de Contas dos Estados.

Dessa forma, cada um dos Estados-membros, no exercício de seu poder constituinte derivado decorrente – caracterizador da existência, autonomia e manutenção de uma Federação – deverá estabelecer em sua Constituição Estadual a configuração jurídico-institucional do *Parquet* que atuará perante o Tribunal de Contas do Estado e do Município, quando existir.

Assim, por exemplo, a Seção I, do Capítulo V, do Título II, da Constituição do Estado de São Paulo, prevê como integrantes do próprio Ministério Público estadual os membros que atuem junto ao Tribunal de Contas (art. 94, VI). Além disso, ressalte-se, a inexistência, na previsão da Constituição paulista, de um dos argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal ao considerar o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União como uma instituição a ele ligada, qual seja, o já citado art. 73, § 2º, I, que estipula: "Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos: um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e *membros do Ministério Público junto ao Tribunal,* indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento."

Diferentemente, a Constituição do Estado de São Paulo, em seu art. 31, § 2º, não prevê qualquer participação dos membros do Ministério Público na composição do Tribunal de Contas do Estado. Anote-se, ainda, que a Seção VI, do Capítulo II, ao Título II, da Constituição paulista, ao disciplinar o Tribunal de Contas do Estado, em momento algum refere-se à existência de um Ministério Público exclusivamente com atribuições junto ao Tribunal de Contas do Estado.

Concluímos, portanto, pela possibilidade de o Estado-membro disciplinar em sua Constituição estadual qual o Ministério Público que atuará perante o Tribunal de Contas do Estado; observando, porém, que esse posicionamento é absolutamente afastado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

6 ADVOCACIA PÚBLICA

A Advocacia Pública 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 – prevendo o ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição mediante concurso público – e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.[822]

A Constituição Federal de 1988, já não era sem tempo, rompeu a tradição existente da representação judicial da União ser exercida pelo Ministério Público, transformando-o em defensor da sociedade e criando uma instituição diretamente ligada ao Poder Executivo para exercer esse importante mister.

A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República, entre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, prevendo a necessária relação de confiança entre representado (Presidente, como Chefe do Executivo Federal) e representante, que justifica a livre escolha.

Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal exercerão, com exclusividade,[823] a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas e serão organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, trazendo a Emenda Constitucional nº 19/98 a novidade da obrigatoriedade da

participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas suas fases. Aos procuradores será assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias,[824] ressalvada a situação daqueles que já se encontrassem em estágio probatório à época da promulgação da Emenda Constitucional nº 19/98, aos quais será assegurado o prazo de dois anos de efetivo exercício para aquisição da estabilidade, nos termos do art. 28 da citada EC nº 19/98.

Aplicam-se à Advocacia Pública as normas remuneratórias previstas no art. 39, § 4º, e os teto e subteto previstos pelo inciso XI, do art. 37, com sua redação dada pela EC nº 41/03. Observe-se, porém, que o STF entendeu ser possível o recebimento de verba de honorários de sucumbência por advogados públicos cumulada com subsídio, desde que respeitado o teto constitucional do funcionalismo público.[825]

Ressalte-se, porém, que o art. 132 da Constituição Federal confere às Procuradorias dos Estados atribuições para as atividades de consultoria jurídica e representação judicial das respectivas unidades federadas, aí se compreendendo apenas a administração pública direta, autárquica e Fundacional; não sendo possível essa mesma representação de entes de direito privado do âmbito da administração, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, afirmando que “a atuação de órgãos da Advocacia Pública em prol de empresas públicas e sociedades de economia mista, além de descaracterizar o perfil constitucional atribuído às Procuradorias dos Estados, implicaria favorecimento indevido a entidades que não gozam do regime jurídico de Fazenda Pública, em afronta ao princípio constitucional da isonomia”.[826]

7 ADVOCACIA

A Constituição de 1988 erigiu a princípio constitucional a indispensabilidade e a imunidade do advogado, prescrevendo em seu art. 133: "O advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei." Tal previsão coaduna-se com a necessária intervenção e participação da nobre classe dos advogados na vida de um Estado democrático de direito e, como salientado pelo Supremo Tribunal Federal, "na aplicação e defesa da ordem jurídica, razão pela qual o constituinte o proclamara indispensável à administração da Justiça".[827]

7.1 Indispensabilidade do advogado

O princípio constitucional da indispensabilidade da intervenção do advogado, previsto no art. 133 da Carta Maior, não é absoluto. Assim, apesar de constituir fator importantíssimo a presença do advogado no processo, para garantia dos direitos e liberdades públicas previstos na Constituição Federal e em todo o ordenamento jurídico, continua existindo a possibilidade excepcional da lei outorgar o *ius postulandi* a qualquer pessoa, como já ocorre no *habeas corpus* e na revisão criminal.[828]

Assim, a revisão criminal, mesmo após a Constituição Federal de 1988, independe de subscrição de advogado, quando requerida pessoalmente pelos legitimados, segundo o art. 623 do Código de Processo Penal. Porém, se for requerida por procurador, este há de ser advogado.[829] O mesmo ocorre com o *habeas corpus,* pois sua interposição há que ser feita à luz do princípio do direito de defesa assegurada constitucionalmente (art. 5º, LX) que inclui, sem sombra de dúvida, o direito à autodefesa.[830]

Igualmente, o Supremo Tribunal Federal, em relação à desnecessidade da presença de advogado nos Juizados Especiais, entendeu que "a presença do advogado em certos atos judiciais pode ser dispensada".[831]

O advogado deve comprovar sua efetiva habilitação profissional, demonstrando a regularidade de sua inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, sob pena de inexistência dos atos processuais praticados,[832] tendo declarado o Supremo Tribunal Federal a plena constitucionalidade da exigência do denominado "exame da OAB" para o exercício da profissão, pela presença do juízo de proporcionalidade em "assegurar que as atividades de risco sejam desempenhadas por pessoas com conhecimento técnico suficiente, de modo a evitar danos a coletividade", e, dessa forma, "a aprovação do candidato seria elemento a qualificá-lo para o exercício profissional", pois o "exame da OAB atestaria conhecimentos jurídicos, o que seria congruente com o fim pretendido pela realidade brasileira".[833]

A OAB – Ordem dos Advogados do Brasil, conforme consagrou o Supremo Tribunal Federal, "é um *serviço público independente*, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se têm referido como 'autarquias especiais' para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas 'agências'. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não vinculação é formal e materialmente necessária. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça (art. 133 da CB/88). É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público. A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional".[834]

7.2 Imunidade do advogado

A inviolabilidade do advogado, por seus atos e manifestações no exercício da profissão, não é absoluta, sujeitando-se aos limites legais,[835] pois como decidiu o Superior Tribunal de Justiça,

> "seria odiosa qualquer interpretação da legislação vigente conducente à conclusão absurda de que o novo Estatuto da OAB teria instituído, em favor da nobre classe dos advogados, imunidade penal ampla e absoluta, nos crimes contra a honra e até no desacato, imunidade essa não conferida ao cidadão brasileiro, às partes litigantes, nem mesmo aos juízes e promotores. O nobre exercício da advocacia não se confunde com um ato de guerra em que todas as armas, por mais desleais que sejam, possam ser utilizadas".[836]

Analisando a referida imunidade, o Superior Tribunal de Justiça ainda concluiu que

> "os advogados prestam importante serviço e contribuição para o bom exercício da Justiça, sendo natural que, no exercício regular da atividade, o façam, até, com ardor e veemência. Nunca, porém, deixando de lado o essencial, que é a defesa da causa, para uma luta contra o colega adverso, ou contra o representante do Ministério Público, ou ofendendo a honra, desabusada e desnecessariamente, fora dos limites da causa ou da defesa de direitos e prerrogativas de que desfrutam".[837]

O Supremo Tribunal Federal declarou parcialmente inconstitucional o § 2º do art. 7º da lei ("O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem

prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer"), determinando a exclusão do termo *desacato*, uma vez que entendeu que a referida estaria criando "situação de desigualdade entre o juiz e o advogado, retirando do primeiro a autoridade necessária à condução do processo".[838]

Saliente-se, portanto, que haverá excesso impunível se a ofensa irrogada for vinculada à atividade funcional e pertinente à pretensão que esteja o advogado defendendo em juízo. A imunidade inexistirá quando a ofensa for gratuita, desvinculada do exercício profissional e não guardar pertinência com a discussão da causa.[839]

Ressalte-se, ainda, que a imunidade profissional do advogado não alcança abusos cometidos em entrevistas aos meios de comunicação.[840]

8 DEFENSORIA PÚBLICA

A Constituição Federal previu, ainda, a criação, instalação e funcionamento da Defensoria Pública, como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados – pessoas físicas ou jurídicas[841] –, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal,[842] inclusive possuindo legitimidade para propor ação civil pública, na defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.[843] Para o exercício de suas importantes atribuições processuais, o STF entende pela necessidade de intimação pessoal do Defensor Público.[844] O Supremo Tribunal Federal entendeu, ainda, "ser constitucional lei complementar estadual que, desde que observados os parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, confere à Defensoria Pública a prerrogativa de requisitar, de quaisquer autoridades públicas e de

seus agentes, certidões, exames, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e demais providências necessárias ao exercício de suas atribuições. Defensoria pública estadual e poder de requisição".[845]

O Congresso Nacional, através de Lei Complementar (LCs nos 80, de 12-1-1994 e 132, de 7-10-2009), organizou a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios, e prescrevendo as normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.[846]

O Supremo Tribunal Federal, no Tema 1074 de Repercussão Geral, definiu ser "inconstitucional a exigência de inscrição do Defensor Público nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil".[847]

A Corte entendeu que "o art. 134, § 1º, da Constituição Federal, ao outorgar à lei complementar a organização da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, e a edição de normas gerais organizacionais para as Defensorias Públicas dos Estados, vedou expressamente o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. A exigência prevista na Lei Complementar 80/94, de que o candidato ao cargo de defensor público deve comprovar sua inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil OAB, não conduz à inarredável conclusão de que o Defensor Público deve estar inscrito nos registros da entidade. O art. 4º, § 6º, da Lei Complementar 80/94, na redação dada pela Lei Complementar 132/09, dispõe que a capacidade postulatória do defensor decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público, para se dedicar unicamente à nobre missão institucional de proporcionar o acesso dos assistidos à ordem jurídica justa", concluindo que "Logo, o Defensor Público submete-se somente ao regime próprio da Defensoria Pública, sendo inconstitucional a sua sujeição também ao Estatuto da OAB".

Nos termos do art. 22 do ADCT, o texto constitucional assegurou, de forma excepcional e taxativa, aos defensores públicos investidos na função até a data de instalação da Assembleia Nacional Constituinte o direito de opção pela carreira, com a observância das garantias e vedações previstas no art. 134, parágrafo único, da Constituição.[848]

A EC nº 45/04 fortaleceu as Defensorias Públicas Estaduais, assegurando-lhes autonomia funcional e administrativa, não sendo, portanto, possível sua subordinação administrativa aos Governadores estaduais[849] ou quaisquer de seus órgãos[850] e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias.[851] Essas garantias, inclusive quanto à autonomia em relação ao chefe do Poder Executivo, foram estendidas às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal pela EC nº 74, de 6 de agosto de 2013.[852]

Posteriormente, a EC nº 80, de 4 de junho de 2014, estabeleceu como princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, determinando a aplicação, no que couber, dos dispositivos previstos para a Magistratura, no art. 93 e no inciso II do art. 96 da Constituição Federal.

O número de defensores públicos na unidade jurisdicional deverá ser proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população.

A autonomia da Defensoria Pública impossibilita a determinação de convênio obrigatório com a OAB. Como destacou o STF, a Constituição Federal veda a ideia de monopólio da OAB, da mesma forma que incentiva a ideia de convênios, se forem necessários para o cumprimento de sua função constitucional, porém com a coordenação da própria Defensoria Pública.[853]

Observe-se, ainda, que a alegação de situação excepcional, não permite a contratação temporária de advogados para o exercício das funções de defensor público, pois somente a realização de concursos públicos de

provas e títulos, para o provimento e estruturação da carreira em cargos de provimento efetivo garante, como proclamado pelo Supremo Tribunal Federal, “a independência técnica das Defensorias, a se refletir na boa qualidade da assistência a que têm direito as classes mais necessitadas”.[854]

A EC 80/14 estabeleceu, ainda, que, no prazo de 8 (oito) anos de sua publicação, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais.

A previsão constitucional da Defensoria Pública, como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, não impede que os Municípios instituam assistência judiciária gratuita à população carente, pois, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, trata-se de “competência comum dos entes federados para combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização e para promover a integração social dos setores desfavorecidos”.[855]

[1] Nuno Piçarra faz detalhado estudo sobre a falência da ideia de tripartição rígida de poderes e sua substituição por uma *teoria geral das funções estatais* (*A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional.* Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 264).

[2] MARTINS, Ives Gandra da Silva. *A constituição...* Op. cit. p. 187.

[3] CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Os poderes do...* Op. cit. p. 71.

[4] ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 135.

[5] MELO, José Tarcizio de Almeida. *Direito...* Op. cit. p. 46.

[6] CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*? Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

[7] MONTESQUIEU, C. L. S. *O espírito das leis*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 25-26.

[8] FAYT, Carlos S. *Supremacía constitucional e independencia de los jueces*. Buenos Aires: Depalma, 1994. p. 2.

[9] CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo no Estado contemporâneo e na constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 26.

[10] BANDRÉS, José Manuel. *Poder judicial y constitución.* Barcelona: Casa Editorial, 1987. p. 48.

[11] MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *A Constituição brasileira de 1988*: interpretações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 261-262.

[12] RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Direito constitucional*: instituições de direito público. Trad. de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 301.

[13] Atualmente com 513 Deputados Federais.

[14] Atualmente com 81 Senadores da República.

[15] CF, art. 57, § 2º. A sessão legislativa não será interrompida sem a aprovação do projeto de lei de diretrizes orçamentárias.

[16] Conferir, nesse sentido: LASKI, Harold Joseph. *The American presidency*: an interpretation. London: George Allen & Unwin, (s.d.). p. 118; ROSTOW, Eugene V. President, prime minister or constitutional monarch. The American Journal of International Law, Washington, ano 4, v. 83, Oct. 1989, p. 748; FINCHER, Ernest

Barksdale. *The president of the United States*. New York: Abelard-Schuman, 1955. p. 92.

[17] Nesses termos o Ato Convocatório, de 9-1-1997, realizado pelos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, *aditando* a pauta de convocação extraordinária que já havia sido determinada pelo Presidente da República (*Diário Oficial*, Seção I, Atos do Congresso Nacional, 10-1-1997, capa).

[18] Cf. sobre composição de Mesa legislativa: STF – Pleno – MS nº 22.183-6 – Rel. p/Acórdão: Min. Maurício Corrêa, *Diário da Justiça*, Seção I, 12 dez. 1997, p. 65.569. Conferir, ainda, no sentido da impossibilidade de recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente: *RTJ* 119/964; *RTJ* 163/52.

[19] STF – Pleno – ADI 6524/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento virtual finalizado em 14-12-2020.

[20] STF – Adin 793/RO – Informativo nº 65; Adin 792/RJ – Rel. Min. Moreira Alves – *Informativo STF*, nº 73. Saliente se que o STF entendeu que "A norma do § 4º do art. 57 da CF que, cuidando da eleição das Mesas das Casas Legislativas federais, veda a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente, não é de reprodução obrigatória nas Constituições dos Estados-membros, porque não se constitui num princípio constitucional estabelecido" (*RTJ* 163/52). No mesmo sentido: STF – Pleno – Adin nº 2.262/MA e Adin nº 2.292/MA – Rel. Nelson Jobim, 6-9-2000. *Informativo STF* nº 201.

[21] STF – Pleno – ADI 6706/MA, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 27-09-2021; ADIs 6685 e 6699/MA, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamentos virtuais finalizados em 24-9-2021; ADI 6720/AL e ADI 6722/RO, Rel. Min. Roberto Barroso, julgamentos virtuais finalizados em 24-9-2021; ADI 6684/ES, ADI 6707/ES, ADI 6709/TO e ADI 6710/SE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Red. P/acórdão Min. Gilmar Mendes, julgamentos virtuais finalizados em 17-9-2021.

[22] Reeleição ou recondução de membros de Mesa Diretora de Assembleias Legislativas – ADI 6688/PR, ADI 6698/MS, ADI 6714/ PR, ADI 7016/MS, ADI 6683/AP, ADI 6686/PE, ADI 6687/PI, ADI 6711/PI e ADI 6718/AP.

[23] *RTJ* 119/964; *RTJ* 153/105.

[24] A Emenda Constitucional nº 19/98 acresceu um inciso XV ao art. 48, com a seguinte redação: "Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: XV – fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, por lei de

iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I." A EC nº 32/01 alterou a redação dos incisos X e XI do citado art. 48. Posteriormente, a EC nº 41/03 deu nova redação ao inciso XV, do art. 48 ("*fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º; 150, II; 153, III; e 153, § 2º, I"*), revogando a denominada *iniciativa conjunta*. Por fim, a Emenda Constitucional nº 69, de 29 de março de 2012, incluiu a organização administrativa da Defensoria Pública do Distrito Federal entre as matérias a serem regulamentadas por meio de lei federal.

[25] A Emenda Constitucional nº 19/98 alterou a redação dos incisos VII e VIII, que passaram a vigorar: "Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) VII – fixar idêntico subsídio para os Deputados Federais e os Senadores, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I; VIII – fixar os subsídios do Presidente e do Vice-presidente da República e dos Ministros de Estado, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I."

[26] Povo = conjunto de brasileiros natos e naturalizados (CF, art. 12).

[27] Lei Complementar nº 78, de 30-12-1993; Cf. em relação à necessidade de regulamentação do art. 45, § 1º, da CF, por lei complementar: STF – *RTJ* 161/739.

[28] STF – Pleno – ADI 4947/DF, ADI 5020/DF, ADI 5028/DF, ADI 5130 MC/CF – Rel. orig. Min. Gilmar Mendes, red. p/Acórdão, Min. Rosa Weber e ADI 4963/PB e ADI 4965/PB, Rel. Min. Rosa Weber, julgamento 25-6-2014 e 1º-7-2014.

[29] STF – MS 26.604, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 4-10-2007, Plenário, *DJE* de 3-10-2008.

[30] FERREIRA, Pinto. *Código eleitoral comentado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 154.

[31] NOHLEN, Dieter. *Sistemas electorales del mundo.* Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1981. p. 90.

[32] DUVERGER, Maurice. *Instituciones políticas y derecho constitucional.* Barcelona: Ariel, 1962. p. 102.

[33] SARTORI, Giovanni. *Engenharia constitucional*: como mudam as constituições. Brasília: UnB, 1996. p. 86.

[34] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...* Op. cit. p. 295.

[35] População = Povo + estrangeiros e apátridas.

[36] O art. 4º, § 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, assegurou a *irredutibilidade* da representação dos Estados e do Distrito Federal na Câmara dos Deputados à época da promulgação da Constituição Federal.

[37] TSE – Pleno – Resolução nº 22.134 – Petição nº 1.642 – Classe 18ª – Amazonas (Manaus) – Rel. designado Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 17 maio 2006, p. 109.

[38] TSE – Pleno – Rv Eleitorado nº 499/MA – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 jun. 2006, p. 133; TSE – Pleno – Rv Eleitorado nº 491/PR – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 jun. 2006, p. 61.

[39] Como decidiu o Supremo Tribunal Federal, "o sistema de representação proporcional, por constituir conceito jurídico indeterminado, depende, para sua implementação, de prévia definição normativa a ser estabelecida pelo legislador ordinário no exercício do poder de regulação que lhe foi atribuído pelo ordenamento constitucional" (STF – Pleno – Rextr. nº 140.543-1/RO – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 fev. 1995, p. 1.750).

[40] DUVERGER, Maurice. *Instituciones...* Op. cit. p. 106.

[41] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional.* 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 172.

[42] Para solucionar esse problema, existem diversos métodos no direito comparado, sendo os mais utilizados: *critério da melhor média, critério dos restos maiores* e *critério Hondt.* Cf. DUVERGER, Maurice. *Instituciones....* Op. cit. p. 108 ss; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...* Op. cit. p. 296. Dieter Nohlen aponta diversos outros critérios, tais como método Hagenbach-Bischoff, *método de Hare, método imperiali, método St. Lague*, entre outros (*Sistemas...* Op. cit. p. 128 ss).

[43] Conferir nesse sentido: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional.* 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 172.

[44] STF – Pleno – ADI 5420, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 4-3-2020; STF – Pleno – ADI 5947, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 4-3-2020; STF – Pleno – ADI 5920, Rel. Min. Luiz Fux, j. 4-3-2020.

[45] Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, promulgada em 4-6-1998 e publicada no *Diário Oficial da União* em 5-6-1998. Ressalte-se que o art. 34 da própria Emenda Constitucional estabeleceu que sua entrada em vigor seria na data de sua promulgação.

[46] STF – Pleno – MS 30260/DF – Rel. Min. Carmen Lúcia, decisão: 27-4-2011.

[47] Cf. CAMARGO, Heloisa Helena Tartarotti; KAIN, Maria de Lourdes de Medeiros. O Senado como controlador externo. *Revista de Informação Legislativa*, nº 125, p. 207, Brasília: Senado Federal, 1995.

[48] Art. 52, I, com redação dada pela EC nº 23, promulgada em 2-9-1999.

[49] Art. 52, II, com redação dada pela EC nº 45/04.

[50] Art. 52, XIII, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, promulgada em 4-6-1998 e publicada no *Diário Oficial da União* em 5-6-1998. Ressalte-se que o art. 34 da própria Emenda Constitucional estabeleceu que sua entrada em vigor seria na data de sua promulgação.

[51] Art. 52, XV, com redação dada pela EC nº 42, promulgada em 19 de dezembro de 2003 e publicada no *DOU* de 31-12-2003.

[52] STF, Pleno, MS 27613/ED, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão: 1º-7-2010.

[53] TSE, Recurso 11.916 – Classe 4ª – Paraná (Almirante Tamandaré) – Rel. Min. Torquato Jardim, decisão: 9-5-1995.

[54] STF, Inq. 3525/SP, Rel. Min. Celso de Mello, *DJe*-174, 4-9-2012; STF, Pleno, MS 21266/DF, Rel. Min. Célio Borja, *DJ* 22-10-93, p. 22.243; STF, Pleno, RE 120.133/MG, Rel. Min. Maurício Corrêa; STF, Pleno, MS 21.239/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

[55] STF, Pleno, AgRg no Inq. 2.453-8/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJ* de 29-6-2007.

[56] STF, Pleno, MS 30459 MC/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão: 17-3-2011.

[57] STF, Pleno, MS 2342/DF, decisão: 28-10-53.

[58] STF – Pleno – ADI 4700/DF, Rel. Gilmar Mendes, julgamento virtual finalizado em 13-12-2021.

[59] O STF entendeu constitucional a limitação regimental em cinco CPIs em funcionamento, simultaneamente, na Casa Legislativa, por entender compatível com a previsão constitucional de auto-organização da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (STF – Pleno – Adin nº 1.635-1/DF – Rel. Min. Maurício Corrêa, *Diário da Justiça*, Seção I, 5 mar. 2004, p. 13).

[60] Criação do art. 6º-A na Lei nº 1.579/52 pela Lei nº 13.367/16 – “Art. 6º-A. A Comissão Parlamentar de Inquérito encaminhará relatório circunstanciado, com suas conclusões, para as devidas providências, entre outros órgãos, ao Ministério Público ou à Advocacia-Geral da União, com cópia da documentação, para que

promovam a responsabilidade civil ou criminal por infrações apuradas e adotem outras medidas decorrentes de suas funções institucionais".

[61] Não é possível por lei estadual a Assembleia Legislativa estabelecer obrigações ao Ministério Público e ao Poder Judiciário referentes às conclusões das Comissões Parlamentares de Inquérito (STF – ADI 3041/RS – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão: 10-11-2011).

[62] *RTJ* 163/176.

[63] STF – Pleno – HC nº 71.231/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça,* Seção I, 31 out. 1996, p. 42.014. Nesse sentido, decidiu o STF, realçando o prazo fatal correspondente ao término da legislatura: STF – Pleno – HC nº 71.193-6/SP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – *Diário da Justiça*, Seção 1, 23 mar. 2001, p. 85.

[64] STF – Pleno – MS 24831/DF; MS 24845/DF; MS 24846/DF; MS 24847/DF; MS 24848/DF; MS 24849/DF, Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 22-6-2005 – *Informativo STF* nº 393, p. 1 (trata-se da CPI dos Bingos); STF – Pleno – MS 37760 MC-Ref/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 14-4-2021. Nesse mesmo sentido, entendendo bastar o requerimento de 1/3, sem a necessidade de deliberação da maioria, conferir: MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 65; PACHECO, Cláudio. *Tratado das constituições brasileiras.* 1965. v. 5, p. 355, apud parecer da Procuradoria-Geral da República oferecido na *RFPR* nº 1.183-6/PB. Em sentido contrário, apontando a necessidade de aprovação do requerimento pela maioria dos membros da Casa Legislativa: HORTA, Raul Machado. Limitações constitucionais dos poderes de investigação. *Revista de Direito Público*, nº 5, 1968.

[65] STF – Pleno – Adin nº 3.619/SP – Rel. Min. Eros Grau.

[66] SANTAOLLA, Fernando. *El parlamento y sus instrumentos de información.* Madri: Edersa, 1982. p. 61.

[67] Ressalte-se que uma exceção a essa regra da inexistência do juiz-investigador foi prevista na Lei nº 9.034/95, que dispõe sobre o combate ao crime organizado, permitindo ao juiz a realização pessoal de atividades investigatórias. O Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, indeferiu medida liminar contra a referida lei, entendendo ser possível a previsão legal de poderes investigatórios aos magistrados, por inexistir monopólio da polícia judiciária, bem como afirmou que a coleta de provas por parte do magistrado não significa uma antecipação do juízo condenatório (STF – Pleno – Adin nº 1.517/DF – Rel. Min. Maurício Corrêa, *Informativo STF* nº 6). Porém, no

mérito e por maioria de votos, julgou parcialmente procedente a ação direta, declarando essa possibilidade inconstitucional "por ofensa ao princípio do devido processo legal, por entender que a coleta pessoal de provas desvirtua a função do juiz, de modo a comprometer a imparcialidade deste no exercício da prestação jurisdicional" (STF – Pleno – Adin nº 1570/DF – Rel. Min. Maurício Corrêa, decisão: 12-2-2004, *Informativo STF* nº 336).

[68] CAMPOS, Francisco. Comissão parlamentar de inquérito – poderes do congresso – direitos e garantias individuais. *Revista Forense* nº 195. p. 86.

[69] Cf. nesse sentido: VELLOSO, Carlos Mário da Silva. As comissões parlamentares de inquérito e o sigilo das comunicações telefônicas. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 26.

[70] Conforme definiu o STF: "Por uma necessidade funcional, a comissão parlamentar de inquérito não tem poderes universais de investigação, mas limitados a fatos determinados, o que não quer dizer não possa haver tantas comissões quantas as necessárias para realizar as investigações recomendáveis, e que outros fatos, inicialmente imprevistos, não possam ser aditados aos objetivos da comissão de inquérito, já em ação" (STF – HC nº 71.039/RJ – Rel. Min. Paulo Brossard, decisão: 7 abr. 1994). Conferir, também, *RTJ* 163/626.

[71] STF – HC nº 71.039/RJ – Rel. Min. Paulo Brossard, decisão: 7 abr. 1994. Conferir, também, *RTJ* 163/626. O mesmo ocorre na Espanha, como destaca Rubio ao apontar a excepcionalidade dos inquéritos parlamentares e a necessidade de "trabalho concreto, objeto determinado e interesse público" (RUBIO, Ricardo Medina. *La función constitucional de las comisiones parlamentarias de investigación.* Madri: Civitas. p. 51).

[72] ROSA, Roberto. Limitações às comissões de inquérito do legislativo. *Revista de Direito Público*, nº 12, p. 58; COMPARATO, Fábio Konder. Comissão parlamentar de inquérito. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 10, p. 62. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral das comissões parlamentares:* comissões parlamentares de inquérito. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 140.

[73] *Watkins v. United States, 354 US 178 (1957*). Relator o *Chief Justice* Warren. *Vencido, o ministro Clark (8 × 1),* onde Watkins se recusara a responder perguntas relativas aos associados do Partido Comunista de 1942 a 1947.

[74] Nesse sentido: STF – Pleno – ADI nº 2911/ES – Rel. Min. Carlos Britto, decisão: 10-8-2006 – *Informativo STF* nº 435.

[75] Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal entendeu possível, dentro do âmbito de suas competências estaduais, a determinação de quebra de sigilo bancário por CPI de Assembleia Legislativa Estadual: STF – Pleno – ACO nº 730/RJ – Rel. Min. Joaquim Barbosa, *Informativo STF* nº 362, p. 3.

[76] Note-se que apesar de Portugal ser um Estado Unitário, possui regiões autônomas (Constituição portuguesa, art. 6º). Em relação a essas, Canotilho e Vital Moreira afirmam que "pouco compatível com a lógica constitucional é, igualmente, a possibilidade de inquéritos da AR (Assembleia da República) aos órgãos das regiões autônomas ou do poder local" (*Constituição da república portuguesa anotada.* 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 719).

[77] STF – Pleno – ADPF 848 MC-Ref/DF, Rel. Min. Rosa Weber, julgamento virtual finalizado em 25-6-2021.

[78] Nova redação do art. 2º da Lei nº 1.579/52, dada pela Lei nº 13.367/16 – "Art. 2º No exercício de suas atribuições, poderão as Comissões Parlamentares de Inquérito determinar diligências que reputarem necessárias e requerer a convocação de Ministros de Estado, tomar o depoimento de quaisquer autoridades federais, estaduais ou municipais, ouvir os indiciados, inquirir testemunhas sob compromisso, requisitar da administração pública direta, indireta ou fundacional informações e documentos, e transportar-se aos lugares onde se fizer mister a sua presença".

[79] Conforme decidiu o Ministro Nelson Jobim, "no exercício desses poderes, tais Comissões devem respeitar os mesmos limites formais a que estão submetidos os membros do Poder Judiciário, quando da instrução de processo criminal" (STF – Pleno – MS nº 79.790-3/SP – Rel. Min. Nelson Jobim, *Diário da Justiça*, Seção I, 26 nov. 1999, p. 137). Esse é o mesmo entendimento da Corte Suprema Norte-americana, que entende a possibilidade de invasão das liberdades individuais por parte dos inquéritos parlamentares, desde que de forma fundamentada, equilibrada e com extrema cautela (*Wieman v. Updegraff, 334 US 183 – 1952;* Sweezy *v. New Hampshire, 354 US 234 – 1957).*

[80] Nesse sentido, conferir STF – Pleno – MS nº 23.452/RJ – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 16-9-99 – *Informativo STF* nº 162, onde o Tribunal entendeu que "a CPI, ao exercer a competência investigatória prevista no art. 58, § 3º da CF, está sujeita às mesmas limitações constitucionais que incidem sobre as autoridades judiciárias, devendo, dessa forma, fundamentar as suas decisões (CF, art. 93, IX)". Conferir, ainda: STF – MS nº 23.971-9/DF – Rel. Min. Celso de Mello – *Diário da Justiça*, Seção 1, 5 jun. 2001, p. 37.

[81] Como relembra Roberto Rosas, em alguns casos os inquéritos parlamentares são iniciados por "*capricho ou perseguição política*" (*Limitações...* Op. cit. p. 58).

[82] Conforme decidiu a Corte Suprema Norte-americana, "O *Bill of Rights* é aplicável aos inquéritos parlamentares, do mesmo modo que a todas as outras formas de ação governamental" (*Watkins v. United States, 354 US 178 (1957*). Relator o *Chief Justice* Warren).

[83] Conferir: STF – Pleno – MS nº 23.468-7/DF – medida liminar – Rel. Min. Nelson Jobim, *Diário da Justiça*, Seção I, 24 jun. 1999, p. 8.

[84] STF – Pleno – MS nº 23.466-1/DF – medida liminar – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 22 jun. 1999, p. 31. STF – Pleno – MS nº 25890/DF – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 23-3-2006 – *Informativo STF* nº 420, Seção I, p. 2.

[85] VELLOSO, Carlos Mário da Silva. As comissões parlamentares de inquérito e o sigilo das comunicações telefônicas. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 53. No mesmo sentido: STF – "CPI E FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. O Tribunal indeferiu mandado de segurança impetrado contra ato do presidente da CPI do Narcotráfico que decretara a quebra do sigilo bancário, fiscal e telefônico do impetrante. Considerou-se não haver qualquer ilegalidade no ato impugnado, uma vez que a CPI exerceu a sua competência investigatória prevista no art. 58, § 3º, da CF, de forma fundamentada, cumprido o disposto no art. 93, IX, da CF" (STF – Pleno – MS 23.556/DF – Rel. Min. Octavio Gallotti, 14-9-2000. *Informativo STF* nº 202).

[86] RUBIO, Ricardo Medina. *La función constitucional de las comisiones parlamentarias de investigación.* Madri: Civitas. p. 77.

[87] STF – Pleno – HC nº 75.287-0 – medida liminar – Rel. Min. Maurício Corrêa, *Diário da Justiça*, Seção I, 30 abr. 1997, p. 16.302; STF – Pleno – HC nº 71.231/RJ – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 31 out. 1996, p. 42.014. Conferir, ainda, decisão do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador Dirceu de Mello, em sede de Suspensão de Execução de medida liminar nº 48.640.0/1 (31 de março de 1998), onde se salientou que "não emerge, do nosso ordenamento jurídico, a impossibilidade da comissão parlamentar de inquérito, regularmente constituída, convocar cidadãos, sob pena de condução coercitiva, para prestarem esclarecimentos a respeito de fatos diretamente relacionados com a matéria objeto da investigação. E, exatamente para legitimar tal atuação, dotou o Constituinte as comissões parlamentares de inquéritos de poderes de investigação próprios das autoridades

judiciais". Essa decisão monocrática foi confirmada por votação unânime em Sessão Plenária do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, no Agravo Regimental nº 48.640-0/3-01, Rel. Des. Dirceu de Mello (29 de abril de 1998), onde ficou salientado que "a manutenção da liminar, dispensando os impetrantes de prestarem esclarecimentos perante a Comissão Parlamentar de Inquérito, cerceia a atividade fiscalizadora que exerce o Poder Legislativo sobre os negócios que digam respeito à gestão da coisa pública, como é o caso da atividade que gira em torno de certas modalidades de *jogos de azar,* excepcionalmente admitidos pelo nosso ordenamento jurídico".

[88] *RTJ* 163/626.

[89] STF – Pleno – HC nº 79.244-8/DF – medida liminar – Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

[90] STF – HC nº 71.039/RJ – Rel. Min. Paulo Brossard, decisão: 7 abril 1994. Conferir, ainda: STF – Pleno – HC nº 71.261/RJ – Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Conferir, também, *RTJ* 163/626.

[91] STF – HC nº 71.039/RJ – Rel. Min. Paulo Brossard, decisão: 7 abril 1994. Conferir, também, *RTJ* 163/626.

[92] Conferir, a respeito, nosso artigo Direito ao silêncio e comissões parlamentares de inquérito. *Revista dos Tribunais* nº 766. p. 509. No sentido do texto, igualmente, afirmou o Ministro Marco Aurélio, em relação a oitiva de investigados pela CPI: "Não menos correto é estar ele protegido pela norma constitucional asseguradora do direito de ficar calado no tocante a indagações que possam, de alguma forma, incriminá-lo, independentemente da formalização, ou não, do compromisso de dizer a verdade" (STF – Pleno – HC nº 79.563-3/DF – medida liminar – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 14 out. 1999, p. 17). No mesmo sentido: STF – Pleno – HC nº 75.287-0 – medida liminar – Rel. Min. Maurício Corrêa, *Diário da Justiça*, Seção I, 30 abr. 1997, p. 16.302, STF – HC nº 87.021-0/DF – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 7 nov. 2005, p. 6.

[93] Esse direito é consagrado pela cláusula *privilege against self-incrimination,* na 5ª Emenda da Constituição Norte-americana. Igual previsão existe também no Pacto de São José da Costa Rica – Convenção Americana sobre Direitos Humanos que prevê, no art. 8º, § 2º, *g*, "o direito a toda pessoa acusada de delito não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada".

[94] STF – HC nº 71.039/RJ – Rel. Min. Paulo Brossard, decisão: 7 abril 1994. Conferir, também, *RTJ* 163/626.

[95] Idem.

[96] VELLOSO, Carlos Mário da Silva. As comissões parlamentares de inquérito e o sigilo das comunicações telefônicas. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 49.

[97] STF, HC 100.341, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 4-11-2010, Plenário, *DJE* de 2-12-2010.

[98] Como salientam Canotilho e Vital Moreira, "os inquéritos parlamentares têm por natureza, carácter instrumental, pois a sua função não consiste em julgar, mas sim habilitar a AR (Assembleia da República) com conhecimentos que podem, eventualmente, levar a tomar medidas (legislativas ou outras sobre o assunto inquirido). Estão, por isso, particularmente vocacionados como instrumento da função de fiscalização política da AR, designadamente na apreciação dos actos do Governo e da Administração" (*Constituição da República portuguesa anotada.* 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 719).

[99] STF – MS 30.906-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 5-10-2011, *DJE* de 10-10-2011; STF – Pleno – MS 23.469-DF, MS 23.435-DF e MS 23.471/DF – Rel. Min. Octavio Gallotti, decisão: 10-11-99 – *Informativo STF* nº 170. No mesmo sentido: STF – Pleno – MS nº 23.446/DF – Rel. Min. Ilmar Galvão, decisão: 18-8-99 – *Informativo STF* nº 158.

[100] CF, art. 5º, LXI – "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei".

[101] Conferir a respeito: MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 275-283.

[102] Conferir a respeito, *RTJ* 163/626, onde o STF decidiu que "Não configura o crime de falso testemunho, quando a pessoa, depondo como testemunha, ainda que compromissada, deixa de revelar fatos que possam incriminá-la."

[103] STF – Pleno – MS nº 23.466-1/DF – medida liminar – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 22 jun. 1999, p. 31.

[104] STF – Pleno – MS nº 23.576-4/DF – medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 7 dez. 1999, p. 62 e 63; STF – Pleno – MS nº 25.617-6/DF – medida cautelar – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça,* Seção I, 3-11-2005, p. 27; STF – Pleno – HC nº 87.021-0/DF – medida liminar – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça,* Seção I, 7-11-2005, p. 6; STF – MS nº 25923-0/DF – medida cautelar – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 3-4-

2006; STF – Medida cautelar em Mandado de Segurança nº 25.617-6/DF – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 3 nov. 2005, p. 27.

[105] STF – MS 30906 MC/DF – Rel. Min. Celso de Mello, *DJe* 10-10-2011.

[106] O Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência constitucional da cláusula de reserva jurisdicional, afirmando: "As Comissões Parlamentares de Inquérito não podem determinar a busca e apreensão domiciliar, por se tratar de ato sujeito ao princípio constitucional da reserva de jurisdição, ou seja, ato cuja prática a CF atribui com exclusividade aos membros do Poder Judiciário" (STF – Pleno – MS nº 23.642/DF – Rel. Min. Néri da Silveira, decisão: 29-11-2000 – *Informativo STF* nº 212. Conferir transcrições nos *Informativos STF* nºs 151, 162, 163).

[107] Restrição semelhante é encontrada na Lei Fundamental alemã, que em seu art. 44 prevê a impossibilidade de afetação pelas comissões de inquérito, do segredo de correspondência, das comunicações postais e das telecomunicações, além de prever que os tribunais e as autoridades administrativas são obrigados a prestar ajuda judicial e administrativa.

[108] CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada.* 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 720.

[109] Trecho de voto proferido como relator: STF – Pleno – MS nº 23.452-1/RJ – Rel. Min. Celso de Mello.

[110] Conferir, com extensa citação doutrinária nacional e estrangeira: BARROSO, Luís Roberto. Comissões parlamentares de inquérito – limite de sua competência – sentido da expressão constitucional poderes de investigação próprios das autoridades judiciais – inadmissibilidade de busca e apreensão sem mandado judicial. *Revista Forense*, nº 335, Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 173.

[111] STF – Pleno – MS nº 23.491-1/DF – medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 ago. 1999, p. 67; *RDA* 196/197; *RDA* 199/205.

[112] STF – Pleno – MS 23.469-DF, MS 23.435-DF e MS 23.471/DF – Rel. Min. Octavio Gallotti, decisão: 10-11-99 – *Informativo STF* nº 170; STF – Pleno – MS nº 23.446-6/DF – medida liminar – Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, Seção I, 21 jun. 1999, p. 27; STF – Pleno – MS nº 23.465-2/DF – medida liminar – Rel. Min. Maurício Corrêa, *Diário da Justiça*, Seção I, 25 jun. 1999, p. 25.

[113] Nesse sentido, conferir STF – HC nº 79.411/DF – Rel. Min. Octavio Gallotti, decisão: 15-9-99 – *Informativo STF* nº 162; STF – Pleno – HC nº 79.563-3/DF –

medida liminar – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 14 out. 1999, p. 17.

[114] STF – *RDA* 47/286.

[115] *RTJ* 163/626.

[116] STF – Pleno – HC nº 86.581-0/SP – Rel. Min. Ellen Gracie, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 maio 2006, p. 3.

[117] Como destacado por Roberto Rosa, "As comissões parlamentares de inquérito têm notável influência na vida política do país. No Brasil elas agem com um espírito elevado e consentâneo com suas finalidades. No entanto, é necessário não se permitir o extravasamento de suas funções, o abuso do poder inerente às comissões de inquérito" (Op. cit. p. 60).

[118] Conforme afirmou o Ministro Celso de Mello, "é essencial reconhecer que os poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito – precisamente porque não são absolutos – sofrem as restrições impostas pela Constituição da República e encontram limite nos direitos fundamentais do cidadão, que só podem ser afetados nas hipóteses e na forma que a Carta Política estabelecer" (STF – Pleno – MS nº 23.452-1/RJ – Rel. Min. Celso de Mello, decisão 16-9-99).

[119] POUND, Roscoe. *Liberdades e garantias constitucionais.* 2. ed. São Paulo: Ibrasa, 1976. p. 5.

[120] BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad.* Barcelona: Paidós, 1993. p. 117.

[121] MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direito constitucional interpretado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 37.

[122] PONDÉ, Lafayette. *Estudos de direito administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 205. Cf. ARAÚJO JR., João Marcelo de. O espaço jurídico-criminal dos tribunais de contas. Brevíssimas notas sobre o crime do art. 89 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 13, p. 172, 1996.

[123] STF – Medida Cautelar em ADI 4421/TO – Rel. Min. Dias Toffoli.

[124] Cf. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Requisitos para ministro e conselheiro de tribunal de contas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, nº 126, p. 113, 1995. Observe-se que, por vislumbrar ofensa à Súmula Vinculante 13 (vedação ao nepotismo), o STF suspendeu a nomeação de irmão de Governador de Estado para o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas (STF – Pleno – Rcl. 6702 AgR-MC/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 4-3-2009, *Informativo STF* nº 537).

[125] STF – Pleno – ADI 2117/DF – Rel. Min. Marco Aurélio, 27-8-2014.

[126] STF – Pleno – RE 717424/AL – Rel. Min. Marco Aurélio, 21-8-2014.

[127] Em relação às limitações constitucionais da atuação do TCU, conferir a decisão monocrática na ADPF 478 MC/DF, Relator Min. Alexandre de Moraes. 11-9-2017.

[128] STF – Pleno – MS nº 30788/MG – Rel. orig. Min. Marco Aurélio – Red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso – 21-5-2015 (MS-30788).

[129] Súmula STF no 347 – "O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público". Essa possibilidade, porém, é colocada em dúvida pelo Ministro Gilmar Mendes, ao afirmar que "a referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual", para concluir que "a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988" (MS nº 25888/MC – DF, *Diário da Justiça*, 29 mar 2006, p. 11).

[130] **Conferir, nesse sentido, decisão monocrática proferida na Medida Cautelar em Mandado de Segurança 35.410/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, 15-12-2017.**

[131] STF – MS nº 27.339-9/DF – Rel. Min. Menezes Direito, decisão: 26-5-2008; STF – Pleno – ADI 3.315/CE – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão: 6-3-2008.

[132] STF – Rextr. nº 179.461-5/DF – Rel. Min. Néri da Silveira, *Diário da Justiça*, Seção I, 22 mar. 1996, p. 8.204.

[133] O art. 16 ADCT refere-se ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, que auxiliará a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial. Também o art. 235, da Constituição Federal, refere-se à criação do Tribunal de Contas em Estados recém-criados.

[134] A Constituição Federal, no parágrafo único do art. 75, expressamente estabelece o número e a denominação dos Conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados: SETE.

[135] Observe-se que "O Município prejudicado é o legitimado para a execução de crédito decorrente de multa aplicada por Tribunal de Contas estadual a agente público municipal, em razão de danos causados ao erário municipal" (STF – Pleno

– Tema 642 RG – RE 1003433/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgamento virtual finalizado em 14-9-2021).

[136] BROSSARD, Paulo. Inelegibilidade fictícia. *Folha de S. Paulo*, 29 out. 1992*,* p. 1-23.

[137] REALE JR., Miguel. *Casos de...* Op. cit. p. 28-29; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direito constitucional interpretado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 48-49.

[138] STF – Pleno – ADPF 272/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 25-3-2021.

[139] STF – Pleno – Adin nº 849/MT, Rel. Min. Celso de Mello; *RTJ* 152/73-74; STF – Pleno – Adin nº 374/SP, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, 10 fev. 1993, p. 2.030; STF – Pleno – Adin nº 445/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, Brasília, 2 jun. 1993; *RTJ* 152/398-39.9.

[140] STF – Pleno – Adin nº 215/PB; Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça,* 3 ago. 1990, p. 7.234.

[141] STF, ADI 4643/RJ, Pleno, rel. Min. Luiz Fux, j. em 15.5.2019; STF – Medida Cautelar em ADI 4421/TO – Rel. Min. Dias Tóffoli; ADI 1994/ES – Rel. Min. Eros Grau; ADI 789/DF – Rel. Min. Celso de Mello.

[142] Excepcionalmente: STF – Adin nº 1.389-1/AP – v. u. – medida liminar – Rel. Min. Maurício Corrêa, *Diário da Justiça*, Seção I, 20 set. 1996, p. 34.531. EMENTA: "Medida Cautelar em Ação direta de inconstitucionalidade. Tribunal de Contas do Estado: Indicação para provimento do cargo de Conselheiro; Proporcionalidade. Constituição do Estado: §§ 3º e 4º e incisos I e II do art. 113; Lei Complementar Estadual nº 010/95: inciso III do art. 10 e parágrafo único do art. 100. Prerrogativa do chefe do Executivo Estadual para indicar e nomear conselheiros nos dez primeiros anos de criação do Estado. Exigência de requisitos não previstos pela Constituição Federal".

[143] Conferir a respeito: STF – ADI 3276, Rel. Min. Eros Grau, decisão: 2-6-2005; ADI 2884 – Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 20-5-05, ADI 2208, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 25-6-04.

[144] STF – Pleno – ADI nº 3255/PA – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 22-6-2006 – *Informativo STF* nº 432.

[145] STF – Pleno – ADI nº 1.994-5/ES – Rel. Min. Eros Grau, *Diário da Justiça*, Seção I, 27 set. 2006, p. 29.

[146] STF – Pleno – ADI nº 798-1/DF – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça,* Seção I, 19 dez. 1994. Conferir sobre o tema: Capítulo 10, item 5.14.

[147] STF – Pleno – Mandado de Segurança nº 21.466/DF – Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, 19 maio 1993, *RTJ* 153/151-152. Ver ainda, *RTJ* 141/1023 (medida liminar).

[148] *RTJ* 160/448. Em relação à possibilidade de o Tribunal de Contas da União determinar o bloqueio de bens de particulares, a 1ª Turma do STF afetou ao Plenário o julgamento de três mandados de segurança (MS 34392/DF, 34410/DF, 34421/DF – Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento: 17-10-2017).

[149] STF – Pleno – Rextr. nº 132.747/DF – Rel. Min. Marco Aurélio, *RTJ* 157/989.

[150] STF, Pleno, ADIs 5823, 5824, 5825 MC/RJ, red. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgamento em 8-5-2019.

[151] RUFFIA, Paolo Biscaretti. Op. cit. p. 303-305.

[152] OCTÁVIO, Rodrigo. *Elementos de direito público e constitucional brasileiro.* Op. cit. p. 37.

[153] CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal na constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 204.

[154] FERREIRA, Pinto. *Comentários...* Op. cit. v. 2, p. 623.

[155] MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967.* Op. cit. t. III, art. 34-112.

[156] A redação atual do art. 53, *caput*, da CF foi dada pela EC nº 35/01.

[157] STF – 1ª T. – HC 115397/ES – Rel. Min. Marco Aurélio – julgamento: 16-5-2017. Cf., ainda, estudo sobre imunidades materiais, realizado no despacho do Min. Nelson Jobim: STF – Inquérito nº 1.296-3, *Diário da Justiça*, Seção I, 14 ago. 1997, p. 36.779.

[158] HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 1, t. I, p. 188.

[159] JESUS, Damásio E. *Questões criminais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 53.

[160] MELLO FILHO, José Celso. A imunidade dos deputados estaduais. *Justitia*, 43/114.

[161] Nesse sentido, determinando a extinção de processo sem julgamento de mérito, em que se pleiteava indenização por danos morais contra atos praticados por deputada federal no exercício das funções, decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal que “A imunidade parlamentar prevista no art. 53, *caput*, da CF (*Os deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos*) alcança a responsabilidade civil decorrente dos atos praticados por parlamentares

no exercício de suas funções" (STF – Pleno – Rextr. nº 210.907/RJ – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 12 ago. 1998 – *Informativo STF* nº 118, ago. 1998). Conferir, ainda: STF – Pet nº 3686/DF – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 28-8-2006 – *Informativo STF* nº 438.

[162] RUFFIA, Paolo Biscaretti di. Op. cit. p. 348. Conferir sobre a abrangência dessa imunidade: *RTJ* 161/777.

[163] STJ – 4ª T. – Resp 734218/PPB – Rel. Min. Luis Felipe Salomão, decisão: 28-6-2011.

[164] HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 597, cita inúmeros doutrinadores nesse sentido: Léon Duguit, Julien Laferrière, Roger Pinto, Marcel Prélot, Joseph Barthélemy.

[165] CF/46 – art. 44. Os Deputados e os Senadores são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos; CF/88 – art. 53 – Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos.

[166] *Comentários à constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Henrique Cahen, 1946. v. 2. p. 30.

[167] *Constituição...* Op. cit. p. 638.

[168] STF – 1ª T. – Inq nº 4088/DF e Inq nº 4097, ambos relatados pelo Min. Edson Fachin, 1º.12.2015 (Inq-4088).

[169] STF – Pleno – Inquérito nº 2036/PA – Rel. Min. Carlos Britto, decisão: 23-6-2004, *Informativo STF* nº 353, p. 1. A imunidade parlamentar material, inclusive, ampara ofensas praticadas em "blogue" pessoal, desde que guardem conexão com o exercício da atividade (STF– 1ª T. – Inq. 3672/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, 14-10-2014).

[170] STF, 1ª T., Inq. 4694/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 11-9-2018.

[171] Trecho do voto do Ministro-relator, Celso de Mello in *RTJ* 155/399.

[172] STF – Pleno – Inq. nº 1.344/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 7-8-02. *Informativo STF* nº 276. STF – Pleno – Inq. nº 1.905/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 29-4-2004. *Informativo STF* nº 346; STF – 2ª Turma – Rextr. nº 226.643/SP – Rel. Min. Carlos Velloso, *Informativo STF* 355, p. 4.

[173] STF – Pleno – Inq 4781 Ref, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 17-2–2021.

[174] *RTJ* 131/1039; *RTJ*, 135/509; *RT* 648/318; Inq. nº 510-0-DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, *RTJ* 135/509; Inq. nº 390-5-RO (Questão de Ordem), Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, *RT* 648/318; Inq. nº 396-4-DF (Questão de Ordem),

Rel. Min. Octavio Gallotti, Pleno, *RTJ* 131/1039; *RTJ* 133/90, Rel. Min. Paulo Brossard.

175 *RTJ* 133/90.

176 STF – Queixa-crime nº 681-SP, questão de ordem, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello; *RTJ* 155/396.

177 *RTJ* 155/396.

178 Trecho do voto do Ministro-relator, Celso de Mello in *RTJ* 155/399.

179 *RTJ* 149/692.

180 Em relação aos limites da imunidade parlamentar, conferir: STF – 1ª T. – Inq 3.932/DF – Rel. Min. Luiz Fux, 21-6-2016; Pet 5.243/DF – Rel. Min. Luiz Fux, 21-6-2016.

181 Cf. nova redação do art. 53 dada pela EC nº 35/01.

182 JESUS, Damásio E. *Questões...* Op. cit. p. 57.

183 STF – Pleno – ADI 5526/DF – Rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes – julgamento: 11-10-2017.

184 FALCÃO, Alcino Pinto. *Da imunidade*... Op. cit. p. 7-29.

185 STF – Pleno – Inq 4781 Ref, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 17-2-2021. Em relação à possibilidade de prisão de Senador da República em flagrante delito, mesmo por crime afiançável, porém em situação de necessidade de manutenção da prisão (CPP, art. 312), que o tornaria inafiançável, conferir: STF – 2ª T. – AC nº 4036 – AC nº 4039 Referendo-MC/DF – ambas relatadas pelo Min. Teori Zavascki – 25-11-2015 (AC-4036).

186 Conferir decisão do STF, que relativizou a norma prevista nos §§ 2º e 3º, do art. 53 do texto constitucional, afastando sua aplicação, no sentido de "solução que conduzisse à aplicação efetiva e eficaz de todo o sistema constitucional", uma vez que, "a situação descrita nos autos evidenciaria absoluta anomalia institucional, jurídica e ética, uma vez que praticamente a totalidade dos membros da Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia estaria indiciada ou denunciada por crimes relacionados à mencionada organização criminosa, que se ramificaria por vários órgãos estatais. Assim, tendo em conta essa conjuntura, considerou-se que os pares do paciente não disporiam de autonomia suficiente para decidir sobre a sua prisão, porquanto ele seria o suposto chefe dessa organização. Em consequência, salientou-se que aplicar o pretendido dispositivo constitucional, na espécie, conduziria a resultado oposto ao buscado pelo ordenamento jurídico. Entendeu-se, pois, que à excepcionalidade do quadro haveria de corresponder a

excepcionalidade da forma de interpretar e aplicar os princípios e regras constitucionais, sob pena de se prestigiar regra de exceção que culminasse na impunidade dos parlamentares (STF – 1ª T. – HC nº 89417/RO – Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão: 22-8-2006 – *Informativo STF* nº 437).

187 STF, MC 35265/DF, Rel. Alexandre de Moraes, decisão: 17-10-2017.

188 *RTJ* 70/607 e 135/509.

189 Nesse sentido: STF – Pleno – INQO nº 1.566-1/AC – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 22 mar. 2002, p. 32; STF – Pleno – IQ nº 1.517-2/GO – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, 8 abr. 2002, p. 4; STF – IQ nº 1.640/MT – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 25 mar. 2002, p. 9; STF – INQ nº 1.637-3/SP, Rel. Min. Celso de Mello, *Informativo STF* nº 266, p. 3. Em relação à existência de licença da Casa Legislativa, antes da EC nº 35/01, conferir: STF – Pleno – Inquérito nº 1.518/AC – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 26 ago. 1999, p. 11.

190 STF – Pleno – AI nº 580439/RO – Rel. Min. Ellen Gracie, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 fev. 2006, p. 93.

191 "O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas" (STF, Pleno, AP 937 QO/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 2 e 3-5-2018).

192 Cf. em relação ao momento inicial de incidência da imunidade parlamentar formal (diplomação): STF – Inquérito nº 1.504/DF – Rel. Min. Celso de Mello (*Informativo STF* nº 153). Apesar de o julgado referir-se ao texto anterior à EC nº 35/01, o prazo inicial continua o mesmo para a análise da incidência ou não da imunidade.

193 STF – Pleno – Recl. nº 511 9/PB – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 15 set. 1995 – *Ementário STF* nº 1800 01; STF – Inquérito nº 1.504/DF – Rel. Min. Celso de Mello. *Informativo STF* nº 153; *RTJ* 166/785.

194 STF – Inquérito nº 1.504/DF – Rel. Min. Celso de Mello. *Informativo STF* nº 153; STF, Pleno, AP 937 QO/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 2 e 3-5-2018.

195 Nesse sentido: STF – "Da natureza meramente processual do instituto, resulta que a abolição pela EC 35/01 de tal condicionamento da instauração ou do curso do processo é de aplicabilidade imediata, independentemente da indagação sobre a eficácia temporal das emendas à Constituição: em consequência, desde a publicação da EC 35/01, tornou-se prejudicado o pedido de licença pendente de

apreciação pela Câmara competente ou sem efeito a sua denegação, se já deliberada, devendo prosseguir o feito do ponto em que paralisado. 3. Da remoção do empecilho à instauração ou à sequência do processo contra o membro do Congresso Nacional, decorre retomar o seu curso, desde a publicação da EC 35/01, a prescrição anteriormente suspensa" (STF – Pleno – INQO nº 1566-1/AC – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 22 mar. 2002, p. 32). No mesmo sentido: STF – Pleno – IQ nº 1.517-2/GO – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, 8 abr. 2002, p. 4.

196 Cf. a respeito: STF – Pleno – HC nº 72.718/MG – Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 24-4-1996. Apesar do julgado referir se à redação anterior à EC nº 35/01, e da atual desnecessidade de licença, entendemos que esse precedente deve ser aplicado integralmente em relação à obrigatoriedade do Plenário da Casa Legislativa respectiva analisar o pedido de sustação da ação penal, sendo lhe vedado delegar a uma de suas comissões.

197 STF – Inquérito nº 736-6/MS – Questão de ordem – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 13 out. 1993, p. 32.248; STF – Pleno – Inquérito nº 961-0/SP – Questão de ordem – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 20 set. 1995, p 30.266; *RTJ* 161/14.

198 STF – Pleno – INQO nº 1.566-1/AC – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 22 mar. 2002, p. 32.

199 Em relação à suspensão da prescrição, caso não houvesse licença da Casa Legislativa, antes da EC nº 35/01, conferir: *RTJ* 149/692; *RTJ* 154/163; STF – Inquérito nº 1.400 2/PR – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 5 jun. 2001, p. 37.

200 Nesse sentido: STF – Pleno – AgReg na AP nº 361/SC – Rel. Min. Marco Aurélio, *Informativo STF* nº 421.

201 Inexiste foro privilegiado para suplente de Senador (STF – Inq. nº 2.453 AgR/MS – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão: 17-5-2007).

202 STF, Pleno, AP 937 QO/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 2 e 3-5-2018.

203 *RTJ* 33/590, HC 69.344-RJ, Rel. Min. Néri da Silveira.

204 *RTJ* 63/1, Pet. 673-RJ, Rel. Min. Celso de Mello; Inq. 496-DF, Rel. Min. Ilmar Galvão.

205 *RTJ* 91/423, Reclamação nº 511-9-Paraíba, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça* nº 202, 24 out. 1994, p. 28.668.

[206] TSE – Acórdão 117.515, *Cadernos de Direito Constitucional e Eleitoral*, nº 27, Imesp.

[207] STF – Ag. Reg. na Pet nº 3.067/MG – Rel. Min. Roberto Barroso.

[208] STF, Pleno, AP 937 QO/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 2 e 3-5-2018.

[209] Súmula nº 394 do STF – cancelada – "Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício."

[210] STF – Pleno – Inquérito nº 687/SP – questão de ordem – Rel. Min. Sydney Sanches; STF – Pleno – Inquérito nº 881/MT – questão de ordem — Rel. Min. Sydney Sanches; STF – Pleno – Ações Penais nºs 313/DF, 315/DF, 319/DF, 656/AC – questão de ordem – Rel. Moreira Alves, 25-8-99 – todos no *Informativo STF* nº 159.

[211] Nesse sentido: STF – Inquérito nº 2.252-7/DF – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 25 maio 2006, p. 8; STF – Inquérito nº 2.277/DF – questão de ordem – Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 24-5-2006, *Informativo STF* nº 428.

[212] STF – Pleno – Inquérito nº 687/SP – questão de ordem – Rel. Min. Sydney Sanches; STF – Pleno – Inquérito nº 881/MT – questão de ordem – Rel. Min. Sydney Sanches; STF – Pleno – Ações Penais nºs 313/DF, 315/DF, 319/DF, 656/AC – questão de ordem – Rel. Moreira Alves, 25-8-99 – *Informativo STF* nº 159.

[213] Cf. *RTJ* 121/423; *RTJ* 124/19; STF – Pleno – Inq. nº 1084-7/PA – Rel. Min. Néri da Silveira, *Diário da Justiça*, Seção I, 4 mar. 1999, p. 7.

[214] Na AP 333/PB, Rel. Min. Joaquim Barbosa, por maioria de votos, em hipótese semelhante, o STF entendeu que "a renúncia do réu produz plenos efeitos no plano processual, o que implica a declinação da competência do Supremo Tribunal Federal para o juízo criminal de primeiro grau. Ausente o abuso de direito que os votos vencidos vislumbraram no ato" (*DJe*-65, 10-4-2008).

[215] STF – 1ª T. – AP 606 QO/MG – Rel. Min. Roberto Barroso, 12-7-2014.

[216] Cessação de competência do STF somente quando a renúncia ao mandato parlamentar se deu antes de iniciado o julgamento: STF – Pleno – AP 536 QO/MG – Rel. Min. Roberto Barroso, 27-3-2014.

[217] STF – Pleno – AP 396/RO – Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão: 28-10-2010.

[218] STF – Pleno – Adin nº 2797/DF e Adin nº 2860/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 15-9-2005 – *Informativo STF* nº 401, p. 1.

[219] A redação originária do art. 49, VI, da Constituição Federal previa competir exclusivamente ao Congresso Nacional fixar idêntica remuneração para os deputados federais e senadores, em cada legislatura, para a subsequente, observado o que dispõem os arts. 150, II, 153, III e 153, § 2º, I. Conferir: MORAES, Alexandre. *Reforma administrativa – EC 19/98.* São Paulo: Atlas, 1998.

[220] STF – Pleno – ADI nº 3.833/DF – Rel. Min. Carlos Britto, decisão: 19-12-2006 – *Informativo STF* nº 453, p. 1.

[221] *Commentários à constituição federal brasileira.* São Paulo: Saraiva, 1933. t. II. p. 42.

[222] STF, inquérito nº 105/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Néri da Silveira; *RTJ* 99/487-491; no mesmo sentido o Inquérito nº 104-0 – RS, *Diário da Justiça*, 8 set. 1981, p. 8.605, onde se decidiu que "O deputado que exerce a função de Ministro de Estado não perde o mandato, porém não pode invocar a prerrogativa da imunidade, material e processual, pelo cometimento de crime no exercício da nova função". **Cancelando-se expressamente, na forma do art. 102, do RiSTF, a Súmula 04.**

[223] STF – Pleno – MS nº 25579/DF – medida cautelar – Rel. Sepúlveda Pertence, Rel. p/acórdão Min. Joaquim Barbosa, decisão: 19-10-2005. *Informativo STF* nº 406.

[224] O Supremo Tribunal Federal, interpretando o § 4º do artigo 224 do Código Eleitoral, com a redação dada pela Lei 13.165/2015, declarou a constitucionalidade da previsão de novas eleições na hipótese de vacância do cargo de Senador por causas eleitorais, ou seja, em razão de decisão da Justiça Eleitoral que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato (STF, Pleno, ADI 5525/DF e ADI 5619/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 7 e 8-3-2018).

[225] Cf. CALIMAN, Auro Augusto. *Mandato parlamentar*: aquisição e perda antecipada. São Paulo: Atlas, 2005.

[226] STF – Pleno – MS nº 25.917-5/DF – Rel. Min. Gilmar Mendes, *Diário da Justiça*, Seção I, 1 set. 2006, p. 19; STF – Pleno – MS nº 25.647-8/DF – medida cautelar – Rel. Min. Carlos Britto, *Diário da Justiça*, Seção I, 15 dez. 2006, p. 82.

[227] STF – Pleno – MS nº 25579/DF – medida cautelar – Rel. Sepúlveda Pertence, Rel. p/acórdão Min. Joaquim Barbosa, decisão: 19-10-2005. *Informativo*

STF nº 406.

[228] A perda do mandato por condenação em ação de improbidade administrativa transitada em julgado independe de votação pela Casa Legislativa (STF – Pleno – MS nº 25461/MA – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 29-6-2006).

[229] Em relação à possibilidade excepcional de afastamento cautelar de parlamentar por decisão do STF, conferir: STF – Pleno – AC 4.070/DF – Rel. Min. Teori Zavascki, 5-5-2016.

[230] Em relação à condenação criminal com trânsito em julgado e perda do mandato, verificar Capítulo 7, item 9.2.2-A.

[231] *RTJ* 99/477.

[232] STF – 1ª T. – AP 694/MT – Rel. Min. Rosa Weber – julgamento: 2-5-2017.

[233] Cf. STF – Pleno – Adin nº 2461/RJ e Adin nº 3208/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 12-5-2005 – *Informativo STF* nº 387, p. 2.

[234] Conferir, nesse sentido, liminar deferida pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no MS nº 25.461/DF (condenação com trânsito em julgado por improbidade administrativa).

[235] STF – Pleno – MS 27613/DF – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão: 28-10-2009, *Informativo STF* nº 565.

[236] Conferir sobre inelegibilidade decorrente dessa hipótese: art. 1º, LC 64/90.

[237] TSE – Pleno – Consulta nº 1.398/DF – Rel. Min. Cezar Peluso.

[238] Com relação a partido político recém-criado e justa causa para desfiliação partidária, conferir: STF, Pleno, ADI 5398/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 9-5-2018.

[239] STF – Pleno – MS nº 23.405/GO – Rel. Min. Gilmar Mendes, *Diário da Justiça*, Seção I, 23 abr. 2004, p. 8.

[240] Voto no STF – Pleno – MS 26.603-1/DF – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 4-10-2007.

[241] Nos termos de seu art. 13: “Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se apenas às desfiliações consumadas após 27 (vinte e sete) de março deste ano, quanto a mandatários eleitos pelo sistema proporcional, e, após 16 (dezesseis) de outubro corrente, quanto a eleitos pelo sistema majoritário.”

[242] O § 3º do art. 1º da Resolução nº 22.610/DF, permite que “O mandatário que se desfiliou ou pretenda desfiliar-se pode pedir a declaração da existência de justa causa, fazendo citar o partido na forma desta Resolução.”

[243] STF – Pleno – ADI 3.999/DF e ADI 4.086/DF – Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão: 12-12-2008. Ficaram vencidos os Ministros Marco Aurélio e Eros Grau, por entenderem ter o TSE invadido matéria reservada à lei.

[244] STF – Pleno – ADI nº 5081/DF – Rel. Min. Roberto Barroso – 27-5-2015 (ADI-5081).

[245] PLATÃO. *Leis*, 715*d*.

[246] ARISTÓTELES. *Política*, 1286*a*.

[247] BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia:* uma defesa das regras do jogo. São Paulo: Paz e Terra Política, 1986. p. 158.

[248] ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Op. cit. Cap. 7.

[249] COOLEY, Thomas McIntyre. *The general principles of constitutional law in the United States of America.* 3. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1898. p. 52; ROBISON, Donald L. *To the best of my ability*: the presidency the constitution. New York: W. W. Norton & Company, 1987. p. 18-19.

[250] Conferir a respeito: MORAES, Alexandre de. *Presidencialismo.* São Paulo: Atlas, 2004.

[251] ROBISON, Donald L. *To the best of my ability*: the presidency the constitution. New York: W. W. Norton & Company, 1987. p. 87 ss; LEARNED, Henry Barrett. *The president's cabinet*: studies in the origin, formation and structure of an American institution. New Haven: Yale University Press, 1912. p. 379; CORWIN, Edward S.; KOENING, Louis W. *The presidency today.* New York: New York University Press, 1956. p. 2; ROSSITER, Clinton. *American presidency.* New York: New American, 1940. p. 13 ss; DAHL, Robert A. *Democracia.* Brasília: UnB, 2001. p. 131; BOGNETTI, Giovanni. *Lo spirito del costituzionalismo americano*. Turim: G. Gioppichelli, 2000. v. 2, p. 241 ss.; ASSIS-BRASIL, J. F. de. *Do governo presidencial na república brasileira.* 2. ed. Rio de Janeiro: Calvino, 1934. p. 141 ss.

[252] BONAVIDES, Paulo. *Ciência política.* 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 296-297; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional.* 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 139.

[253] PIOUS, Richard M. Impeaching the president: the intersection of constitutional and popular law. *Saint Louis University Law Journal*, Saint Louis, ano 3, v. 43, p. 859-904, 1999; GOLDSTEIN, Joel K. The presidency and the rule of law: some preliminary explorations. *Saint Louis University Law Journal*, Saint Louis, ano 3, v. 43, p. 791-852, 1999. Como lembra Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "nem a

reunião do Legislativo pressupõe necessariamente a convocação do chefe de Estado, como sucedia nas monarquias, nem pode ele pôr fim, por qualquer razão, ao mandato dos parlamentares, dissolvendo a Câmara e convocando novas eleições. Nem pode a Câmara destituir o Presidente que não contar com sua confiança, só podendo fazer com sanção de um crime" (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional.* 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 139).

254 VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar. *A separação dos poderes na constituição americana.* Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 23 ss; ASSIS-BRASIL, J. F. de. *Do governo presidencial na república brasileira.* 2. ed. Rio de Janeiro: Calvino, 1934. p. 141 ss.

255 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 139; BONAVIDES, Paulo. *Ciência política.* 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 296-297.

256 NOHLEN, Dieter. *Sistemas electorales del mundo.* Madri: Centro de estudios constitucionales, 1981. p. 82.

257 DUVERGER, Maurice. *Instituciones...* Op. cit. p. 103; DAHL, Robert A. *Democracia*. Brasília: UnB, 2001. p. 142.

258 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI.* São Paulo: Saraiva, 2001. p. 167.

259 Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso...* Op. cit. p. 102.

260 Conferir, nesse sentido: SARTORI, Giovanni. *Engenharia constitucional*: como mudam as constituições. Brasília: UnB, 1996. p. 17; DUVERGER, Maurice. *Instituciones...* Op. cit. p. 104; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI.* São Paulo: Saraiva, 2001. p. 167.

261 O texto original da CF/88 dizia: "Art. 77. A eleição do Presidente e do Vice-presidente da República realizar-se-á, simultaneamente, noventa dias antes do término do mandato presidencial vigente." Dessa forma, conforme salientávamos na 1ª edição desta obra, o mandato presidencial se inicia em 1º de janeiro do ano seguinte ao da eleição, logo o término do mandato presidencial ocorre em 31 de dezembro, e, consequentemente, a eleição deveria ser realizada em 3 de outubro do mesmo ano (primeiro turno). A partir de 2026 o mandato se iniciará no dia 05 de janeiro, encerrando-se o mandato atual em 04 de janeiro (EC nº 111/2021).

262 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.

[263] Em virtude da pandemia da Covid-19, o Congresso Nacional editou a EC nº 107, de 2 de julho de 2020, adiando as eleições municipais de 2020 e estabelecendo as novas datas de 15 de novembro, em primeiro turno, e 29 de novembro de 2020, em segundo turno, onde houvesse. A Emenda Constitucional regulamentou os novos prazos eleitorais e de desincompatibilização. Expressamente, a EC nº 107/2020 afastou a aplicação do art. 16 da Constituição Federal.

[264] Nesse sentido, conferir: TSE – Resolução nº 16.087 – Consulta nº 10.747 – Classe 10ª – Distrito Federal (Brasília), Rel. Min. Octavio Gallotti, decisão: 7-12-89.

[265] Conferir nesse sentido, decisão do Supremo Tribunal Federal que considerou como nulos os votos conferidos a candidatos inelegíveis ou não registrados, excluindo-os do cômputo geral para efeito de obtenção da maioria absoluta dos votos válidos dados em candidatos (STF – Pleno – ROMS nº 24.485-6/MA – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 12 mar. 2004, p. 39).

[266] DUVERGER, Maurice. *Instituciones políticas y derecho constitucional.* Barcelona: Ariel, 1962. p. 103.

[267] SARTORI, Giovanni. *Engenharia constitucional*: como mudam as constituições. Brasília: UnB, 1996. p. 18. Conferir, no mesmo sentido: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 173.

[268] Nesse sentido, em relação à eleição para Prefeito e vice-prefeito, decidiu o Tribunal Superior Eleitoral que: “Vice-prefeito. Diplomação e posse no cargo de prefeito. O falecimento de candidato eleito para o cargo de prefeito, ainda que antes da expedição de diploma, transfere ao vice-prefeito o direito subjetivo ao mandato como titular” (TSE – Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 2.081 – Classe 2ª – São Paulo – Gália – Rel. Min. Eduardo Ribeiro, *Diário da Justiça*, Seção I, 24 mar. 2000. p. 125).

[269] TSE – CT nº 1.204/DF – Rel. Min. Cezar Peluso, *Diário da Justiça*, Seção I, 7 ago. 2006, p. 136; TSE – AI nº 6.462/AL – Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, *Diário da Justiça*, Seção I, 29 ago. 2006, p. 78.

[270] STF – Pleno – ADPF 402 MC-REF/DF – Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento: 7-12-2016.

[271] Op. cit. v. 2, p. 328.

[272] Em relação ao chefe do Poder Executivo estadual: “Eleição de Governador e Vice-Governador. Hipótese de cargos vagos nos dois últimos anos de mandato. Eleição indireta pela Assembleia Legislativa. Reprodução do disposto no art. 81, § 1º, da CF. Não obrigatoriedade. Exercício da autonomia do Estado-membro” (STF – ADI 4298, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 31-8-2020).

[273] O Supremo Tribunal Federal, interpretando o § 4º do art. 224 do Código Eleitoral, com a redação dada pela Lei 13.165/2015, declarou a constitucionalidade da previsão de novas eleições na hipótese de vacância dos cargos de Governador e Prefeito por causas eleitorais, ou seja, em razão de decisão da Justiça Eleitoral que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato. Entretanto, no caso de perda de mandato do chefe do Executivo por causas não eleitorais, tais como prática de crime de responsabilidade (impeachment) ou efeito de sentença condenatória penal ou improbidade, a Corte manteve a competência legislativa estadual e municipal para disciplinar a vacância e legislar sobre as eleições, em face da autonomia federativa (STF, Pleno, ADI 5525/DF e ADI 5619/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 7 e 8-3-2018). Nesse sentido, a Corte já admitia a possibilidade de previsão da Constituição estadual de eleições indiretas para o provimento dos cargos de Governador e Vice-Governador, nos mesmos moldes da previsão da Carta Magna, apesar do destaque feito pelo relator da inaplicabilidade obrigatória do princípio da simetria (STF – Pleno – ADI 4298-MC/TO e ADI 4309-MC/TO – Rel. Min. Cezar Peluso, decisão: 7-10-2009).

[274] Redação do inciso VI, do art. 84, dada pela EC nº 32/01.

[275] CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Os poderes do...* Op. cit. p. 101.

[276] É esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal: “Decretos existem para assegurar a fiel execução das leis” (STF – Pleno – Adin nº 1.435-8/DF – medida liminar – Rel. Min. Francisco Rezek, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 ago. 1999, p. 5).

[277] CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. 9. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1970, p. 92.

[278] STF – Pleno – ADI 4728/DF, Rel. Min. Rosa Weber, julgamento virtual finalizado em 12-11-2021.

[279] VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 421.

[280] CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Princípios gerais de direito público.* 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p. 175; MASAGÃO, Mário. *Curso de direito*

administrativo. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 156; LAZARINI, Álvaro. *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 414.

[281] *RTJ* 158/69; CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Parecer do consultor geral da república. *Revista de Direito Administrativo*, nº 45, p. 426.

[282] STF – AgR nº 2.950/RJ – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 fev. 2007, p. 16; STF – Pleno – ADI nº 2.564/DF – Rel. Min. Ellen Gracie, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 fev. 2004, p. 21.

[283] STF – Pleno – ADC 12/DF – medida cautelar, Rel. Min. Carlos Britto, decisão: 16-2-2006.

[284] Trecho do voto do Ministro Carlos Britto – ADC 12/DF – Pleno – medida cautelar, decisão: 16-2-2006.

[285] STF – Pleno – ADI nº 2.564/DF – Rel. Min. Ellen Gracie, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 fev. 2004, p. 21.

[286] STF, ADI 5874/DF, Pleno, red. p/acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 9-5-2019; HC 81.810-2/SP, Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, j. 16-4-2009; HC 96431-1/RJ, 2ª T, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 14-4-2009; HC 90.364-9/MG, Pleno, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 31-12007; HC 84.829-0/PR, 1ª T, rel. Min. Marco Aurélio, j. 22-2-2005; ADI 2.795-6/MC, Pleno, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 8-5-2003; HC 81.565-1/SC, 1ª T, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 19-2-2002; RHC 71400-5/RJ, 1ª T, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 7-6-94.

[287] CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Comentários ao Código Penal*, Forense, 5. ed., v. 4, p. 202.

[288] Artigo 5º XLIII: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

[289] Conferir: MADISON. *Federalist papers XLVII;* HAMILTON. *Federalist papers LXXIV.*

[290] SÁ FILHO, Francisco. *Relações entre Poderes do Estado*. Rio de Janeiro, Borsoi, 1959, p. 284 ss.; CARLOS MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira de 1891*. Rio de Janeiro, Jacinto Ribeiro dos Santos editor, 1918, p. 509-510; MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1946*, tomo III, Rio de Janeiro, Borsoi, 3. ed., 1960, p. 119 ss.; BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. vol. 4. São Paulo:

Saraiva, 1997, p. 316 ss.; CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1254 ss; FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira.* v. 2. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 574 ss.; FALCÃO, Alcino Pinto. *Constituição Federal anotada.* Freitas Bastos. v. 2, p. 214.

[291] STF, ADI 5874/DF, Pleno, red. p/acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 9-5-2019.

[292] LARENZ, Karl. *Derecho justo*: fundamentos de ética jurídica. Tradução de Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 1985. p. 154

[293] Chevallier, Jacques. *L'Etat de droit.* Paris: Montchrestien, 1992. p. 12 ss.

[294] MELLO FILHO, José Celso. Constituição Federal Anotada, Saraiva, 2a. ed. 1986, p. 266; BADENI, Gregorio. Tratado de Derecho Constitucional. Buenos Aires, ed. La Ley, 2. ed., 2006, tomo II, págs. 1728/1732; ZARINI, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 689; ROSATTI, Horacio. Tratado de Derecho Constitucional, tomo II, 2. ed., Buenos Aires, 2017, Rubinzal-Culzoni Editores, p. 393-394.

[295] Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Arbitrariedad y discrecionalidad.* Madri: Civitas, 1991. p. 115 ss.

[296] RENE CHAPUS. *Droit administratif general* 6. ed. Paris: Montchrestien, 1992, t. 1, p. 775 ss.

[297] LEARNED, Henry Barrett. *The president's cabinet*: studies in the origin, formation and structure of an american institution. New Haven: Yale University Press, 1912. p. 387.

[298] GOLDSTEIN, Joel K. Can the vice president preside at his own impeachment trial? A critique of bare textualism. *Saint Louis University Law Journal*. Saint Louis, ano 3, v. 44, p. 850, 1999.

[299] COOLEY, Thomas McIntyre. *The general principles of constitutional law in the United States of America.* 3. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1898. p. 48. Como ensina Paulo Bonavides, "expressando bom humor a esse respeito, o primeiro Vice da história americana, Adams, sugeria que se desse ao titular do cargo o tratamento de 'Sua Excelência, o Supérfluo', depois de assegurar que nunca a imaginação do homem 'concedera função mais insignificante'. Outro Vice, de igual porte e envergadura, que foi Theodore Roosevelt, afirmava, ainda, ao começo deste século, ser na realidade o Vice-presidente apenas 'a Quinta roda da carruagem'" (BONAVIDES, Paulo. *Ciência...* Op. cit. p. 306).

[300] CONSTANT, Benjamin. *Escritos políticos.* Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

[301] Como lembra Paulo Bonavides, “cingira-se o Vice-Presidente, com voto de Minerva, a presidir o Senado. Presidência um tanto simbólica, pois àquela casa raramente comparece ele, por sentir-se fora de ambiente, qual verdadeiro intruso. Demais, não chega o Vice a fazer falta; costumam os senadores eleger dentre os seus um presidente *pro tempore*, mais autêntico e legítimo” (*Ciência política.* Op. cit. p. 306).

[302] LEARNED, Henry Barrett. *The president’s cabinet*: studies in the origin, formation and structure of an american institution. New Haven: Yale University Press, 1912. p. 387.

[303] Nesse sentido, Assis-Brasil afirmava que “o Vice-Presidente é, por sua própria natureza, figura subalterna” (ASSIS-BRASIL, J. F. de. *Do governo presidencial na república brasileira.* 2. ed. Rio de Janeiro: Calvino, 1934. p. 191).

[304] Na França, na hipótese de vacância temporária ou definitiva do cargo de Presidente da República, o Presidente do Senado assumirá suas funções, salvo a convocação de referendos e o poder de dissolução. Além disso, se a vacância for definitiva, será convocada eleição para Presidente da República, a ser realizada em um prazo mínimo de vinte dias e máximo de trinta e cinco dias após a vacância (art. 7º da Constituição da V República Francesa, de 4 de outubro de 1958).

[305] Em Portugal, na hipótese de vacância temporária ou definitiva do cargo de Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República assumirá suas funções. Além disso, se a vacância for definitiva, será convocada eleição para Presidente da República para um novo mandato completo (arts. 131 e 135 da Constituição da República Portuguesa, de 2 de abril de 1976).

[306] Essa instabilidade não ocorre nos regimes mistos francês e português pela existência da figura do Primeiro-Ministro.

[307] STF – Pleno – ADI nº 1.075-1/DF – medida cautelar – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 24 nov. 2006, p. 59.

[308] Neste sentido: TEMER, Michel. *Elementos ...* Op. cit. p. 163; MELLO FILHO, José Celso. *Constituição...* Op. cit. p. 255. **Contra:** SILVA, José Afonso. *Curso...* Op. cit. p. 561. Note-se, porém, que diferentemente de sua antiga posição doutrinária, em decisão monocrática, o Min. Celso de Mello (MS nº 22706-1 – medida liminar – *Diário da Justiça*, Seção I, 5 fev. 1997, p. 1.223), determinou a

exclusão de Ministro de Estado do polo passivo de mandado de segurança ajuizado contra decreto do Presidente da República, por ele referendado, afirmando que “A referenda ministerial, que não se reveste de consequência de ordem processual, projeta-se, quanto aos seus efeitos, numa dimensão estritamente institucional, qualificando-se, sob tal perspectiva, como causa geradora de corresponsabilidade político-administrativa dos Ministros de Estado... Cumpre ter presente, por isso mesmo, no que concerne à função da referenda ministerial, que esta não se qualifica como requisito indispensável de validade dos decretos presidenciais.”

309 CF, art. 84, I.

310 CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Princípios gerais de direito público.* 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p. 152.

311 Essa autorização para que o Presidente da República possa, mediante decreto, disciplinar a organização e funcionamento dos Ministérios foi concedida pela EC nº 32/01.

312 STF – Petição nº 1954-7/DF – medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 10 fev. 1999 e 14 jun. 2000, p. 3; STF – Petição nº 1.199-6/SP – Rel. Min. Celso de Mello, despacho: 31-10-1996; STF – Petição nº 1.656/DF – Rel. Min. Maurício Corrêa, *Informativo STF* nº 281; STF – Pet. nº 1954/DF – Rel. Min. Maurício Corrêa, *Diário da Justiça*, Seção I, 1º ago. 2003, p. 106.

313 STF – Petição nº 1.468-6/DF – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça,* Seção I, 17 out. 2001, p. 33.

314 Os demais Ministros poderão ser convocados pelo Presidente da República para participar da reunião do Conselho, quando constar da pauta questão relacionada com o respectivo Ministério (CF, art. 90, § 1º).

315 Redação dada pela EC nº 23, promulgada em 2-9-1999.

316 Idem.

317 ADPF 378/DF – Rel. Min. Edson Fachin, 16, 17 e 18-12-2015.

318 Conferir, sobre a impossibilidade de responsabilização político-administrativa do Presidente e/ou do Vice-Presidente da República por atos praticados antes do início do mandato: STF – MS nº 26.176-5/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 out. 2006, p. 74. Nessa decisão monocrática, o Ministro Pertence ressaltou que “o caso desvela pormenor inafastável: a denúncia

apresentada é relativa a atos dos ainda candidatos [...], que, assim, não poderiam configurar crimes de responsabilidade".

[319] MELLO FILHO, José Celso. *Justitia – Revista do Ministério Público do Estado de São Paulo,* 42/98. Esse é o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica nos seguintes julgados: STF – Pleno – ADI nº 4791/PR – Rel. Min. Teori Zavascki – 12-2-2015 (ADI-4791); ADI nº 4800/RO, Rel. Min. Cármen Lúcia, 12-2-2015 (ADI-4800); ADI nº 4792/ES, Rel. Min. Cármen Lúcia, 12-2-2015 (ADI-4792); STF – Pleno – Adin nº 1.628/SC – Rel. Min. Nelson Jobim – *RTJ* 166/147 e STF – Pleno – Adin nº 834-0/MT – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 abr. 1999, p. 2, onde se decidiu: "Crime de responsabilidade: definição: reserva de lei. Entenda-se que a definição de crimes de responsabilidade, imputáveis embora a autoridades estaduais, é matéria de Direito Penal, da competência privativa da União – como tem prevalecido no Tribunal – ou, ao contrário, que sendo matéria de responsabilidade política de mandatários locais, sobre ela possa legislar o Estado-membro – como sustentam os autores de tomo – o certo é que estão todos acordes em tratar-se de questão submetida à reserva de lei formal, não podendo ser versada em decreto-legislativo da Assembleia Legislativa." Nesse mesmo sentido: STF – Pleno – Adin nº 834-0/MT – medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello – *Ementário STF* nº 1698, em que consta analítico estudo sobre os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais; e STF – Pleno – Adin nº 102-7/RO – medida liminar – Rel. Min. Paulo Brossard, *Diário da Justiça*, Seção I, 17 nov. 1989 – *Ementário STF* nº 1563, tendo porém, o Ministro relator ressaltado seu posicionamento de que "o chamado crime de responsabilidade não é figura de Direito Penal".

[320] ADPF 378/DF – Rel. Min. Edson Fachin, 16, 17 e 18-12-2015.

[321] Em relação à responsabilidade político-administrativa dos Governadores dos Estados, conferir, neste capítulo, item 4.8.

[322] Nesse sentido decidiu o STF: "A inabilitação para o exercício de função pública, decorrente da perda do cargo de Presidente da República por crime de responsabilidade (CF, art. 52, parágrafo único), compreende o exercício de cargo ou mandato eletivo. Com esse entendimento, a Turma manteve o acórdão do TSE que julgou procedente a impugnação ao pedido de registro de candidatura do ex-Presidente Fernando Collor de Mello. Interpretação racional do art. 52, parágrafo único, da CF" (1ª T. – Rextr. nº 234.223/DF – Rel. Min. Octavio Gallotti, decisão: 1º set. 1998 – *Informativo STF* nº 121 – setembro de 1998).

[323] BROSSARD, Paulo. *O impeachment.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 76.

[324] CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *A Constituição Federal comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 1948. p. 263. v. 2.

[325] MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira*... Op. cit. p. 643.

[326] TEMER, Michel. *Constituição e...* Op. cit. p. 37-38.

[327] MIRANDA, Pontes de. *Comentários...* Op. cit. p. 138. Atualmente, é esse o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica nos seguintes julgados: STF – Pleno – Adin nº 834-0/MT – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 abr. 1999, p. 2; STF – Pleno – Adin nº 1.628/SC – Rel. Min. Nelson Jobim – *RTJ* 166/147.

[328] MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal.* São Paulo: Saraiva, 1953. p. 154.

[329] ADPF 378/DF – Rel. Min. Edson Fachin, 16, 17 e 18-12-2015.

[330] TEMER, Michel. *Constituição e...* Op. cit. p. 41-42.

[331] ADPF 378/DF – Rel. Min. Edson Fachin, 16, 17 e 18-12-2015.

[332] DÓRIA, Sampaio. *Comentários à Constituição de 1946*. São Paulo: Saraiva, 1946. v. 3, p. 388-389.

[333] Conferir a respeito: STF – MS 25.588-9/DF – Rel. Min. Menezes Direito, *Diário da Justiça*, Seção I, 28 set 2007, p. 88; STF – Pleno – MS 20.941/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 9-2-1990; STF – Pleno – MS nº 23.885-2/DF – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 20 set. 2002, p. 89.

[334] ADPF 378/DF – Rel. Min. Edson Fachin, 16, 17 e 18-12-2015. Ressalte-se, porém, a impossibilidade de *habeas corpus* pleiteando trancamento de processo de "*impeachment*" (STF – Pleno – HC 134.315 AgR/DF – Rel. Min. Teori Zavascki, 16-6-2016.

[335] Conferir: STF – MS 34929/DF, 34970/DF, MS 35090/DF – Rel. Min. Alexandre de Moraes – julgamento: 22-8-2017.

[336] STF – Pleno – MS 23.885-2/DF – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 20 set. 2002, p. 89. No mesmo sentido: ADPF 378/DF – Rel. Min. Edson Fachin, 16, 17 e 18-12-2015.

[337] O Supremo Tribunal Federal decidiu a questão de necessidade da ampla defesa, bem como da possibilidade do *voto nominal ser aberto*, conforme decisão da própria Câmara dos Deputados, no MS nº 21564/DF, Pleno, v.m., deferido em parte, Rel. Min. Octavio Gallotti, *Diário da Justiça,* 27 ago. 1993, p. 17.019.

[338] *RT* 221/340; *RTJ* 83/385; *RT* 239/255; *RJTJSP* 14/219.

[339] TEMER, Michel. Voto secreto ou aberto. *Constituição e...* Op. cit. p. 43.

[340] STF – MS nº 21.564/DF.

[341] ADPF 378/DF – Rel. Min. Edson Fachin, 16, 17 e 18-12-2015.

[342] STF – MS nº 21.564/DF, pleno, v.m., deferido em parte, Rel. Min. Octavio Gallotti, *Diário da Justiça*, 27 ago. 1993, p. 17.019.

[343] STF – 1ª T. – Rextr. nº 234.223/DF – Rel. Min. Octavio Gallotti, decisão: 1º set. 1998 – *Informativo STF* nº 121, set. 1998.

[344] Mandado de Segurança nº 21.689-1, Relator Ministro Carlos Velloso, ajuizado pelo ex-presidente Fernando Collor de Mello.

[345] Mandado de Segurança nº 21.689-1/ maioria de votos, *Diário da Justiça*, sexta-feira, 7 abr. 1995, p. 18.871. Conferir, ainda: STF – Pleno – Petição nº 1.365-2/DF – Rel. Min. Néri da Silveira – *Diário da Justiça*, Seção 1, 23 mar. 2001, p. 86.

[346] TEMER, Michel. *Constituição e...* Op. cit. p. 168. No mesmo sentido, ainda, MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. Op. cit. p. 178.

[347] Mandado de Segurança nº 21.689-1, *Diário da Justiça*, 7 abr. 1995, p. 18.871.

[348] Em relação à necessidade de autorização prévia da Câmara dos Deputados, o STF decidiu que: "A imunidade formal prevista no art. 51, I, e no art. 86, '*caput*', da Constituição Federal, tem por finalidade tutelar o exercício regular dos cargos de Presidente da República e de Ministro de Estado, razão pela qual não é extensível a codenunciados que não se encontram investidos em tais funções" (STF, Pleno, Inq 4483 AgR-segundo-DF e Inq 4327 AgR-segundo-DF, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 14 e 19.12.2017. (INQ 4483 e INQ 4327).

[349] *Diário da Justiça* nº 69, Seção I, p. 9.223, 10 abr. 1995, Rel. Min. Celso de Mello Filho.

[350] *RTJ* 33/590, HC 69.344-RJ, Rel. Min. Néri da Silveira.

[351] *RTJ* 63/1, Pet. 673-RJ, Rel. Min. Celso de Mello; Inq. 496-DF, Rel. Min. Ilmar Galvão.

[352] *RTJ* 91/423, Reclamação nº 511-9-Paraíba, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça* nº 202, 24 out. 1994, p. 28.668.

[353] TSE – Acórdão 117.515, *Cadernos de Direito Constitucional e Eleitoral*, nº 27, Imesp.

[354] Conferir Capítulo 10, item 4.7/A4 (Competências do Supremo Tribunal Federal), inclusive em relação à Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002.

[355] *RTJ* 143/710 – Rel. Min. Celso de Mello – Ação Penal nº 305/92.

[356] STF – Inquérito nº 927-0/SP – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 23 fev. 1995, p. 3.507; STF – Pleno – Inq. nº 672/DF – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 16 abr. 1993, p. 6.431.

[357] Conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal: "O Presidente da República não dispõe de imunidade, quer em face de ações judiciais que visem a definir-lhe a responsabilidade civil, quer em função de processos instaurados por suposta prática de infrações político-administrativas, quer, ainda, em virtude de procedimentos destinados a apurar, para efeitos estritamente fiscais, a sua responsabilidade tributária" (STF – Pleno – Inq. nº 672/DF – Rel. Min. Celso de Mello*, Diário da Justiça*, Seção I, 16 abr. 1993, p. 6.431). No mesmo sentido: STF – Pleno – Inq. nº 567/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Conferir, ainda: *RTJ* 143/714.

[358] Assim, conforme entendimento do STF, mesmo na ausência de previsão expressa da Constituição Federal, ocorrerá a suspensão da prescrição na hipótese de incidência da cláusula de irresponsabilidade penal relativa, tendo afirmado que, "na questão similar do impedimento temporário a persecução penal do congressista, quando não concedida a licença para o processo, o STF já extraíra, antes que a Constituição o tornasse expresso, a suspensão do curso da prescrição, até a extinção do mandato parlamentar" (STF – Pleno – Inq. nº 567/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 out. 1992, p. 17.481). Conferir, ainda: *RTJ* 114/136. Ressalte-se que, no caso de tratar-se de infração praticada antes do início do mandato, carecerá o STF de competência para decretar essa suspensão da prescrição, devendo a instância competente fazê-lo. Nesse sentido, manifestou-se o STF, na já citada decisão: "Deixa-se, no entanto, de dar força de decisão a aplicabilidade, no caso, da mesma solução (suspensão da prescrição), a falta de competência do Tribunal para, neste momento, decidir a respeito." Tal incompetência não ocorrerá em relação aos fatos praticados durante o exercício do mandato, porém não praticados *in officio* ou *propter officium.*

[359] Inquérito nº 1.085-5/SP, *Diário da Justiça*, 29 fev. 1996, p. 4.853.

[360] Precedentes do STF: AI 38.208; Inq. 215; HC 67.502; HC 68.540-DF, 1ª T., Rel. Min. Octavio Gallotti, *Diário da Justiça*, Seção I, 28 jun. 1991.

[361] STF – Pleno – Inq 4483 QO/DF – Rel. Min. Edson Fachin – julgamento: 20 e 21-9-2017.

[362] *Elementos...* Op. cit. p. 170.

[363] *Curso...* Op. cit. p. 479.

[364] STF – Pleno – Rextr. nº 0179502/SP – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justica*, Seção I, 8 set. 1995, p. 28.389.

[365] Cf. em hipóteses análogas: STF – 1ª T. – Embs. Decl. em Embs. Decl. em Agr. Reg. em Ag. de inst. ou de pet. nº 177313/MG – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justica*, Seção I, 5 nov. 1996, p. 44.488 – *Ementário STF*, 1.850/1.900; Tribunal Regional Eleitoral Estado de São Paulo – Tribunal Pleno – Acórdão nº 112.985 - Processo nº 9.477 – Classe sétima – Rel. Juiz A, C. Mathias Coltro, *d.* 2 jul. 1992. Conforme destacado no Acórdão nº 116444/TRE-SP, "impõe-se o cancelamento do alistamento e da filiação partidária dos condenados, *ex vi* do art. 71, inc. II, do Código Eleitoral e artigo 69, inc. II, da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, por período igual ao da pena aplicada, aqui incluído o prazo do *sursis,* perdendo os eleitos, por igual razão, os respectivos mandatos" (Tribunal Pleno – Acórdão nº 116444 – processo nº 22/89 – Classe quarta – Rel. Juiz Sebastião Oscar Feltrin, *d*. 29 out. 1992).

[366] Voto do Ministro-relator: STF – Pleno – Rextr. nº 225.019/GO – Rel. Min. Nelson Jobim, decisão: 8-8-99 – *Informativo STF* nº 162. Ressalte-se, porém, que nesse julgamento o Supremo Tribunal Federal não analisou especificamente essa questão em relação ao Presidente da República, mas sim caso tratando de Prefeito Municipal (STF – Pleno – Rextr. nº 225.019/GO – Rel. Min. Nelson Jobim, decisão: 8-8-99 – *Informativo STF* nº 161).

[367] STF – ADI 185/PB – Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento: 16-5-2017; ADIs 4799/RN, 218/PB e 4806/SE – Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento: 15-5-2017; ADIs 4777/BA, 4674/RS, 4362/DF – Rel. orig. Min. Dias Toffoli, red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, julgamento: 9-8-2017.

[368] Voto por mim proferido na ADI 5540/MG.

[369] O posicionamento anterior do STF entendia que as Constituições estaduais poderiam estabelecer imunidade formal em relação aos Governadores de Estado e do Distrito Federal, no sentido de que somente poderiam ser processados e julgados por crimes comuns, após a autorização da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa (STF – Pleno – ADI nº 4791/PR – Rel. Min. Teori Zavascki – 12-2-2015 (ADI-4791); ADI nº 4800/RO – Rel. Min. Cármen Lúcia – 12-2-2015 (ADI-4800); ADI nº 4792/ES – Rel. Min. Cármen Lúcia – 12-2-2015 (ADI-4792).

[370] *Diário da Justiça*, 24 nov. 1995. p. 40.383.

[371] Conferir a título de exemplo: *RTJ* 160/122 e 160/437 (Estado do Pará); *RTJ* 160/437 (Estado de Pernambuco); *RTJ* 160/793 (Estado de Alagoas).

[372] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário*. Trad. de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 87.

[373] SCHMITT, Carl. *La defensa de la constitución* Trad. de Manuel Sanchez Sarto. Madri: Tecnos, 1983. p. 50.

[374] Op. cit. p. 12.

[375] CLÉVE, Clèmerson Merlin *Temas de...* Op. cit. p. 38.

[376] Conferir a respeito: STF – Pleno – Adin nº 2938/MG – Rel. Min. Eros Grau, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 dez. 2005, p. 4.

[377] Nova redação dada pela EC nº 24, de 9 de dezembro de 1999.

[378] Formados somente em tempo de guerra. Em tempo de paz, o STM exerce competência recursal dos juízes militares.

[379] CF, art. 96, I, *f*.

[380] CF, art. 96, I, *c*.

[381] CF, art. 96, I, *a*.

[382] CAETANO, Marcelo. *Direito...* Op. cit. p. 119.

[383] FAYT, Carlos S. *Supremacía constitucional e independencia de los jueces*. Buenos Aires: Depalma, 1994. p. 3-4.

[384] Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade da Lei de Diretrizes Orçamentárias que fixou o limite de participação do Poder Judiciário no orçamento geral do Estado sem que houvesse participação desse poder (STF – Pleno – Adin nº 1.911-7/PR – medida liminar – Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário de Justiça*, Seção I, 12 mar. 1999, p. 2). Em relação à autonomia financeira e administrativa do Poder Judiciário, conferir: STF – Pleno – ADI 1578/AL, Rel. Min. Cármen Lúcia, 4-3-2009, *Informativo STF* nº 537.

[385] A EC nº 45/04 criou os §§ 3º, 4º e 5º, para maior detalhamento da iniciativa orçamentária dos órgãos do Poder Judiciário.

[386] *Informativo STF* nº 43 – Adin 202-BA, Rel. Min. Octavio Gallotti, 5-9-96. Precedentes citados: Adin 314-PE (Pleno, 4-9-91); Adin 189-RJ (*RTJ* 138/371); Aor 70-SC (*RTJ* 147/345).

[387] BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1985. p. 42.

[388] BARBOSA, Rui. *Commentários...* Op. cit. p. 7-9. Essa mesma constatação é feita por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que afirma que "entendeu o constituinte ser necessário impedir que essa composição fosse ampliada ou diminuída por motivos políticos" (*Comentários à Constituição brasileira de 1988.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 485).

[389] MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1946.* Rio de Janeiro: Henrique Cahem, 1947. v. 2. p. 185.

[390] COSTA, José Manuel M. Cardoso da. *A jurisdição constitucional em Portugal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 15. Sobre a recepção do art. 102 da LOMAN e a definição do modo de eleição da Presidência, Vice-Presidência – Corregedoria-Geral da Justiça, conferir STF – Pleno – Rcl. 8025/SP, Rel. Min. Eros Grau, 9-12-2009.

[391] STF – Pleno – ADI 3976, Rel. Min. Edson Fachin, j. 25-6-2020. Conferir, também: STF – Pleno – ADI 3504, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 8-9-2020.

[392] BANDRÉS, José Manuel. *Poder judicial...* Op. cit. p. 75-76.

[393] Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, promulgada em 4-6-1998 e publicada no *Diário Oficial da União* em 5-6-1998. Ressalte-se que o art. 34 da própria Emenda Constitucional estabeleceu que sua entrada em vigor seria na data de sua promulgação.

[394] Cf. STF – Pleno – Adin nº 3.227/MG – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 26-4-2006. *Informativo STF* nº 424.

[395] Cf. STF – Pleno – MS 30672 AgR/DF – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão: 15-9-2011.

[396] Nos Estados Unidos da América, o *impeachment* contra membros da Suprema Corte foi tentado três vezes, contra os juízes Samuel Chase (1805), Douglas (1969-70) e Fortas (1969), sem que jamais houvesse qualquer condenação. Em relação aos dois primeiros, o procedimento foi arquivado, enquanto em relação ao terceiro perdeu seu objeto em face da renúncia do magistrado.

[397] Observando-se as características do cargo, o STF entendeu plenamente aplicável a garantia da inamovibilidade aos juízes substitutos, afirmando ser "possível que a substituição fosse exercida por meio de escala sem que se removesse compulsoriamente o magistrado de sua comarca ou vara, de modo que respondesse temporariamente pelo serviço nos casos em que o juiz titular

estivesse afastado ou sobrecarregado" (STF – Pleno – MS 25747/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 17-5-2012).

398 SCHMITT, Carl. *La defensa de...* Op. cit. p. 95.

399 FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Parecer – Em defesa das garantias do Ministério Público.* São Paulo: Imprensa Oficial, 1961. p. 65.

400 *JSTF* 49/94; 57/52.

401 Redação dada pela EC nº 45/04.

402 Em relação ao exercício de "uma de magistério", entendeu o STF que "a expressão '*uma de magistério*' visa apenas impedir que a cumulação autorizada prejudique, em termos de horas destinadas ao magistério, o exercício da magistratura, sendo a questão, portanto, de compatibilização de horários, a ser resolvida caso a caso" (STF – Pleno – Adin nº 3126/DF – medida cautelar – Rel. Min. Gilmar Mendes – *Informativo STF* nº 376, p. 2) e não a obrigatoriedade numérica de exercer o magistério em uma única unidade de ensino. No mesmo sentido, STF – Pleno – ADI 3508/MS – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 27-6-2007, onde o Supremo reafirmou a impossibilidade de previsão de novos requisitos que não sejam os utilizados pela LOMAN (art. 26, parágrafo único: "correlação de matérias" e "compatibilidade de horário" (conferir: *Informativo STF* nº 474).

403 Conferir extenso comentário no item 95.5-A – MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.* 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. O entendimento defendido no texto, em relação à dedicação exclusiva, foi corroborado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que reafirmou ter a Constituição Federal vinculado "uma proibição geral de acumulação do cargo de juiz com qualquer outro, de qualquer natureza ou feição, salvo uma de magistério" (STF – Pleno – MS 25.938/DF – Rel. Min. Carmen Lúcia, *DJe*-172, 11 set. 2008).

404 STF – Pleno – Adin nº 3.367/DF – Rel. Min. Cezar Peluso, decisão: 13-4-2005. *Informativo STF* nº 383.

405 Aprovado na 68ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, do dia 6 de agosto de 2008, nos autos do Processo nº 200820000007337.

406 Cf. MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos...* Op. cit. p. 65-75; PIÇARRA, Nuno. *Separação de poderes...* Op. cit.; FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Conflito entre poderes.* Op. cit.

407 CF, art. 71, inc. IV.

[408] ALMEIDA NETO, José Tarcízio de. *Direito constitucional...* Op. cit. p. 258.

[409] Posicionando-se a favor da criação de um controle externo do Poder Judiciário, que entende compatível com a Separação dos Poderes, Mário Brockmann afirma que "a expressão poderes independentes permite uma interpretação abusiva da teoria inspirada da fórmula importada, pois o que se busca com a separação de poderes é a sua limitação mútua, enquanto que o que se obtém com a sua independência é uma lógica de expansão isolacionista. E com o isolamento podem vir a irresponsabilidade, o privilégio e o abuso" (Separação de Poderes e Controle Externo do Judiciário. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 9, p. 85, 1996).

[410] Sobre os reflexos da politização dos juízes na atividade jurisdicional, consultar: FERRAZ, Junior, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência? *Revista Trimestral* de *Direito Público*, São Paulo: Malheiros, p. 46.

[411] TEMER, Michel. Constituição e *Política...* Op. cit. p. 77-78.

[412] Conselhos Superiores da Justiça – Conselho Superior da Magistratura (CRP, arts. 219 e 220); Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais (CRF, art. 219) e Conselho Superior do Ministério Público (art. 222).

[413] *Direito constitucional.* Op. cit. p. 768.

[414] STF – Adin nº 135-PB – Rel. Min. Octavio Gallotti – d. 21-11-96 – *Informativo STF*, nº 54.

[415] STF – Pleno – Adin nº 137-0/PA – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 3 out. 1997, p. 49.227.

[416] STF – Pleno – Adin nº 202-3/BA – Rel. Min. Octavio Gallotti, *Diário da Justiça*, Seção I, 13 set. 1996, p. 33.320, e *Informativo STF* nº 43, onde são citados os seguintes precedentes: ADin 314-PE (Pleno, 4-9-91); ADin 189-RJ (*RTJ* 138/371); Aor 70-SC (*RTJ* 147/345).

[417] STF – Pleno – Adin nº 98-5/MT – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 31 out. 1997, p. 55.539.

[418] LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo.* São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 515-516.

[419] DAHL, Robert. *Sobre a democracia.* Brasília: UnB, 2001.

[420] VERGOTINI, Giuseppe. *Diritto costituzionale.* 2. ed. Pádua: Cedam, 2000.

[421] DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

[422] SCHMITT, Carl. *Sobre el parlamentarismo*. 2. ed. Madri: Tecnos, 1996.

[423] CAMPILONGO, Celso Fernandes. Magistratura, sistema jurídico e sistema político. In: FARIA. José Eduardo (Coord.). *Direito e justiça*: a função social do Judiciário. 3. ed. São Paulo: Ática, 1997, p. 117.

[424] ROBISON, Donald L. *To the best of my ability*: the presidency the constitution. New York: W. W. Norton & Company, 1987. p. 96; LEARNED, Henry Barrett. *The president's cabinet*: studies in the origin, formation and structure of american institution. New Haven: Yale University Press, 1912. p. 369; NWANKWO, Onyekwere G. The U. S. president and the bureaucracy: an open systems analyses. *Journal of Constitutional and Parliamentary Studies*, New Delhi, ano 3-4, v. 18, jul./dez. 1984. p. 35.

[425] Nesse sentido, conferir: SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. *USP – Estudos avançados*, v. 18, nº 51, p. 83, maio/ago. 2004; VIANNA, Luiz Wernneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *Corpo e alma da magistratura brasileira.* 2. ed. Porto Alegre: Revan, 1998, p. 12; APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. *Poder Judiciário*: do moderno ao contemporâneo. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998. p. 178; DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes.* São Paulo: Saraiva, 1996. p. 3.

[426] Como salientado pelo Ministro Marco Aurélio, em entrevista ao jornal *Folha de S. Paulo*, "Por que não pensarmos também em reforma do Legislativo e do Executivo? Será que somos os culpados, como são os servidores públicos, por tudo o que não seja do agrado de Fulano e Sicrano? Será que somos a bola da vez?" (Jornal *Folha de S. Paulo*, caderno Brasil, sábado, 31 de maio de 2003, A-13).

[427] Como afirmando por Fábio Konder Comparato, "a independência funcional da magistratura, assim entendida, é uma garantia institucional do regime democrático" (COMPARATO, Fábio Konder. O Poder Judiciário no regime democrático. *USP – Estudos avançados*, v. 18, nº 51, p. 152, maio/ago. 2004).

[428] Otto Bachoff salienta a necessidade da independência do Judiciário em relação aos poderes políticos, afirmando que “o juiz administra justiça em nome do povo – essa não é uma fórmula vazia – da mesma forma que o Parlamento promulga leis e o Governo governa em nome do povo” (BACHOFF, Otto. *Jueces y constitución.* Madri: Civitas, 1987. p. 59).

[429] ENTERRÍA, García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo.* Madri: Civitas, 1988. vol. I, p. 27.

[430] NALINI, José Renato. Lições de uma pesquisa. *Revista da Escola Paulista de Magistratura*, ano 1, nº 3, p. 175, maio/out. 1997.

[431] Em defesa da autonomia do Judiciário, enquanto agentes políticos governantes (COMPARATO, Fábio Konder. Porque uma escola de governo. *Revista da Escola Paulista de Magistratura*, ano 1, nº 3, p. 169, maio/out. 1997).

[432] PARODI, Jean-Luc. Proportionnalisation périodique, cohabitation, atomisation partisane: un triple défi pour le régime semi-présidentiel de la cinquième république. *Revue Française de Science Politique*, Paris, nº 3 e 4, v. 47, p. 292 ss, jul./ago. 1997; GONDOUIN, Geneviève. Escritos sobre a França e o regime presidencial. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Etranger*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, nº 2, p. 321, mar./abr. 1998; VIRGILIO, Aldo di. Semipresidenzialismo e doppio turno nella Quinta Repubblica francese: un modelo di successo. In: GAMBINO, Silvio (Coord.). *Forme di governo e sistemi elettorali.* Pádua: Cedam, 1995. p. 331; CHANTEBOUR, Bernard. *Droit constitutionnel et science politique.* 17. ed. Paris: Armand Colin, 2000. p. 543; PACTET, Pierr. *Institutions politiques e droit constitutionnel.* 19. ed. Paris: Armand Colin, 2000. p. 421. Conferir, ainda: SCHMITT, Carl. *Sobre el parlamentarismo.* 2. ed. Madri: Tecnos, 1996. p. 20.

[433] Como salienta Canotilho, acompanhado por Vital Moreira, “o sistema de governo da CRP insere-se assim naquele conjunto de sistemas de natureza híbrida ou mista, correntemente designados pela generalidade da nossa doutrina por *sistema semipresidencial*. O conceito deve-se a Maurice Duverger, tendo sido construído a partir de um conjunto de sistemas de governo, especialmente o da V República francesa, que, tal como o português, combinam as fórmulas parlamentares com um presidente da República eleito por sufrágio universal e dotado de significativos poderes de intervenção política autónoma” (CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Os poderes do presidente da república.* Coimbra: Coimbra, 1991. p. 12-14). Conferir, ainda em relação ao semipresidencialismo português: MIRANDA, Jorge. A eleição do presidente da república em Portugal.

Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 30, p. 41; DUVERGER, Maurice. *Les regimes semi-présidentiels.* Paris, 1986. p. 7; HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional.* 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 685; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no liminar do século XXI.* São Paulo: Saraiva, 2001. p. 101 e 203-204.

[434] Em relação à constitucionalização do parlamentarismo, conferir: MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. *As novas tendências do direito constitucional.* São Paulo: Editora Nacional, 1933. p. 188; BRYCE, James. *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*. 2. ed. Madri: Instituto de Estúdios Políticos, 1962. p. 11; DICEY, Altert Venn. *Introduction to the study of the law of the constitution.* Londres: Macmillan, 1945. p. 39 ss.

[435] Em relação à independência do Poder Judiciário, no regime presidencialista, e o aumento da "responsabilidade do Judiciário de exercer a mediação política entre os dois outros poderes e no controle constitucional dos atos legislativos e de governo", conferir: SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. *USP – Estudos avançados*, v. 18, nº 51, p. 80, maio/ago. 2004.

[436] HALL, Kermit L. *The Oxford guide to United States Supreme Courts decisions.* New York: Oxford University Press, 1999; LIEBERMAN, Jethro K. A *practical companion to the constitution.* Los Angeles: University California Press, 1999; PRITCHETT, Herman. In: Vários autores. *Ensaios sobre a Constituição dos Estados Unidos.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978. p. 144; WOODWARD, Bob; ARMSTRONG, Scott. *Por detrás da Suprema Corte.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985; GILMORE, Grant. *As eras do direito americano.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978; KRISTOL, Irving et al. *A ordem constitucional americana.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987; SCHWARTZ, Bernard. *Algunos artífices del derecho norteamericano.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1985; GOLDWIN, Robert A.; SCHAMBRA, Willian A. (Org.). In: Vários autores. *A Constituição norte-americana.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986; HARMOS, M. Judd (Org.). *Ensaios sobre a Constituição dos Estados Unidos.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978; DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo.* São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 390.

[437] STF – MS 26163/DF – medida cautelar – Rel. Min. Carmen Lúcia, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 out. 2006, p. 35.

[438] STF – 1ª T. – MS 28845/DF – Rel. Min. Marco Aurélio – julgamento: 21-11-2017.

[439] ENTERRÍA, Garcia de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo.* Madri: Civitas, 1988. v. I, p. 28.

[440] STF – Pleno – Adin nº 3.367/DF – Rel. Min. César Peluso, decisão: 13-4-2005. *Informativo STF* nº 383.

[441] STF – Pleno – Adin nº 3.367/DF – Rel. Min. César Peluso, decisão: 13-4-2005. *Informativo STF* nº 383.

[442] Thomas Bulfinch aponta a origem mitológica da expressão *voto de Minerva,* ao narrar o julgamento de Orestes – filho de Agamênon, comandante-chefe dos gregos durante a Guerra de Tróia – pela morte de sua mãe Clitenestra e seu amante Egisto, assassinos de seu pai. A acusação foi feita pelas Erínias ou Fúrias – "três deusas que puniam, com tormentos secretos, os crimes daqueles que zombavam da justiça pública. Tinham as cabeças cobertas de serpentes e o aspecto terrível e amedrontador. Conhecidas também como Eumênides, chamavam-se, respectivamente, Alecto, Tisífone e Megera" (p. 15) –, no Tribunal de Areópago, designado pela deusa Minerva. Orestes, em sua defesa, invocou como justificativa a ordem do oráculo de Delfos. O julgamento terminou empatado, tendo Orestes sido absolvido pelo voto de desempate dado por Minerva (*O livro de ouro da mitologia.* 6. ed. São Paulo: Ediouro, 1999. p. 279).

[443] Conforme salientou o Ministro Sepúlveda Pertence, "ainda que disponha o art. 103-B, § 6º, da Constituição Federal que *junto ao Conselho oficiarão o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil*, a ausência destes às sessões do Conselho não importa em nulidade das mesmas" (STF – Pleno – Ag. Reg. no Mandado de Segurança 25.879-9/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 8 set. 2006).

[444] Em relação a efetividade do controle realizado pelo Supremo Tribunal Federal em relação aos limites do CNJ, conferir algumas decisões: Pleno – MS 28598 AgR-MC/DF e MS 28611 AgR-MC/MA, Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 14-10-2010 (impossibilidade de interferência em atos de conteúdo jurisdicional); Pleno – MS 27154/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 10-11-2010 (necessidade de respeito ao contraditório e ampla defesa para anular atos de nomeação de servidores concursados); MS 28801 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *Informativo STF* nº 599, 6 a 10 de setembro de 2010 (Respeito ao *princípio da subsidiariedade* em matéria correicional, disciplinar e administrativa em atenção a previsão constitucional da Autonomia dos Tribunais).

[445] Em defesa da criação de um órgão de controle democrático das atribuições administrativas e financeiras do Poder Judiciário: CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino. *A democratização do poder judiciário.* Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998. p. 143. No mesmo sentido, Fábio Konder Comparato defende como ideal a instituição de "um outro órgão de representação popular, tanto no nível federal, quanto no estadual, com a competência exclusive de exercer todas as funções de fiscalização e inquérito atualmente atribuídas aos órgãos legislativos, além da supervisão permanente do funcionamento do Poder Judiciário" (COMPARATO, Fábio Konder. O poder judiciário no regime democrático. *USP – Estudos avançados.* v. 18, nº 51, maio/ago. 2004. p. 157).

[446] STF – Pleno – Questão de Ordem em AO nº 1.814/MG – Rel. Min. Marco Aurélio; STF – Pleno – ACO 1680 AgR/AL – Rel. Min. Teori Zavascki, decisão: 24-9-2014; STF – 2ª T. – ACO 2.373 AgR/DF – Rel. Min. Teori Zavascki, decisão: 19-8-2014.

[447] Rcl 15564 AgR/PR, red. p/ o ac. Min. Luiz Fux, j. 10.9.2019; Rcl 15551 AgR/GO, 2ª T, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 26.11.2019.

[448] STF – Pleno – AOs 2415, 2424 AgRg, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 30-11-2020.

[449] Nesse mesmo sentido, posicionou-se o primeiro relator da Reforma do Judiciário (PEC nº 29 de 2000), no Senado Federal, o Senador Bernardo Cabral, ao propugnar, com base no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, "a eliminação da existência de elementos externos ao Judiciário quando da composição do Conselho Nacional de Justiça".

[450] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – ATA DA PRIMEIRA SESSÃO ADMINISTRATIVA DO ANO DE 2004, realizada em 5 de fevereiro de 2004.

[451] Observe-se, porém, que a antiga maioria de 6 (seis) Ministros, com a aposentadoria do Ministro Maurício Corrêa, atualmente encontra 5(cinco) defensores no Tribunal.

[452] Nesse mesmo sentido: ALVARENGA, Aristides Junqueira. *Reforma do Judiciário.* Enfoque Jurídico, agosto de 1997, p. 10.

[453] STF – Pleno – MS 28603/DF, MS 28594/DF, MS 28651/DF – red. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio, decisão: 6-10-2011; STF – Pleno – Ag. Reg. no Mandado de Segurança nº 25.879-9/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 8 set. 2006, p. 34; STF – MS nº 25962/DF – medida liminar – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 jun. 2006, p. 10; STF – MS nº

26110/DF – medida cautelar – Rel. Min. Joaquim Britto, *Diário da Justiça*, Seção I, 24 ago. 2006, p. 27; STF – MS nº 26163/DF – medida cautelar – Rel. Min. Cármen Lúcia, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 out. 2006, p. 35; STF – MS nº 26209/DF – medida cautelar – Rel. Min. Gilmar Mendes, *Diário da Justiça*, Seção I, 27 out. 2006, p. 70; STF – MS nº 26167/DF – medida cautelar – Rel. Min. Cármen Lúcia, *Diário da Justiça*, Seção I, 8 nov. 2006, p. 31; STF – MS nº 26215/DF – medida cautelar – Min. Gilmar Mendes, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 nov. 2006, p. 56; STF – MS nº 25936/DF – embargos declaratórios – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 25 ago. 2006, p. 68; STF – MS nº 26138/DF – medida cautelar – Rel. Min. Joaquim Barbosa, *Diário da Justiça*, Seção I, 5 out. 2006, p. 48; STF – MS nº 26056/DF – Rel. Min. Eros Grau, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 out. 2006, p. 34; STF – MS nº 26045/DF – medida cautelar – Rel. Min. Joaquim Barbosa, *Diário da Justiça*, Seção I, 26 set. 2006, p. 43; STF – MS nº 26084/DF – medida cautelar – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 30 ago. 2006, p. 24. Conferir, ainda: STF – Petição 3674-3/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 4-10-2006. Nesse julgado, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a competência constitucional do STF para as ações contra atos do CNJ e CNMP, porém exclui a possibilidade de competência originária do Pretório Excelso para ações populares contra seus Plenários em virtude da edição de resoluções.

[454] Conforme salientado pelo Ministro Gilmar Mendes, “a ordem constitucional assegura ao Conselho Nacional de Justiça espectro de poder suficiente para o exercício de suas competências (art. 103-B, CF/88), não podendo esta Corte substituí-lo no exame discricionário dos motivos determinantes de suas decisões, quando estas não ultrapassem os limites da legalidade e da razoabilidade” (STF – MS nº 26209/DF – medida cautelar – Rel. Min. Gilmar Mendes, *Diário da Justiça*, Seção I, 27 out. 2006, p. 70). Conferir, também, a interpretação sobre o “poder revisional” do STF em relação as decisões do CNJ: STF – Pleno – MS 26710/DF e 26749/DF – Questão de Ordem – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 2-8-2007. *Informativo STF* nº 474, tendo, inclusive, o STF declarado a inconstitucionalidade do art. 98 do Regimento Interno do CNJ (STF – Pleno – MS 55207/DF – Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão: 23-10-2008).

[455] STF – Pleno – Adin nº 3.367/DF – Rel. Min. César Peluso, decisão: 13-4-2005. *Informativo STF* nº 383.

[456] STF – 1ª T. – MS 36895 ED – Rel. Min. Alexandre de Moraes, 29-5-2020.

[457] STF – Pleno – MS nº 25.962/DF – Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 23-10-2008.

[458] STF – Pleno – MS nº 26.163/DF – Rel. Min. Cármen Lúcia, *Informativo STF* nº 465; STF – Pleno – MS nº 26.284/DF – Rel. Min. Menezes Direito, *Informativo STF* nº 500.

[459] O STF negou seguimento a mandado de segurança contra decisão plenária do Conselho Nacional de Justiça, tendo afirmado o Ministro Carlos Britto, que "em boa verdade, pretende a impetrante ver discutidas no Supremo Tribunal Federal denúncias sobre comportamento de magistrados que já foram apreciadas e rejeitadas pelo órgão competente para tal (o CNJ)" (STF – MS nº 26065/DF – Rel. Min. Carlos Britto, *Diário da Justiça*, Seção I, 25 ago. 2006, p. 74). Conferir, ainda: STF – MS nº 26110/DF – medida cautelar – Rel. Min. Joaquim Britto, *Diário da Justiça*, Seção I, 24 ago. 2006, p. 27.

[460] STF – MS nº 26209/DF – medida cautelar – Rel. Min. Gilmar Mendes, *Diário da Justiça*, Seção I, 27 out. 2006, p. 70.

[461] A nova redação dada pela EC 103, de 12 de novembro de 2019 excluiu a possibilidade do CNJ determinar a "aposentadoria".

[462] STF – MS 26110/DF – medida cautelar – Rel. Min. Joaquim Britto, *Diário da Justiça*, Seção I, 24 ago. 2006, p. 27.

[463] STF – Pleno – MS 33.565/DF – Rel. Min. Rosa Weber, 14-6-2016.

[464] STF – Pleno – ADC 12 – medida cautelar – Rel. Min. Carlos Britto, decisão: 16-2-06 e *Diário da Justiça*, Seção I, 1 set. 2006, p. 15.

[465] STF – Pleno – MS 28003/DF – Rel. Min. Luiz Fux, decisão: 8-2-2012, DJe-106, 30-5-2012. Em relação à competência disciplinar concorrente, conferir ainda: STF – Pleno – MS 28102/DF – Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão: 14-6-2012. Conferir, também, o voto do Ministro Celso de Melo, no MS 28.891/DF, de 4 de outubro de 2016.

[466] STF – Pleno – Adin nº 3.367/DF – Rel. Min. Cezar Peluso, decisão: 13-4-2005. *Informativo STF* nº 383.

[467] VEDEL, Georges. *Droit administratif.* Paris: Presses Universitaries de France, 1973. p. 318; FAGUNDES, M. Seabra*. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.* São Paulo: Saraiva, 1984, p. 131.

[468] Em defesa da necessidade de *independência dos tribunais,* Paulo Bonavides afirma que "um Tribunal carente de independência, politizado ao excesso pelo Executivo, fragilizado pelo desrespeito à sua função, debilitado pelas omissões no

controle jurisdicional de constitucionalidade é o inimigo da Constituição" (BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). *USP – Estudos avançados*, v. 18, nº 51, maio/ago. 2004. p. 141).

469 STF – Pleno – Adin nº 3.367/DF – Rel. Min. César Peluso, decisão: 13-4-2005. *Informativo STF* nº 383.

470 CHEVALLIER, Jacques. *L'Etat de droit.* Paris: Montchrestien, 1992. p. 12.

471 LARENZ, Karl. *Derecho justo*: fundamentos de ética jurídica. Tradução de Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 1985. p. 154.

472 VEDEL, Georges. *Droit administratif.* Paris: Presses Universitaries de France, 1973. p. 320.

473 FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Arbitrariedad y discrecionalidad.* Madri: Civitas, 1991. p. 115.

474 FRANÇA, Vladimir da Rocha. Considerações sobre o controle de moralidade dos atos administrativos. *RT* 774/108.

475 CHAPUS, René. *Droit administratif general* 6. ed. Paris: Montchrestien, 1992, t. 1, p. 775.

476 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada.* 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 922.

477 Conferir, na doutrina, a *teoria dos motivos determinantes:* MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 137 e 182; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 175; BASTOS, Celso. *Curso de direito administrativo.* São Paulo: Saraiva, 1994. p. 96; GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 66.

478 STF – 1ª T. – MS 27.463/MT – Rel. Min. Marco Aurélio, 10-5-2016. O que, obviamente, não afasta a possibilidade de o CNJ negar a aplicação de previsão de lei estadual idêntica a outra lei declarada anteriormente inconstitucional (MS 26.739/DF – Rel. Min. Dias Toffoli, 1º-3-2016).

479 No sentido da impossibilidade de realização de controle incidental de constitucionalidade pelo CNJ, conferir: STF – Pleno – MS 32.582/DF, medida cautelar – Rel. Min. Celso de Mello, *DJe* de 11-2-2014; STF – Pleno – MS 32.865-MC/RJ – Rel. Min. Celso de Mello, *DJe* de 5-6-2014; STF – 2ª T. – MS 30793/DF – Rel. Min. Cármen Lúcia, 5-8-2014; STF – Pleno – MS 32.824, medida cautelar, Rel. Roberto Barroso, 14-4-2014. No mesmo sentido, em julgamento suspenso

por pedido de vistas, salientou o Ministro Luiz Fux, em relação ao CNMP, que "por ser órgão de natureza administrativa cuja atribuição adstringir-se-ia ao controle de legitimidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público federal ou estadual (CF, art. 130, § 2º), o CNMP não ostentaria a competência para efetuar controle de constitucionalidade de lei. Afirmou que o CNMP, ao declarar a inconstitucionalidade do mencionado diploma normativo, exorbitara de suas funções" (STF – 1ª T. – MS 27.744/DF – Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 6-5-2014).

480 STF – Pleno – MS 28112/DF e Pet. 4656/PB – Rel. Min. Cármen Lúcia – julgamento: 19-12-2016.

481 Conferir, em relação à obrigatoriedade de lei complementar: STF – Pleno – Adin nº 3.224/AP – Rel. Min. Ellen Gracie, decisão: 13-10-2004 – *Informativo STF* nº 365, p. 2; STF – Pleno – ADI nº 3.227-5/MG – Rel. Min. Gilmar Mendes, *Diário da Justiça*, Seção I, 1 set. 2006, p. 16.

482 STF – Pleno – ADI 4219, Rel. Min. Cármen Lúcia, Red. p/ Acórdão Min. Edson Fachin, j. 5-8-2020.

483 STF – Pleno – ADI 6794/CE, ADI 6795/MS, ADI 6796/RO Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamentos virtuais finalizados em 24-9-2021.

484 STF – Pleno – ADI 5329, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 15-12-2020.

485 "Magistratura – Promoção por antiguidade – Precedência – Remoção. A promoção na magistratura por antiguidade precede a mediante remoção" (STF – Pleno – RE 1037926 – Tema 964, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 16-9-2020).

486 STF – Pleno – ADI 6779/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento virtual finalizado em 27-8-2021; STF – Pleno – ADI 6766/RO, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento virtual finalizado em 20-8-2021; STF – Pleno – ADI 3358/PE, Rel. Min. Rosa Weber, julgamento virtual finalizado em 22-10-2021.

487 Em relação à importância na seleção dos magistrados e da necessidade da criação da Escola de aperfeiçoamento da magistratura: VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Do poder judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico – efeito vinculante em outros temas. *Revista dos Tribunais*, ano 6, nº 25, out/dez. 1998, p. 19; DALLARI, Dalmo de Abreu*. O poder dos juízes.* São Paulo: Saraiva, 1996, p. 21; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo*. O juiz.* Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

488 Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, promulgada em 4-6-1998 e publicada no *Diário Oficial da União* em 5-6-1998. Ressalte-se que o art. 34 da

própria Emenda Constitucional estabeleceu que sua entrada em vigor seria na data de sua promulgação.

[489] Redação dada pela EC nº 20/98.

[490] A nova redação dada pela EC 103, de 12 de novembro de 2019 afastou a hipótese de "aposentadoria".

[491] STF – 1ª T. – RE nº 452709/SP – Rel. Min. Carlos Britto, decisão: 30-5-2006 – *Informativo STF* nº 429.

[492] STJ – 5ª T. – HC nº 46.354/SP – Rel. Min. Gilson Dipp, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 maio 2006, p. 347.

[493] Em relação à EC nº 19/98 e à EC nº 41/03, limite salarial e os direitos adquiridos – Capítulo 9, item 20.

[494] STF – Pleno – ADI 4014, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 7-12-2020.

[495] O STF declarou a constitucionalidade de resolução do CNMP que admite a "possibilidade de comprovação do triênio constitucional com cursos de pós-graduação".

[496] STF – Pleno – ADI 6794/CE, ADI 6795/MS, ADI 6796/RO Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamentos virtuais finalizados em 24-9-2021.

[497] Conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça, não prevalece cláusula editalícia que prevê prazo de 5 (cinco) anos de atividade jurídica (STJ – 6ª T. – RMS 25460/PB – Rel. Min. Maria Thereza Assis Moura, decisão: 17-3-2011).

[498] STF – Repercussão geral – RE 655.265/DF – Rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 4-8-2016.

[499] Em relação à fundamentação para aplicação desses critérios ao acesso aos tribunais de 2º grau, conferir: MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e Legislação constitucional.* 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006 – item 93.7.

[500] Para análise detalhada: MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.* 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006 – item 93.4.

[501] STF, ADIN nº 410/SC; STF – Pleno – Ação Originária nº 232-0/PE – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 20 abr. 2001, p. 105.

[502] Trata-se, exatamente, da proteção pretendida nas hipóteses versadas na ADI nº 2.580-5/CE e na Rp nº 1270-1/SC.

[503] Não foi outro o entendimento exposto na Adin nº 410/MC, onde se discutiu a possibilidade de delegação jurisdicional e administrativa do Plenário aos Órgãos Especiais ser feita regimentalmente ou por lei formal.

[504] Ressalte-se, ainda, que, na Ação Originária 232-PE, o Ministro Sydney Sanches igualmente deixou claro que a atuação do Órgão Especial substitui a atuação do Plenário do Tribunal, não se confundindo com mero órgão fracionário: "fico em dúvida sobre o interesse maior dos impetrantes, porque, se o Tribunal de Justiça tiver de criar o Órgão Especial, terá que lhe conferir todas as atribuições administrativas e jurisdicionais da competência do Tribunal Pleno, como está expresso, aliás, no inciso XI do art. 93 da Constituição Federal. Mas isso não está em discussão agora. A discussão é sobre se a lei poderia regular algo que deve ser objeto do Regimento Interno". O mesmo entendimento foi apontado, na citada ação, pelo Ministro Marco Aurélio, que salientou a diferença entre a mera criação de um órgão fracionário do Tribunal e a constituição do Órgão Especial, que se substitui ao Plenário, nas matérias que lhe forem delegadas.

[505] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Reflexiones sobre la ley e los princípios generales del derecho.* Madri: Civitas, 1996, p. 30.

[506] STF – MS nº 25951 MC/DF – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 4-8-2006; STF – Pleno – Ag. Reg. na Reclamação 3626-0/PE – Rel. Min. Cezar Peluso, decisão: 12-6-2006.

[507] STF – Pleno – Ag. Reg. na Reclamação 3626-0/PE – Rel. Min. Cezar Peluso, decisão: 12-6-2006.

[508] STF – MS 25951 MC/DF – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 4-8-2006.

[509] A Resolução nº 03/2005 foi repristinada pelo CNJ, por meio da Resolução nº 28/06, que revogou a Resolução nº 24/06. O CNJ editou a Resolução nº 24/06, que havia revogado parcialmente a Resolução nº 3, de 16 de agosto de 2005, em especial no que havia declarado a proibição imediata das férias coletivas nos juízos e tribunais de 2º grau. O CNJ manteve o posicionamento de consagrar a autoaplicabilidade da atividade jurisdicional ininterrupta, porém para evitar maiores transtornos aos jurisdicionados, que acabaram prejudicados pela necessidade dos julgamentos em 2º grau passarem a ser realizados por Câmaras ou Turmas incompletas (em virtude das férias individuais dos magistrados), delegou aos tribunais a possibilidade de regulamentação, por meio de plantões judiciais de final de ano, a concretização dessa demanda constitucional. Ocorre, porém, que o Supremo Tribunal Federal suspendeu, por unanimidade, a eficácia da citada Resolução nº 24/06 (ADI 3823, Rel. Min. Carmem Lúcia, decisão: 6-12-2006). Em face disso, o CNJ editou a Resolução nº 28, em 18 de dezembro de

2006, revogando a Resolução nº 24/06 e repristinando o inteiro teor da Resolução nº 03/05.

[510] SANTOS, Nelton dos. *Código de processo civil interpretado*. 2. ed. Coordenação Antônio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas 2005, p. 491.

[511] No STF: 2ª T. – Ag. Reg. no Agravo de Instrumento 507.423-1/ Alagoas – *Diário da Justiça*, 26-10-2004, Rel. Min. Joaquim Barbosa, em relação ao provimento 18/2000 do Estado de Alagoas; 1ª T. – Ag. Reg. no Agravo de Instrumento 480.026-6/ São Paulo – *DJ*, 5-10-2004, Rel. Min. Sepúlveda Pertence – provimento do Conselho Superior da Magistratura de São Paulo; no STJ: Resp. nº 49014-2 – 4ª T., decisão: 4 de agosto de 2005; Resp. nº 193.977- RJ – 4ª T., tendo neste último o Ministro Fernando Gonçalves ressaltado, em decisão recente de 16 de março de 2004, que, segundo entendimento das Turmas que compõem a Segunda Seção, os prazos podem ser suspensos durante o recesso forense, assemelhado ao que ocorre nos feriados forenses. Inúmeras outras decisões do Superior Tribunal de Justiça igualam, para efeitos processuais, o *recesso forense* com os *feriados forenses* estabelecidos em lei, e *não vedados pela EC nº 45/04*, como se constata nos Agravos Regimentais nos Agravos de Instrumentos nº 0163895-5, 5ª T. – Rel. Min. Laurita Vaz, decidido em 1º de março de 2005 e nº 59153-9, 1ª T. – Rel. Min. Denise Arruda.

[512] Rodolfo de Camargo Mancuso faz interessante análise sobre o aumento do número de membros do STF, sob o argumento de excesso no volume de trabalho, mas com reais intenções políticas. O autor posiciona-se contra essa possibilidade (*Recurso extraordinário e recurso especial.* 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 68-72).

[513] MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição...* Op. cit. p. 21; SILVA, Paulo Napoleão Nogueira. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 242.

[514] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários...* Op. cit. p. 486.

[515] Nesse mesmo sentido: FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito constitucional comparado.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 205. Em sentido contrário, Manoel Gonçalves Ferreira Filho ensina que “é certo que a melhor interpretação, conforme a lição de Pedro Lessa, era a que via implícita a necessidade de saber jurídico, dada a natureza das funções”, que porém afirma que, “hoje, indubitavelmente, não poderá fazer parte do Supremo quem não for graduado em Direito” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários...* Op. cit. p. 486). Também Michel Temer ensina que “a Constituição alude a notável

saber jurídico. Haverá de ser bacharel em Direito? Indubitavelmente, sim. Só pode notabilizar-se na área jurídica aquele que nela desempenhar atividades durante o processo" (*Elementos...* Op. cit. p. 165).

[516] FERREIRA, Pinto. *Comentários...* Op. cit. v. 4, p. 89. Fernando Whitaker da Cunha entende que "seria desejável, também, que no plano federal, o Supremo Tribunal deveria ter um mínimo de cinco juízes de carreira" (*Direito ...* Op. cit. p. 296).

[517] Consultar o excelente relato histórico e político de Emilia Viotti da Costa (*O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania.* São Paulo: Ieje, 2001).

[518] Cf. RODRIGUES, Lêda Boechat. *História...* Op. cit. t. 1, p. 46.

[519] Cf. nosso *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais.* São Paulo: Atlas, 2000. p. 286 ss.

[520] Conferir crítica de Pontes de Miranda em relação ao requisito do "notável saber jurídico" (*Comentários à Constituição de 1946.* Rio de Janeiro: Henrique Cahem, 1947. v. 2, p. 186).

[521] Como salientado por Antônio Araújo, ao analisar semelhante problemática no Tribunal Constitucional Português, "a exigência de formação jurídica não oferece dúvidas, atende a natureza da competência do TC e, acima de tudo, o tecnicismo das matérias sobre que incide o juízo de constitucionalidade", concluindo que "a simbiose entre juristas de origem e percursos profissionais diversos tem sido apontada por vários juízes como um dos aspectos mais positivos da vivência quotidiana do Tribunal" (*O tribunal...* Op. cit. p. 50).

[522] Nesse sentido decidiu o STF: "Para a investidura no cargo de Ministro do STJ em vaga destinada aos juízes dos Tribunais Regionais Federais (CF, art. 104, parágrafo único, I), não se exige que o nomeado pertença originariamente à classe da magistratura. Com esse entendimento, o Tribunal indeferiu mandado de segurança impetrado pela Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE) contra ato do Presidente da República que indicara, para o cargo de Ministro do STJ, juiz que ocupava vaga no TRF destinada a advogados" (STF – Pleno – MS nº 23.445/DF – Rel. Min. Néri da Silveira, decisão: 18-11-99. *Informativo STF* nº 171).

[523] STF – Pleno – ADI 4087/DF – Rel. Min. Luiz Fux, Red. p/Acórdão Min. Carmen Lúcia, decisão: 10-11-2011.

[524] EC nº 112, de 17 de maio de 2022.

[525] Votaram a favor da possibilidade os Ministros Eros Grau, Cezar Peluso e Ellen Gracie; e, contra, os Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa.

[526] STF – 2ª T. – RMS 27920/DF – Rel. Min. Eros Grau, decisão: 6-10-2009. *Informativo STF* nº 562.

[527] A redação original da Constituição Federal (art. 104, parágrafo único, CC, art. 47) exigia maioria simples.

[528] Observe-se que o art. 2º da EC nº 24, de 9 de dezembro de 1999, assegurou o cumprimento dos mandatos dos atuais ministros classistas temporários do Tribunal Superior do Trabalho e dos atuais juízes classistas temporários dos Tribunais Regionais do Trabalho e das Juntas de Conciliação e julgamento, independentemente da manutenção da paridade entre representantes de empregados e empregadores.

[529] EC nº 112, de 17 de maio de 2022.

[530] EC nº 112, de 17 de maio de 2022.

[531] EC nº 92/16.

[532] A redação original da Constituição Federal (art. 111, § 1º cc, art. 47) exigia maioria simples do Senado para aprovação dos indicados ao cargo de Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.

[533] Conforme decidiu o STF, "a teor do disposto no artigo 123 da Constituição Federal, o Superior Tribunal Militar há de estar composto por quinze ministros vitalícios, sendo as vagas destinadas aos militares, em número de dez, preenchidas por oficiais generais. As demais, ao menos neste primeiro exame assim é dado concluir, devem estar ocupadas por civis, tomado o vocábulo no sentido estrito. Ora, embora profissional da advocacia, o indicado mediante a Mensagem nº 459, de 15 de abril de 1998, do Excelentíssimo Senhor Presidente da República ao Senado Federal, *ostenta a qualificação de militar, porquanto, ao passar para a reserva, manteve a respectiva patente*" (STF – Pleno – MS nº 23.138-9/DF – medida liminar – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 maio 1998, p. 7). No mérito, decidiu o Supremo Tribunal Federal pela impossibilidade de "nomeação de quem, embora inscrito na OAB, detenha a patente de tenente-coronel, já que, nos termos do inciso II do § 3º do art. 142 da CF (EC 18/98), o militar não será afastado definitivamente das Forças Armadas quando tomar posse em cargo ou emprego civil permanente (*Informativo STF* nº 170).

[534] EC nº 112, de 17 de maio de 2022.

[535] SHCLAICH, Klaus (vários autores). *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 134.

[536] FAVOREU, Louis et al. *Tribunales...* Op. cit. p. 22-23.

[537] STF – Petição nº 1.026-4-Distrito Federal, *DJU*, de 31 maio 1995, p. 15.855.

[538] *RTJ* 43/129; *RTJ* 44/563; *RTJ* 50/72; *RTJ* 53/776.

[539] Redação dada pela Emenda Constitucional nº 22, de 18 de março de 1999. Conferir, sobre os reflexos dessa alteração: Capítulo 4, itens 1.11; 1.13; 1.16.

[540] STF – Recl. nº 4.025/MT – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 16-5-2006. *Informativo STF* nº 427. Conferir, ainda: STF – Recl. nº 1.258/DF – Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 fev. 2004.

[541] Conforme já analisado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já se firmou no sentido de que a locução constitucional crimes comuns, prevista no art. 102, I, *b*, *c*, abrange todas as modalidades de infrações penais (*RTJ* 33/590; HC 69.344-RJ, Rel. Min. Néri da Silveira), estendendo-se, inclusive, aos delitos eleitorais (*RTJ* 63/1; Pet. 673-RJ, Rel. Min. Celso de Mello; Inq. 496-DF, Rel. Min. Ilmar Galvão), alcançando, até mesmo, as próprias contravenções penais (*RTJ* 91/423).

[542] Conforme salientou o Supremo Tribunal Federal, “a ordem jurídica em vigor não prevê, expressamente, suspensão do exercício das funções de Ministros de Estado denunciados por crime de responsabilidade, sem que verificada conexão com ato do Presidente da República” (Petição nº 1.392-0/RJ – medida liminar – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 26 nov. 1997, p. 61.736).

[543] Redação dada pela EC nº 23, promulgada em 2-9-1999.

[544] Em questão de ordem ainda não encerrada, na AP 937/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso (julgamentos em 31-5, 1-6 e 23-11 de 2017, o Supremo Tribunal Federal está rediscutindo a amplitude da prerrogativa de foro.

[545] STF, Pleno, AP 937 QO/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 2 e 3-5-2018.

[546] STF, Pleno, AP 937 QO/RJ, rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 2 e 3.5.2018.

[547] STF, Pleno, AP 937 QO/RJ, rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 2 e 3-5-2018.

[548] STF – Recl. 4.025/MT – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 16-5-2006. *Informativo STF* nº 427. Conferir, ainda: STF – Recl. 1.258/DF – Rel. Min. Ilmar

Galvão, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 fev. 2004.

549 Súmula 394 do STF – cancelada – "Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício." O Supremo Tribunal Federal rejeitou a proposta do Min. Sepúlveda Pertence para a edição de nova súmula, a dizer que, "*cometido o crime no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo, prevalece a competência por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cassação daquele exercício funcional*". Vencidos, nesse ponto, os Ministros Nelson Jobim, Ilmar Galvão e Néri da Silveira, que o acompanhavam para acolher a proposta de edição de nova súmula (*Informativo STF* nº 159).

550 STF – Pleno – Inquérito nº 687/SP – questão de ordem – Rel. Min. Sydney Sanches; STF – Pleno – Inquérito nº 881/MT – questão de ordem – Rel. Min. Sydney Sanches; STF – Pleno – Ações Penais nºs 313/DF, 315/DF, 319/DF, 656/AC – questão de ordem – Rel. Moreira Alves, 25-8-1999 – todos no *Informativo STF* nº 159. Conferir, ainda, nesse mesmo sentido: STF – Inquérito nº 1.461-3/AL – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 8 set. 1999, p. 24; STF – Pleno – Ação Penal nº 313-8/DF – questão de ordem – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 set. 1999, capa; STF – Pleno – Ação Penal nº 315-4/DF – questão de ordem – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 set. 1999, p. 2; STF – Pleno – Ação Penal nº 319-7/DF – questão de ordem – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 set. 1999, p. 2; STF – Inquérito nº 656-4/AC – questão de ordem – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 set. 1999, p. 2; STF – Inquérito nº 881-8/MT – questão de ordem – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 set. 1999, p. 2.

551 Nesse sentido: STF – Inquérito nº 2.252-7/DF – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 25 maio 2006, p. 8; STF – Inquérito nº 2.277/DF – questão de ordem – Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 24-5-2006, *Informativo STF* nº 428.

552 Trecho do voto do Ministro Sydney Sanches, na questão de ordem do Inquérito nº 687/SP – *Informativo STF* nº 159.

553 STF – Pleno – Inquérito nº 687/SP – questão de ordem – Rel. Min. Sydney Sanches; STF – Pleno – Inquérito nº 881/MT – questão de ordem – Rel. Min. Sydney Sanches; STF – Pleno – Ações Penais nºs 313/DF, 315/DF, 319/DF,

656/AC – questão de ordem – Rel. Min. Moreira Alves, 25-8-99 – *Informativo STF* nº 159.

554 STF – Inquérito nº 1.461-3/AL – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 8 set. 1999, p. 24.

555 *RTJ* 159/780.

556 STF – Pleno – CC nº 7.094-3/MA – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – *Diário da Justiça*, Seção 1, 4 maio 2001, p. 3.

557 Reclamação nº 511-9-Paraíba, *DJU*, de 24 out. 1994, p. 28.668.

558 CF, art. 102, § 1º com redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, 17 mar. 1993.

559 O STF, por maioria, declarou inconstitucional a Lei nº 10.628/02 (STF – Pleno – Adin nº 2797/DF e Adin nº 2860/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 15-9-2005 – *Informativo STF* nº 401, p. 1). O ministro-relator, Sepúlveda Pertence, declarou inconstitucional o § 1º do art. 84 do CPP, "por considerar que o mesmo, além de ter feito interpretação autêntica da Carta Magna, o que seria reservado à norma de hierarquia constitucional, teria usurpado a competência do STF como guardião da Constituição Federal ao inverter a leitura por ele já feita de norma constitucional, o que, se admitido, implicaria sujeitar a interpretação constitucional do STF ao referendo do legislador ordinário. Declarou, também, a inconstitucionalidade do § 2º do art. 84 do CPP. Disse que esse parágrafo veiculou duas regras: a que estende a competência especial por prerrogativa de função para inquérito e ação penais à ação de improbidade administrativa e a que manda aplicar, em relação à mesma ação de improbidade, a previsão do § 1º do citado artigo. Esta última regra, segundo o relator, estaria atingida por arrastamento pela declaração de inconstitucionalidade já proferida. E a primeira implicaria declaração de competência originária não prevista no rol taxativo da Constituição Federal. Ressaltou que a ação de improbidade administrativa é de natureza civil, conforme se depreende do § 4º do art. 37 da CF e que o STF jamais entendeu ser competente para o conhecimento de ações civis, por ato de ofício, ajuizadas contra as autoridades para cujo processo penal o seria" (STF – Pleno – ADI nº 2.797/DF e ADI nº 2860/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence –, *Informativo STF* nº 362, p. 1).

560 ABRAHAM, Henry J. A Corte Suprema no evolutivo processo político. In: Vários autores. *Ensaios sobre a Constituição dos Estados Unidos.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978. p. 93. COOLEY, Thomas. *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte.* 2. ed. São Paulo: Revista

dos Tribunais, 1982. p. 142; BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte americana.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987. p. 132.

561 Cf. MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais.* São Paulo: Atlas, 2000, p. 95 ss.

562 HALL, Kermit L. *The Oxford guide to United States Supreme Courts decisions.* New York: Oxford University Press, 1999. p. 173; SWISHER, Carl Brent. *Decisões históricas da Corte Suprema.* Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 10-14; SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 257.

563 Conferir, nesse sentido, diversos julgamentos: *RTJ* 43/129, *RTJ* 44/563, *RTJ* 50/72, *RTJ* 53/776.

564 MELO FRANCO, Afonso Arinos. *Curso de direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 98.

565 STF – Petição nº 1.026-4/DF – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 31 maio 1995, p. 15.855.

566 STF – Pet 5.856/DF – Rel. Min. Celso de Mello – *DJe*, 11-11-2015.

567 Pet. 296-2, Rel. Min. Célio Borja, *DJU*, de 10 nov. 1988; Pet. 352-7, Rel. Min. Sidney Sanches, *DJU*, de 9 jun. 1989; Pet. 431-1, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJU*, de 10 ago. 1990; Pet 487-6, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJU*, de 20 jun. 91; Pet. 682-MS, Rel. Min. Celso de Mello, *DJU*, de 9 fev. 1993; *Informativo STF* nº 73 – Pet. 1282-RJ, Rel. Sydney Sanches.

568 Pet. 129-0, Rel. Min. Moreira Alves, *DJU*, de 25 fev. 1985. O STF reiterou esse posicionamento, após a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/2002. Conferir: STF – Pets. n°s 3.033-8/SP, 3.047-8/DF, 3.278-1/MA, 3.337-0/SC – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça,* Seção I, 6 out. 2005, p. 13 e 14; STF – Recls. n°s 2.227-7/DF, 2.746-5/SC, 2.766-0/RN, 2.870-4/MG – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça,* Seção I, 3 out. 2005, p. 9 e 10.

569 STF – Pleno – Agravo regimental em petição nº 693-4/SP – Rel. Min. Ilmar Galvão.

570 STF – Inquérito nº 1202-5/CE – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 4 mar. 1997, p. 4.800, em que se salienta que, “como a alegação de improbidade administrativa concerne à atuação do acusado como Prefeito Municipal, observadas as formalidades legais atinentes à espécie, competente para propor a ação de improbidade administrativa é o Representante do Ministério Público Estadual, com atribuição específica, ou a Prefeitura de Acaraú (art. 17 da

Lei 8.429). Obviamente, o Supremo Tribunal Federal não é o órgão competente para conhecer, inicialmente, de ação de improbidade administrativa, ainda que proposta contra quem detenha atualmente o mandato de Deputado Federal".

571 Nesse mesmo sentido, conforme destacado pelo Supremo Tribunal Federal, em relação a deputados federais, "a prerrogativa de foro, unicamente invocável nos procedimentos de caráter penal, não se estende às causas de natureza civil" (STF – 2ª T. – Petição – Agravo Regimental nº 1.738/MG – Rel. Min. Celso de Mello, *Informativo STF* nº 164). Ainda em relação a inquérito civil por ato de improbidade, onde se investigava senador da República, afirmou-se que "o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento jurisprudencial no sentido de que não possui competência originária para processar e julgar determinadas causas tais como ações populares, ações civis públicas... não obstante promovidas contra o Presidente da República ou contra o Presidente da Câmara dos Deputados, ou ainda, contra qualquer dos agentes políticos ou autoridades, que, em matéria penal, dispõem de prerrogativa de foro perante essa Corte ou que, em sede de mandado de segurança, estão sujeitos à jurisdição imediata deste Tribunal" (STF – Pleno – Agravo regimental em reclamação nº 1.110-1/DF – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 7 dez. 1999, p. 58 e *Informativo STF* nº 172).

572 O Superior Tribunal de Justiça aplicou a referida lei, entendendo que: "o foro por prerrogativa de função é afastado quando o acusado deixa o cargo que ensejou o foro privilegiado, mantido somente quando o crime se consubstanciou em ato administrativo" (STJ – Corte Especial – AgRg na Ação Penal nº 313/PA – Rel. Min. Eliana Calmon, *Diário da Justiça*, Seção I, 3 nov. 2004, p. 114).

573 Conforme entendimento pacífico do STF, suas competências originárias não comportam "a possibilidade de extensão que extravasem os rígidos limites fixados em *numerus clausus* pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Carta Política" (STF – Petição nº 1.026-4/DF – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 31 maio 1995, p. 15.855). No mesmo sentido: *RTJ* 43/129; *RTJ* 44/563; *RTJ* 50/72; *RTJ* 53/776.

574 Conferir a respeito o julgamento da questão de ordem que cancelou a Súmula 394: STF – Pleno – Inquérito nº 687/SP – questão de ordem – Rel. Min. Sydney Sanches, *Informativo STF* nº 159.

575 Nesse sentido decidiu o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime (TJ/SP – Órgão Especial – Ação Penal nº 065.288.0/9-00 – São Paulo – Rel. Des. Paulo Shintate, decisão: 13-8-2003).

[576] Nesse sentido, decidiu, por unanimidade, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça: “os §§ 1º e 2º se referem a atos administrativos de agentes e à ação de improbidade administrativa, heterotopicamente tratados em norma processual penal, de forma inconstitucional, por tratarem de matéria de organização judiciária local, que não pode ser tratada por lei federal, não se referindo a atos criminosos” (TJ/SP – Órgão Especial – Ação Penal nº 065.288.0/9-00 – São Paulo – Rel. Des. Paulo Shintate, decisão: 13-8-2003).

[577] A respeito dessa possibilidade, conferir análise pelo STF da EC nº 22/99, que transferiu o processo e julgamento de *habeas corpus* contra ato de coação derivado de decisão colegiado de TRF ou Tribunais Estaduais do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça (STF – 2ª T. – HC nº 78.416/RJ – questão de ordem – Rel. Min. Maurício Corrêa, decisão: 22-3-1999; STF – 1ª T. – HC nº 78.756-6/SP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 29 de março 1999, p. 21).

[578] Nesse sentido, decidiu, por unanimidade, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça: “Delegado Geral da Polícia Civil, que deixa a função, não é mais delegado geral, mas delegado em favor de quem a Constituição Estadual não estabeleceu foro por prerrogativa de função. A competência por prerrogativa de função só pode ser estabelecida por norma constitucional. Ademais, a nova redação dada ao art. 84 do CPP, pela Lei nº 10.628, de 24-12-2002, é meramente declarativa dos detentores da competência por prerrogativa de função, sem estendê-la a outras pessoas que não as mencionadas na Constituição” (TJ/SP – Órgão Especial – Ação Penal nº 065.288.0/9-00 – São Paulo – Rel. Des. Paulo Shintate, decisão: 13-8-2003).

[579] STF – Pleno – Adin nº 2797/DF e Adin nº 2860/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 15-9-2005 – *Informativo STF* nº 401, p. 1. Importante ressaltar que os votos vencidos dos Ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e Ellen Gracie concluíram da seguinte maneira: (a) o agente político, mesmo afastado da função que atrai o foro por prerrogativa de função, deve ser processado e julgado perante esse foro, se acusado criminalmente por fato ligado ao exercício das funções inerentes ao cargo; (b) o agente político não responde a ação de improbidade administrativa se sujeito a crime de responsabilidade pelo mesmo fato; (c) os demais agentes públicos, em relação aos quais a improbidade não consubstancie crime de responsabilidade, respondem à ação de improbidade no foro definido por prerrogativa de função, desde que a ação de improbidade tenha por objeto ato

funcional. Conferir, ainda: STF – Pleno – Pet. 3030 QO/RO, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 23-5-2012.

[580] TJ/SP – Órgão Especial – Ação Penal nº 065.288.0/9-00 – São Paulo – Rel. Des. Paulo Shintate, decisão: 13-8-2003.

[581] STF – 1ª T – RC 1473/SP – Rel. Min. Luiz Fux – julgamento: 14-11-2017.

[582] *RTJ* 160/472.

[583] Cf. nesse sentido: STF – Pleno – AI 132755 QO/SP, Rel. orig. Min. Moreira Alves, red. p/ Acórdão Min. Dias Toffoli, decisão: 19-11-2009.

[584] Redação dada pela EC nº 23, promulgada em 2-9-1999.

[585] Idem.

[586] Redação dada pela Emenda Constitucional nº 22, de 18-3-1999. Conferir, sobre os reflexos dessa alteração: Capítulo 4, itens 1.11; 1.13; 1.16.

[587] O STJ já pacificou o entendimento de que não há conflito de competência entre o Tribunal de Justiça e Tribunal de Alçada do mesmo Estado-Membro (Súmula 22), extintos pela EC nº 45/04.

[588] STF – Pleno – Pet. nº 3528/BA – Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 28-9-2005. *Informativo STF* nº 403, p. 1. Conferir ainda: STF – ACOs 2.115 e 2.156 – Rel. Min. Dias Tóffoli, 15-4-2014.

[589] STF – Pleno – ACO 1.567 QO/SP – Rel. Min. Dias Toffoli, 17-8-2016.

[590] STF – Pleno – ACO 843/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 4-11-2020.

[591] Conflito de atribuição nº 05, Rel. Min. Costa Lima, *RSTJ* 04/1219 – *DJU*, 10 out. 1989, p. 15.642.

[592] Saliente-se que há necessidade do conflito ser suscitado perante os respectivos Juízos, sem o que falece de competência o STJ. Nesse sentido: “Portanto, não lhe cabe apreciar recusa de membros do Ministério Público da União e do Estado do Rio de Janeiro para oferecerem denúncia sobre fatos apurados pela Polícia Federal e, igualmente, antecipar-se declarando que se trata ou não de crime contra a organização do trabalho” (STJ – 3ª Seção – Conflito de atribuição nº 37-0/RJ – Rel. Min. José Dantas. *Diário da Justiça*, Seção I, 6 maio 1996).

[593] Nesse sentido, pacificou a questão o Supremo Tribunal Federal: “EMENTA: Petição. Questão de ordem. Denúncia. Divergência dos Promotores Públicos. Inocorrência de conflito federativo (art. 102, inciso I, alínea ‘f’, da CF). Hipótese de conflito negativo de competência entre juízes vinculados a Tribunais diversos (CF,

art. 105, inciso I, alínea ‘d’). Divergência dos Promotores Públicos de Estados-membros diversos ao suscitarem perante os respectivos Juízos, a incompetência para o oferecimento da denúncia: inexiste dispositivo legal que atribua ao Procurador-Geral da República o poder de dirimir conflitos de atribuições entre Promotores de Estados diferentes; compete a cada um dos Juízes decidir acerca da questão suscitada. Se juízes de comarcas situadas em Estados-membros diversos, acolhendo manifestações dos respectivos membros do Ministério Público, decidem no sentido da incompetência dos seus Juízos, o que se configure é conflito de jurisdição e não de atribuições entre órgãos do Ministério Público de Estados diferentes. Hipótese em que não remanesce dúvida quanto à inocorrência de conflito federativo (art. 102, inciso I, alínea ‘f’, da CF). A competência para dirimir desavença é a prevista no art. 105, inciso I, alínea ‘d’, da Carta Política (STF – Petição nº 623-2/RS – Rel. Min. Maurício Corrêa, *Diário da Justiça*, 27 set. 1996, p. 36.154).

[594] O Senado Federal aprovou o Parecer nº 1.748 e, posteriormente, em dois turnos, a Proposta de Emenda à Constituição nº 29, de 2000 (nº 96, de 1999, na Câmara dos Deputados), constante da Emenda nº 240, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, enviando o texto à Câmara dos Deputados, para nova análise e eventual aprovação em dois turnos, pelo quórum qualificado de 3/5. No texto aprovado, cria-se o art. 105-A, que permite ao Superior Tribunal de Justiça a edição de súmulas impeditivas de recursos.

[595] TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Recurso Especial*. Revista de Informação legislativa*, Brasília, ano 27, nº 107, p. 147-160, jul./set. 1990. Conferir: STJ – 2ª T. – AgR em REsp nº 683.215/SC – Rel. Min. Eliana Calmon, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 maio 2006, p. 289.

[596] STJ – 6ª T. – Resp. nº 43.037/SP – Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, *Diário da Justiça*, Seção I, 29 abr. 1996, p. 13.427; STJ – 3ª T. – AgRg no AI nº 732.308/SP – Rel. Min. Nancy Andrighi, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 maio 2006, p. 315.

[597] TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Recurso Especial*. Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 27, nº 107 jul./set. 1990. p. 147-160.

[598] STJ – 3ª T. – AgRg no Agravo de Instrumento nº 732.308/SP – Rel. Min. Nancy Andrighi, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 maio 2006, p. 315.

[599] Conferir em relação a embargos de declaração e prequestionamento: STJ – 2ª T. – EDcl no AgRg no Agravo de Instrumento nº 694.931/RS – Rel. Min. Castro Meira, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 maio 2006, p. 290.

[600] STJ – 5ª T. – Resp. nº 31.776/SP – Rel. Min. Félix Fischer, *Diário da Justiça*, Seção I, 3 nov. 1997, p. 56.341; STJ – 3ª T. – AgRg no Agravo de Instrumento nº 732.308/SP – Rel. Min. Nancy Andrighi, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 maio 2006, p. 315.

[601] Observe-se que o art. 2º da EC nº 24, de 9 de dezembro de 1999, assegurou o cumprimento dos mandatos dos atuais ministros classistas temporários do Tribunal Superior do Trabalho e dos atuais juízes classistas temporários dos Tribunais Regionais do Trabalho e das Juntas de Conciliação e Julgamento.

[602] STF – Pleno – Adin nº 2.149/DF, 2.173/DF, 2.175/DF – Rel. Min. Moreira Alves, decisão: 22-3-2000. *Informativo STF* nº 182.

[603] O Senado Federal aprovou o Parecer nº 1.748, e, posteriormente, em dois turnos, a Proposta de Emenda à Constituição nº 29, de 2000 (nº 96, de 1999, na Câmara dos Deputados), constante da Emenda nº 240, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, enviando o texto à Câmara dos Deputados, para nova análise e eventual aprovação em dois turnos, pelo quórum qualificado de 3/5. Um dos tópicos trata da alteração da nomenclatura do cargo de juiz do Tribunal Regional do Trabalho, que passaria a denominar-se "desembargador federal do trabalho" (art. 103-B).

[604] Conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, "É relevante o fundamento da arguição de incompatibilidade, com o disposto nos artigos 93 e 115 da Constituição Federal, do ato normativo do Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho (ata da 4ª reunião ordinária, in *DJ* de 16-11-93), que implica a possibilidade de dispensa do requisito temporal exigido para o acesso dos procuradores aos Tribunais Regionais do Trabalho" (STF – Pleno – Adin nº 1.289 4/DF – medida liminar – Rel. Min. Octavio Gallotti, *Diário da Justiça*, Seção I, 29 maio 1998, p. 2). Confirmando a liminar, no mérito, entendeu o Pretório Excelso que "Somente quando não houver, entre os Membros do Ministério Público do Trabalho, candidato com mais de dez anos de carreira, será lícita a inclusão em lista, para a investidura no cargo de Juiz de Tribunal Regional do Trabalho, de quem não preencha aquele requisito temporal. Inconstitucionalidade, perante o art. 115, parágrafo único, inciso II, combinado com o art. 94, ambos da Carta de 1988, de ato normativo do Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho, que autorizara a complementação da lista com figurantes destituídos daquela antiguidade. Decisão majoritária do Supremo Tribunal" (STF – Pleno – Adin nº 1.289-4/DF – Rel. Min. Octavio Gallotti, *Diário da Justiça*, Seção I, 29 maio 1998, p. 2).

[605] Nova redação dada pela EC nº 45/04.

[606] O Presidente do Supremo Tribunal Federal suspendeu, *ad referendum*, "toda e qualquer interpretação dada ao inciso I do art. 114 da CF, na redação dada pela EC 45/2004, que inclua, na competência da Justiça do Trabalho, a *"... apreciação ... de causas que ... sejam instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo"* (STF – Pleno – Med. Cautelar – Adin nº 3.395-6/DF – Rel. Nelson Jobim, *Diário da Justiça*, Seção I, 27 jan. 2005, p. 3). O STF, por maioria, referendou a liminar (STF – Pleno – Adin nº 3.395/DF – Rel. Min. Cezar Peluzo, decisão: 5-4-2006, *Informativo STF* nº 422). Observe-se, ainda, que o STF entendeu inexistir inconstitucionalidade formal no art. 114, I, da CF (STF – ADI nº 3.684/DF – Rel. Min. Cezar Peluso, decisão: 1º-2-2007 – *Informativo STF* nº 454, Seção I, p. 1).

[607] STF – Pleno – CC nº 7221/RS – Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 1-6-2006 – *Informativo STF* nº 429.

[608] Em relação à ausência de competência em matéria penal da Justiça do Trabalho, decidiu o STF – "O Tribunal deferiu pedido de liminar formulado em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República para, com efeito *ex tunc*, dar interpretação conforme à Constituição Federal aos incisos I, IV e IX do seu art. 114 no sentido de que neles a Constituição não atribuiu, por si sós, competência criminal genérica à Justiça do Trabalho. (...) Entendeu-se que seria incompatível com as garantias constitucionais da legalidade e do juiz natural inferir-se, por meio de interpretação arbitrária e expansiva, competência criminal genérica da Justiça do Trabalho, aos termos do art. 114, I, IV e IX da CF" (STF – ADI nº 3.684/DF – Rel. Min. Cezar Peluso, decisão: 1º-2-2007 – *Informativo STF* nº 454, Seção I, p. 1).

[609] Inicialmente, o STF manteve, apesar da nova redação do art. 114 (EC nº 45/04), a competência da Justiça comum para causas relativas a indenizações por acidente do trabalho (STF – 1ª T. – Rext. 394943/SP – Rel. orig. Min. Carlos Britto – Rel. p/ acórdão Min. Eros Grau – *Informativo STF* nº 375, p. 2). Posteriormente, porém, o Plenário do STF, por maioria, reviu a matéria, fixando a competência para a Justiça do Trabalho: "Numa primeira interpretação do inciso I do art. 109 da Carta de Outubro, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, ainda que movidas pelo empregado contra seu (ex-)empregador, eram da competência da Justiça comum dos Estados-Membros. 2. Revisando a matéria,

porém, o Plenário concluiu que a Lei Republicana de 1988 conferiu tal competência à Justiça do Trabalho. Seja porque o art. 114, já em sua redação originária, assim deixava transparecer, seja porque aquela primeira interpretação do mencionado inciso I do art. 109 estava, em boa verdade, influenciada pela jurisprudência que se firmou na Corte sob a égide das Constituições anteriores" (STF – CC 7204/MG – Rel. Min. Carlos Britto, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 dez. 2005, p. 5). Esse posicionamento foi pacificado: STF – RE 600091/MG – Rel. Min. Dias Toffoli, decisão: 25-5-2011.

[610] O Senado Federal aprovou o Parecer nº 1.748, e, posteriormente, em dois turnos, a Proposta de Emenda à Constituição nº 29, de 2000 (nº 96, de 1999, na Câmara dos Deputados), constante da Emenda nº 240, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, enviando o texto à Câmara dos Deputados, para nova análise e eventual aprovação em dois turnos, pelo quórum qualificado de 3/5. No texto aprovado, cria-se o art. 111-B, que permite ao Tribunal Superior do Trabalho a edição de súmulas impeditivas de recursos.

[611] STF – Pleno – ADI 3529, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 15-4-2020.

[612] STF – Pleno – ADI 3684, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11-5-2020.

[613] STF – Pleno – RE 1002295 – Tema 841, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 22-9-2020.

[614] STF – Pleno – CC 7204/ MG, Rel. Min. Carlos Britto, decisão: 29-6-2005 – *Informativo STF* nº 394, p. 1.

[615] O Senado Federal aprovou o Parecer nº 1.748 e, posteriormente, em dois turnos, a Proposta de Emenda à Constituição nº 29, de 2000 (nº 96, de 1999, na Câmara dos Deputados), constante da Emenda nº 240, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, enviando o texto à Câmara dos Deputados, para nova análise e eventual aprovação em dois turnos, pelo quórum qualificado de 3/5. Um dos tópicos trata da alteração da nomenclatura do cargo de juiz do Tribunal Regional Federal, que passaria a denominar-se "desembargador federal" (art. 103-B).

[616] A EC nº 73, de 6 de junho de 2013, criou os Tribunais Regionais Federais da 6ª, 7ª, 8ª e 9ª Regiões, sendo, porém, suspensa por medida liminar concedida pelo Presidente do STF na ADI 5017.

[617] STF – Tema 775 RG – RE 598650/MS, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgamento virtual finalizado em 8–10-2021.

[618] Compete à Justiça Federal o processo e julgamento de crime ambiental de extração de cascalho sem autorização ambiental, por tratar-se de bem na União (STJ – Terceira Seção – CC 116.447/MT – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, decisão: 25-5-2011), bem como crime contra o meio ambiente (pesca sem autorização mediante petrechos proibidos) praticado em área adjacente à unidade de conservação federal (STJ – Terceira Seção – CC 115.282/RS – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, decisão: 8-6-2011); diversamente, porém, competem à Justiça Comum estadual o processo e o julgamento de crime praticado contra o Banco do Brasil (*RTJ* 158/159).

[619] Em relação à conceituação de crime político, conforme já citado no capítulo sobre extradição, importante salientar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de "repelir-se, no caso concreto, a existência de crime político, dado que não demonstrada a destinação de atentar, efetiva ou potencialmente, contra a *soberania nacional* e a *estrutura política brasileira"* (STF – 2ª T. – HC nº 73.452/RJ – Rel. Min. Maurício Corrêa, *Diário da Justiça*, Seção I, 27 jun. 1997, p. 30.226).

[620] STF – RE 678162/AL, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/acórdão Min. Edson Fachin, julgamento virtual finalizado em 26-3-2021.

[621] STF – Pleno – RE 595.332/PR – Rel. Min. Marco Aurélio, 31-8-2016.

[622] STF – Pleno – RE 860508/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento virtual finalizado em 6-3-2021.

[623] O Senado Federal aprovou o Parecer nº 1.748 e, posteriormente, em dois turnos, a Proposta de Emenda à Constituição nº 29, de 2000 (nº 96, de 1999, na Câmara dos Deputados), constante da Emenda nº 240, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, enviando o texto à Câmara dos Deputados, para nova análise e eventual aprovação em dois turnos, pelo quórum qualificado de 3/5. Em um importante tópico, o Senado previu a instituição de arguição de descumprimento de preceito constitucional estadual fundamental perante o Tribunal de Justiça, bem como a possibilidade de efeitos vinculantes na jurisdição constitucional estadual (proposta de nova redação ao art. 125, § 2º).

[624] STF – 2ª T. – CC nº 7.346-2/SP – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 14 dez. 2006, p. 44.

[625] STF – 2ª T. – HC nº 93.076/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 26-8-2008; STF – ADI 471/GO – Rel. Min. Eros Grau, *Informativo STF* nº 500.

[626] A redação original da Constituição de 1988 estabelecia a possibilidade de o Tribunal de Justiça designar, para dirimir conflitos agrários, juízes de entrância

especial, com competência exclusiva para questões agrárias, estabelecendo, ainda, que, sempre que fosse necessário à eficiente prestação jurisdicional, o juiz deveria estar presente no local do litígio.

627 STF – Pleno – ADI 3433/PA, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento virtual finalizado em 1º-10-2021.

628 STF – Pleno – RE 484388/SP – Red. p/Acórdão Min. Luiz Fux, decisão: 13-10-2011.

629 Em relação ao requisito constitucional da reputação ilibada para o quinto constitucional, o STF entendeu que a existência de inquérito policial investigando o candidato não o afasta do acesso ao cargo (STF – 2ª T. – MS 32491/DF – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 19-8-2014).

630 O Supremo Tribunal Federal afirmou a impossibilidade do Tribunal de alterar a composição da lista sêxtupla enviada, independentemente, porém, da necessidade de verificação do preenchimento dos requisitos constitucionais de seus componentes. Dessa forma, "na ausência de requisito constitucional, em relação a qualquer dos candidatos indicados pela classe, não cabe ao tribunal substituir a lista a ele encaminhada por outra, ainda que constituída por nomes indicados pelas corporações para vagas diversas do 'quinto constitucional', mas devolver, de forma motivada, a lista sêxtupla à corporação da qual emanada, para que a refaça, total ou parcialmente, conforme o número dos candidatos desqualificados" (STF – Pleno – MS nº 25624/SP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 6-9-2006 – *Informativo STF* nº 439).

631 Nesse sentido, o STF concedeu liminar para suspender a eficácia de previsão da EC 25/08 à Constituição do Estado de São Paulo, que passou a exigir a aprovação do escolhido pela maioria absoluta da Assembleia Legislativa (STF – Pleno – ADI 4150/SP – Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 8-10-2008). No mesmo sentido, decidiu o STF que "A exigência de submissão do nome escolhido pelo governador à Casa Legislativa, para preenchimento de vaga destinada ao quinto constitucional, invade a atuação do Poder Executivo" (STF – Pleno – ADI nº 4150/SP – Rel. Min. Marco Aurélio – 25-2-2015 (ADI-4150).

632 Votaram a favor da possibilidade os Ministros Eros Grau, Cezar Peluso e Ellen Gracie; e contra, os Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa.

633 STF – 2ª T. – RMS 27920/DF – Rel. Min. Eros Grau, decisão: 6-10-2009. *Informativo STF* nº 562.

[634] STF – 1ª T. – Ação Originária nº 493/PA – Rel. Min. Octavio Gallotti, decisão: 6-6-2000. *Informativo STF*, nº 192; STJ – 6ª T. – RMS 31448/RJ – Rel. Min. Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE), decisão: 22-2-2011.

[635] STF – Pleno – MS nº 22323 5/SP – Rel. Min. Carlos Velloso, *Ementário* nº 1824-10. O próprio Ministro relator, alterando seu posicionamento anterior (Adin nº 1171-RS), afirmou que: "Continuei, entretanto, repito, a meditar sobre o tema. A conclusão a que cheguei foi outra. O que a Constituição garante, expressamente, é o quinto da advocacia e do Ministério Público. A Constituição não é expressa em garantir os quatro quintos da carreira... Para que seja dado cumprimento à norma expressa do quinto constitucional, o arredondamento haverá de ser para cima."

[636] STF – Pleno – MS nº 23.972-9/DF – medida cautelar – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 8 junho 2001, p. 25.

[637] Não se aplica a previsão de foro privilegiado aos suplentes de magistrados (STF – AP 665/MT, rel. Min. Celso de Mello, decisão: 27-2-2012), nem aos servidores inativos, tendo o STF, em relação aos magistrados aposentados, decidido que "O foro especial por prerrogativa de função não se estende a magistrados aposentados [...] a pretensão do recorrente esbarraria em orientação jurisprudencial fixada pelo Supremo no sentido de que: a) o foro especial por prerrogativa de função teria por objetivo o resguardo da função pública; b) o magistrado, no exercício do ofício judicante, gozaria da prerrogativa de foro especial, garantia voltada não à pessoa do juiz, mas aos jurisdicionados; e c) o foro especial, ante a inexistência do exercício da função, não deveria perdurar, haja vista que a proteção dos jurisdicionados, nesse caso, não seria mais necessária" (STF – Pleno – RE 549560/CE, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 22-3-2012).

[638] Em relação ao processo e ao julgamento dos atos de improbidade administrativa, conferir item 4.7-A4, neste mesmo capítulo, e a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002.

[639] Redação dada pela EC nº 45/04. O Senado Federal aprovou o Parecer nº 1.748, e, posteriormente, em dois turnos, a Proposta de Emenda à Constituição nº 29, de 2000 (nº 96, de 1999, na Câmara dos Deputados), constante da Emenda nº 240, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, enviando o texto à Câmara dos Deputados. Um dos tópicos trata da alteração do art. 102, I, *b*, concedendo foro especial no Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, para os membros dos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público.

[640] Redação dada pela EC nº 23, promulgada em 2-9-1999.

[641] Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal reconheceu sua competência para conhecer e julgar queixa-crime contra o Advogado-Geral da União, tendo em vista a edição da Medida Provisória nº 2.049-22, de 28-8-2000, que transforma o mencionado cargo de natureza especial em cargo de ministro de Estado, atraindo, portanto, a incidência do art. 102, I, 'c', da CF (STF – Pleno – Inquérito (QO) 1.660/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 6-9-2000. *Informativo STF*, nº 201). Conferir, ainda: STF – Pleno – QO em Inquérito nº 1.660-8/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça,* Seção 1, 6 jun. 2003, p. 32. No mesmo sentido, em relação a concessão de *status* de Ministro de Estado ao Presidente do Banco Central, conferir: STF – Pleno – Adin nº 3289/DF e Adin nº 3290/DF – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 5-5-2005, *Informativo STF* nº 386. Diversa é a hipótese de "Secretarias especiais" que não foram alçadas a Ministérios, mas tão somente tiveram, por meio de lei, a extensão de prerrogativas, vantagens e direitos equivalentes a Ministros de Estado. Nesses casos, o STF não reconheceu a existência da prerrogativa de foro (caso do Secretário Especial de Aquicultura e Pesca – STF – Pleno – Inq. 2044/SC – questão de ordem – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – *Informativo* nº 374, p. 2). Conforme destacou o Ministro Gilmar Mendes, trata-se de "prerrogativa de foro como reforço à independência das funções de poder na República adotada por razões de política constitucional. Situação em que se justifica a diferenciação de tratamento entre agentes políticos em virtude do interesse público evidente. Garantia da prerrogativa de foro que se coaduna com a sociedade hipercomplexa e pluralista, a qual não admite um código unitarizante dos vários sistemas sociais" (STF – Pleno – ADI nº 3.289-5/DF – Rel. Min. Gilmar Mendes, *Diário da Justiça*, Seção I, 24 fev. 2006, p. 7).

[642] Competência do Superior Tribunal de Justiça para processo e julgamento de Conselheiro de Tribunal de Contas do Estado, bem como para decretação de quebra de sigilo bancário e fiscal e análise de afastamento cautelar do cargo (STJ – Corte Especial – Inq. 780-CE, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 6-6-2012).

[643] Observe-se, porém, que, em se tratando de crimes praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses das entidades autárquicas da União, a competência será do Tribunal Regional Federal: (STF – 2ª T. – HC nº 69.465-9/RS – Rel. Min. Paulo Brossard – *Diário da Justiça*, Seção 1, 23 mar. 2001, p. 85).

[644] Até a publicação da EC nº 45/04, também se incluíam nesse item os juízes dos Tribunais de Alçada. Porém, com a extinção dos mesmos, pelo art. 4º da referida emenda, passando os seus membros a integrar os Tribunais de Justiça,

assegurados os direitos dos inativos e pensionistas, a competência para crimes comuns, eleitorais ou de responsabilidade passou ao Superior Tribunal de Justiça.

645 Conferir Capítulo 8, item 1.6.2.

646 STF – 2ª T. – HC nº 84.301/SP – Rel. Min. Joaquim Barbosa, *Diário da Justiça*, Seção I, 24 mar. 2006, p. 54.

647 STF – 1ª T. – HC nº 73.801/MG – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 27 jun. 1997, p. 30.226.

648 STF – 2ª T. – RE nº 467.923/DF – Rel. Min. Cezar Peluso, *Informativo STF* nº 423, STF – 1ª T. – RE nº 418.852 – Rel. Min. Carlos Britto, decisão: 6-12-2005.

649 Conferir: *RTJ*, 158/280; STF – 1ª T. – HC 86015/PB, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 16-8-2005 – *Informativo STF* nº 397, p. 2 e *Informativo STF* nº 399, p. 3.

650 STF – ADI 185/PB – Rel. Min. Alexandre de Moraes – julgamento: 16-5-2017; ADIs 4799/RN, 218/PB e 4806/SE – Rel. Min. Alexandre de Moraes – julgamento: 15-5-2017; ADIs 4777/BA, 4674/RS, 4362/DF – Rel. orig. Min. Dias Toffoli, red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso – julgamento: 9-8-2017.

651 Observe-se que a eficácia desse dispositivo foi suspensa pelo Supremo Tribunal Federal: "*Impeachment* e competência legislativa: Por aparente ofensa à competência da União para legislar sobre direito processual (CF, art. 22, I), assim como para definir os crimes de responsabilidade (CF, art. 85, parágrafo único), o Tribunal deferiu medida cautelar em ação direta ajuizada pelo Procurador-Geral da República para suspender a eficácia de dispositivos da Constituição do Estado de São Paulo que definem os crimes de responsabilidade do Governador e regulam seu processo e julgamento. Vencido, em parte, o Min. Marco Aurélio que indeferia o pedido de liminar quanto à expressão 'ou do Governador', constante do item I do § 2º do art. 10 da Constituição do Estado de São Paulo, por entender que tal dispositivo apenas disciplina o funcionamento da Assembleia Legislativa (art. 10 – 'A Assembleia Legislativa funcionará em sessões públicas... § 2º O voto será público, salvo nos seguintes casos: I – no julgamento de Deputados ou do Governador'). Precedentes citados: ADInMC 1.628-SC (*RTJ* 166/147) e ADInMC 2.050-RO (*DJU* de 1º-10-99)" (STF – Pleno – Adin nº 2.220/SP – Rel. Min. Octavio Gallotti, 1º-8-2000. *Informativo STF*, nº 196).

652 STF – ADI 2220/SP – Rel. Min. Carmen Lúcia, decisão: 16-11-2011.

653 STF – Pleno – ADI 3279/SC – Rel. Min. Cezar Peluso, decisão: 16-11-2011.

[654] Art. 85 – São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra (...) Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento. Art. 22, I – Compete privativamente à União legislar sobre (...) direito processual.

[655] STF – Pleno – Adin nº 1.628/SC – Rel. Min. Nelson Jobim – *RTJ* 166/147. Conferir decisão de mérito: STF – Pleno – ADI nº 1628/SC – Rel. Min. Eros Grau, decisão: 10-8-2006 – *Informativo STF* nº 435. Conferir, ainda: STF – Pleno – ADI nº 4791/PR – Rel. Min. Teori Zavascki – 12-2-2015 (ADI-4791); ADI nº 4800/RO – Rel. Min. Cármen Lúcia – 12-2-2015 (ADI-4800); ADI nº 4792/ES – Rel. Min. Cármen Lúcia – 12-2-2015 (ADI-4792).

[656] Trecho do voto do Ministro relator Nelson Jobim: *RTJ* 166/155.

[657] Importante salientar que o STF afastou a previsão expressa da própria Lei nº 1.079/50, que determina a competência desse Tribunal especial "somente nos Estados, onde as Constituições não determinarem o processo nos crimes de responsabilidade". Como já ressaltado, o Pretório Excelso entendeu pela não recepção dessa previsão em face dos arts. 85, parágrafo único, e 22, I, da Constituição Federal.

[658] STF – Pleno – Adin nº 1.890/MA – medida cautelar – Rel. Min. Carlos Velloso, decisão: 10-12-1998 – *Informativo STF* nº 135. Conferir ainda, nesse mesmo sentido: STF – Pleno – Adin nº 834/MT – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 18-2-1999 – *Informativo STF* nº 138, em relação à legislação do Mato Grosso sobre crimes de responsabilidade, inclusive citando os seguintes precedentes: ADInMC 307-CE (*DJU*, 28-9-90) e ADInMC 102-RO (*DJU* 17-11-89). Conferir, ainda: STF – Pleno – Adin nº 1.879-6/RO – Rel. Min. Moreira Alves – *Diário da Justiça*, Seção 1, 18 maio 2001, p. 63.

[659] ADI 185/PB – Rel. Min. Alexandre de Moraes – julgamento: 16-5-2017; ADIs 4799/RN, 218/PB e 4806/SE – Rel. Min. Alexandre de Moraes – julgamento: 15-5-2017; ADIs 4777/BA, 4674/RS, 4362/DF – Rel. orig. Min. Dias Toffoli, red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso – julgamento: 9-8-2017; STF – Pleno – ADI 4811/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento virtual finalizado em 13-12-2021.

[660] STF – Pleno – ADI 5591/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento virtual finalizado em 20-3-2021.

[661] STF – Pleno – ADI 6501/PA, ADI 6515/AM, ADI 6516/AL, Rel. Min. Roberto Barroso, julgamento virtual finalizado em 20-8-2021.

662 Ressalte-se que o Ministério Público tem ampla legitimidade para interpor recurso extraordinário, inclusive enquanto *custos legis* (STF – 1ª T. – Rextr. nº 208.103-5/RN – Rel. Octavio Gallotti, *Diário da Justiça*, Seção I, 22 ago. 1997, p. 38.786).

663 Cf. nesse sentido: STF – Pleno – AI 132755 QO/SP, Rel. orig. Min. Moreira Alves, red. p/ Acórdão Min. Dias Toffoli, decisão: 19-11-2009.

664 AI nº 148.033-5/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU*, de 21 set. 1994, p. 24.929; STF – Pleno – Rextr. nº 210.917/RJ – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 12-8-98. *Informativo STF* nº 118.

665 Conferir nesse sentido: STF – "O prévio esgotamento das instâncias recursais ordinárias constitui pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário" (STF – Pleno – Rextr. nº 262.782-8/RS – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 13 set. 2000, p. 42).

666 STF – Agravo regimental no agravo de instrumento nº 171.342-0/RJ – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 26 abr. 1996, p. 13.124; STF – 1ª T. – AI nº 170.519-1/040/RJ – Rel. Min. Néri da Silveira, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 abr. 1996.

667 STF – Reclamação nº 416-0, Rel. Carlos Velloso; Reclamação nº 471-6, Rel. Celso de Mello e Reclamação nº 476-7, igualmente relatado pelo Min. Carlos Velloso.

668 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso...* Op. cit. p. 113.

669 *RTJ* 125/1.368; *RTJ* 159/977; STF – Rextr. (AgRg) nº 190.772-0 – Rel. Min. Maurício Corrêa. *Informativo STF*, nº 112; *RTJ* 153/989; *RTJ* 153/960.

670 *RTJ* 153/960.

671 STF – 2ª T. – Rextr. nº 117.056-5 – Rel. p/acórdão Min. Marco Aurélio.

672 STF – 1ª T. – Rextr. nº 230.924/MT – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 25 jun. 1999, p. 33; STF – 1ª T. – Rextr. nº 216.080/SE – Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, Seção I, 13 ago. 1999, p. 18.

673 *RTJ* 107/661.

674 *RTJ* 105/704.

675 *RTJ* 135/837.

676 A mesma ideia é defendida por Oscar Vilhena Vieira, ao afirmar que "a ideia de dar ao Supremo Tribunal Federal o poder de escolher – com certo grau de discricionariedade – as causas que julgará, é da maior relevância. Afinal, a imensa maioria dos casos que chega a Corte já passou pelo duplo grau de jurisdição.

Assim, já se encontra satisfeito o princípio fundamental do duplo grau de jurisdição. Nesse sentido, o acesso à jurisdição do STF, por meio de recurso extraordinário, não seria um direito subjetivo absoluto, no sentido de que, satisfeitas algumas condições objetivas, obrigado estaria o STF de conhecer o recurso" (VIEIRA, Oscar Vilhena. Que Reforma? *USP – Estudos avançados.* v. 18, nº 51, maio/ago. 2004. p. 202).

677 Hipótese clara dessa transcendência do mero interesse individual se deu para reafirmar a histórica garantia de liberdade da Sociedade consagrada no inciso XI, do art. 5º (inviolabilidade domiciliar). O Supremo Tribunal Federal reconheceu *repercussão geral* para julgar recurso extraordinário que tratava da questão da ilicitude de prova produzida em busca e apreensão em residência sem mandado judicial (STF – Pleno – RE 603.616/RO), tendo afirmado o Ministro-relator Gilmar Mendes que, "no que concerne à questão de que a violação do domicílio, no período noturno, sem o correspondente mandado judicial de busca e apreensão, ensejaria a ilegalidade das provas colhidas, entendo que merece pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, pois transcende o direto subjetivo do recorrente").

678 BATISTA, N. Doreste. *Da relevância da arguição federal no recurso extraordinário.* Rio de Janeiro, 1976, p. 34.

679 VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Do poder judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico – efeito vinculante em outros temas. *Revista dos Tribunais*, ano 6, nº 25, p. 15, out./dez. 1998.

680 Como ressalta Bernard Schwartz, "o seu poder facultativo de determinar os casos em que ela própria pode julgar resultou no fato de que ela deixou de ser simplesmente um órgão judiciário comum. É um tribunal de recurso especial, apenas para a solução de questões consideradas como envolvendo um interesse público substancial e não os interesses exclusivos de algumas pessoas privadas" (SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano.* Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 177).

681 BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte americana.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987. p. 26 e 139.

682 Jethro K. Lieberman aponta que a denominada *rule of four* constitui praxe na Suprema Corte, porém não possui caráter obrigatório, podendo ser dispensada (LIEBERMAN, Jethro K. *A practical companion to the constitution.* Los Angeles: University California Press, 1999. p. 436).

[683] Historicamente torna-se importante lembrar o caso Robison v. Califórnia (1962), pois, apesar de sua exclusão inicial da *lista de exame*, por solicitação de um dos membros da Corte, foi submetido a admissão (norma dos quatro) e posteriormente teve seu mérito analisado, e a Corte aplicou aos Estados a proibição constitucional contra punições cruéis e incomuns.

[684] No mesmo sentido, salientam Woodward e Armstrong, "Petição *certiorari* é um requerimento encaminhado à Corte, expondo as razões pelas quais os juízes deveriam aceitar julgar um caso em particular. De acordo com o regulamento interno da Corte, quatro votos – um menos que a maioria – são exigidos para que a Corte aceite julgar um caso" (WOODWARD, Bob; ARMSTRONG Scott. *Por detrás da Suprema Corte.* São Paulo: Saraiva, 1985. 52).

[685] LIEBERMAN, Jethro K. *A practical...* Op. cit. p. 83.

[686] Peter Häberle informa-nos que 97% dos recursos de amparo não são admitidos pelas seções do Tribunal Constitucional (HÄBERLE, Peter. El recurso de amparo en el sistema germano-federal. In: Vários autores. *La jurisdiccion constitucional en iberoamerica.* Madri: 1997. p. 266).

[687] STF – Pleno – RE 584.247/RR – Rel. Min. Roberto Barroso, 27-10-2016.

[688] Corroborando esse posicionamento, o STF, por maioria, decidiu aplicar a "repercussão geral", inclusive aos recursos extraordinários interpostos contra acórdãos publicados antes de 3-5-2007 (STF – Pleno – AI 715423 QO/RS, rel. Min. Ellen Gracie, decisão: 11-6-2008.

[689] STF – Pleno – AI nº 664.567 – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 18-6-2007.

[690] Nesse sentido, decidiu o STF, que: "É incabível a interposição de recurso contra ato judicial de Ministro do Supremo que aplica a sistemática da repercussão geral, em razão da inexistência de conteúdo decisório" (STF, MS 28991 AgR/PE, MS 28993 AgR/PE; MS 29004 AgR/PE e MS 28996 AgR/PE, todos de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, decisão: 16-9-2010).

[691] STF – Pleno – RE 1040229/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento virtual finalizado em 19-12-2020.

[692] MAZZILLI, Hugo Nigro. *O ministério público na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 2.

[693] STF – RE nº 593.727/MG – Red. p/Acórdão Min. Gilmar Mendes; STF – Pleno – ADPF 482, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 3-3-2020.

[694] Em relação ao âmbito funcional do Ministério Público do Distrito Federal, conferir: STF – ADI nº 2.794/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 14 dez. 2006 – *Informativo STF* nº 452, p. 2.

[695] SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação declaratória de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 152.

[696] Em relação à necessidade de Ministério Público Especial junto ao Tribunal de Contas, conferir: STF – Pleno – ADI 328/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2-2-2009 e ADI 3307/MT, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2-2-2009.

[697] MELLO FILHO, José Celso. *Constituição...* Op. cit. p. 296.

[698] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários...* Op. cit. v. 3, p. 421.

[699] *Curso...* Op. cit. p. 510.

[700] *RTJ* 147/129-30.

[701] BANDRÉS, José Manuel. *Poder judicial...* Op. cit. p. 49.

[702] Constituição da República Portuguesa, arts. 221 a 223.

[703] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...* Op. cit. p. 767.

[704] Conferir em relação aos requisitos para ingresso na carreira do Ministério Público: STF – Pleno – ADI nº 3460/DF – Rel. Min. Carlos Britto, decisão: 31-8-2006 – *Informativo STF* nº 438, Seção I, p. 2, onde o STF declarou a constitucionalidade dessa previsão; bem como, as Reclamações Rcls. 4906 e 4939/PA, onde o Supremo Tribunal Federal reafirmou a necessidade de cumprimento dos novos requisitos constitucionais. Conferir, ainda, sobre a obrigatoriedade do cumprimento do requisito temporal de três anos: STF – Pleno – MS 27.606/DF – Rel. Min. Ellen Gracie, decisão: 12-8-2009. *Informativo STF* nº 555; STF – Pleno – MS 27608/DF – Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão: 15-10-2009.

[705] STF – 1ª T. – MS nº 27601/DF – Rel. Min. Marco Aurélio – 22-9-2015 (MS-27601).

[706] STF – Pleno – ADI 4219, Rel. Min. Cármen Lúcia, Red. p/ Acórdão Min. Edson Fachin, j. 5-8-2020.

[707] O STF entendeu, com base no princípio da Unidade do Ministério Público, que “o ato processual de oferecimento da denúncia, praticado, em foro incompetente, por um representante, prescinde, para ser válido e eficaz, de ratificação por outro do mesmo grau funcional e do mesmo Ministério Público, apenas lotado em foro diverso e competente, porque o foi em nome da instituição, que é una e indivisível” (STF – Pleno – HC 85.137/MT, Rel. Min. Cezar Peluso – *Informativo STF* nº 402, p. 4 e *Informativo STF* nº 401, p. 2).

[708] STF – Pleno – ADPF 482, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 3-3-2020.

[709] STF – Pleno – ADI 5505, Rel. Min. Luiz Fux, j. 15-4-2020.

[710] DECOMAIN, Pedro Roberto. *Comentários à lei orgânica nacional do ministério público*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996, p. 19.

[711] *RTJ* 147/142.

[712] LAVIÉ, Humberto Quiroga. *Estudio analítico de la reforma constitucional.* Buenos Aires: Depalma, 1994. p. 65.

[713] Entendeu o STF não configurar desrespeito ao Princípio do Promotor Natural designação prévia e motivada de Promotor de Justiça para atuar em sessão do Tribunal do Júri, realizada pelo Procurador-Geral de Justiça sem a caracterização de "designação casuística e injustificada" (HC 98841/PA – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 11-10-2011). Conferir, ainda: STF – HC 102147/GO – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 16-12-2010. Conferir, ainda: STF – 1ª T. – HC 114093/PR – Rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes – julgamento: 3-10-2017.

[714] HC nº 67.759/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, *RTJ* 150/123. No mesmo sentido: HC 74.052-RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, 20-8-96, *Informativo STF* – Brasília, nº 41, 28 ago. 1996, STF – Pleno – HC 85.137/MT, Rel. Min. Cezar Peluso – *Informativo STF* nº 402, p. 4.

[715] Nesse sentido: STF – 1ª T. – HC 71429 – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 25 ago. 1995, p. 26.023; STF – 1ª T. – AGCRA 169169 – Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, 1 dez. 1995, p. 41.695; STF – 2ª T. – HC 68966 – Rel. Min. Francisco Rezek, *Diário da Justiça*, Seção I, 7 maio 1993, p. 8.328. STF – Pleno – HC 69599 – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 27 ago. 1993, p. 17.020.

[716] STF – Pleno – ADI 2854, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 15-10-2020.

[717] Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal deferiu o pedido de medida cautelar para suspender a aplicabilidade do segundo parágrafo do Aviso nº 227, de 1º-10-97, da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro que permitia, excepcionalmente, a nomeação de Promotor de Justiça *ad hoc* (STF – Pleno – Adin nº 1.649-1/RJ – medida liminar – Rel. Min. Sydney Sanches, *Diário da Justiça*, Seção I, 8 set. 2000, p. 4).

[718] STF, Inq 4.045 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, *DJe* de 19-6-2017; HC 93.921 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 1-2-

2017; RHC 120.379 ED, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, *DJe* de 16-9-2016.

[719] Nesse sentido, o STF declarou a inconstitucionalidade do art. 379, parágrafo único do Regimento Interno do Tribunal de Justiça da Bahia, que exclui a participação do Ministério Público na investigação e decisão sobre o arquivamento de investigação contra magistrados, dando ciência posterior da decisão (ADI 4.693/BA, Pleno, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 11-10-2018). Conferir, ainda: MS 34730/DF, 1ª T, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 10-12-2019.

[720] Durante o recesso do STF, foi concedida liminar monocrática suspendendo a entrada em vigor dessa norma (ADI 6299 MC/DF, Rel. Min. Luiz Fux, decisão: 15-1-2020).

[721] Em relação ao monopólio constitucional da titularidade da ação penal pública pelo Ministério Público, conferir excelente estudo em decisão monocrática do Ministro Celso de Mello (STF – Pet. 4281/DF, *DJE* de 17-8-2009).

[722] Tese de repercussão geral (Tema 850): "O Ministério Público tem legitimidade para a propositura de ação civil pública em defesa de direitos sociais relacionados ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)" (STF, RE 643978/SE, Pleno, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 9-10-19).

[723] Em relação à legitimidade do Ministério Público para ingressar em juízo com ação civil pública visando compelir o Estado a fornecer medicamento indispensável à saúde de pessoa individualizada: STF – Pleno – RE 407.902/RS – Rel. Min. Marco Aurélio.

[724] Em sede de repercussão geral (Tema 1075), o Supremo Tribunal Federal decidiu que: "I – É inconstitucional o art. 16 da Lei 7.347/1985, alterada pela Lei 9.494/1997. II – Em se tratando de ação civil pública de efeitos nacionais ou regionais, a competência deve observar o art. 93, II, da Lei 8.078/1990. III – Ajuizadas múltiplas ações civis públicas de âmbito nacional ou regional, firma-se a prevenção do juízo que primeiro conheceu de uma delas, para o julgamento de todas as demandas conexas" (Pleno – RE 1101973/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento virtual finalizado em 7-4-2021).

[725] STF – Pleno – RE 225777/MG – Rel. Min. Eros Grau, Red. /Acórdão Min. Dias Tóffoli, decisão: 24-2-2011. Conforme decidido pelo STF, que "o trânsito em julgado de sentença condenatória proferida em sede de ação desapropriatória não obsta a propositura de Ação Civil Pública em defesa do patrimônio público, para discutir a dominialidade do bem expropriado, ainda que já se tenha expirado o prazo para a Ação Rescisória" (STF – Pleno – RE 1010819/PR, rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 26-5-2021).

[726] Resolução nº 23, de 17 de setembro de 2007, do Conselho Nacional do Ministério Público, que regulamenta no âmbito da instituição, a instauração e tramitação do inquérito civil.

[727] Cf. Resolução nº 20, de 28 de maio de 2007, do Conselho Nacional do Ministério Público, que disciplina, em no âmbito do Ministério Público, o controle externo da atividade policial.

[728] STF – ADI nº 2.794/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 14 dez. 2006 – *Informativo STF* nº 452, p. 2.

[729] STF – Agravo de instrumento nº 168.964-1/040 – Rel. Néri da Silveira, *Diário da Justiça*, Seção I, 29 maio 1996, p. 18.352.

[730] Nesse sentido, o STF decidiu que o Ministério Público é parte legítima para ajuizamento de ação civil pública que vise o fornecimento de remédios aos portadores de determinada doença (Pleno, RE 605533/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 15-8-2018. Tema 262/RG).

[731] "Não há impedimento para que o agente do Ministério Público efetue a colheita de determinados depoimentos, quando, tendo conhecimento fático do indício de autoria e da materialidade do crime, tiver notícia, diretamente, de algum fato que merecesse ser elucidado" (STF – Pleno – Inq. nº 1957/PR – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 11 maio 2005, p. 7). Conferir ainda: STF – HC nº 89.334-1/RO – Rel. Min. Cezar Peluso, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 out. 2006, p. 31; STF – Med. Caut. em Habeas Corpus nº 89.837-8/DF – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 16-10-2006.

[732] STF – Pleno – HC nº 91.661/PE, Rel. Min. Ellen Gracie, decisão: 10-3-2009. Conferir, ainda, no mesmo sentido: STF – 1ª T. – HC 96.638/BA – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão: 2-12-2010, e o fundamentado voto do Ministro Celso de Mello (2ª T. – HC 93.930/RJ, decisão: 7-12-2010), onde expõe completa fundamentação sobre a questão.

[733] STF – 2ª T. – HC nº 89837/DF – Rel. Min. Celso de Mello, *DJE*-218, 20-11-2009.

[734] STJ – 5ª T. – Resp 1020777/MG – Rel. Min. Laurita Vaz, decisão: 17-2-2011. No mesmo sentido: STJ – 5ª T. – RHC 24472/RJ – Rel. Min. Jorge Mussi, decisão: 15-9-2011.

[735] Conferir sobre o tema: STF – HC nº 94.173/BA – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 1º-8-2008; STF – 2ª T. – RE 535478/SC – Rel. Min. Ellen Gracie, decisão: 28-10-2008.

[736] Conferir nesse sentido: STF – Pleno – Inquérito nº 2.041-9/MG – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 30-9-2003; STF – HC nº 84.367/RJ – Rel. Min. Carlos Britto – *Informativo STF* nº 376, p. 4.

[737] Nesse sentido, a 2ª Turma do STF entendeu "que ao Ministério Público não seria vedado proceder a diligências investigatórias, consoante interpretação sistêmica da Constituição (art. 129), do CPP (art. 5º) e da LC 75/1993 (art. 8º)", uma vez que "a atividade investigatória não seria exclusiva da polícia judiciária" (RHC 97926/GO, rel. Min. Gilmar Mendes, 2-9-2014).

[738] Conferir importante diferenciação feita pelo Ministro Cezar Peluso, entre *função de polícia judiciária* e *função investigatória*, bem como sua conclusão, no sentido de que "o poder investigatório que, pelo exposto, se deve reconhecer, por igual, próprio do Ministério Público é, à luz da disciplina constitucional, certamente, da espécie excepcional, fundada na exigência absoluta de demonstrado interesse público ou social" (STF – HC nº 89.334-1/RN – Rel. Cezar Peluzo, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 out. 2006, p. 31).

[739] Nesse sentido, o STF determinou ao MPF imediata abertura de vista ao advogado do investigado (STF – 2ª T. – HC nº 88190/RJ – Rel. Min. Cezar Peluso, decisão: 29-8-2006 – *Informativo STF* nº 438 e *Diário da Justiça,* Seção I, 6 out. 2006, p. 67). Igualmente, proclamou o controle jurisdicional da atividade investigatória dos membros do Ministério Público, bem como, a integral oponibilidade do sistema de direitos e garantias individuais às investigações conduzidas pelos seus membros (STF – 2ª T. – HC nº 89.837/DF – Rel. Min. Celso de Mello, *DJE*-218, 20-11-2009).

[740] Conferir, sobre o tema, julgamento em andamento no STF: Pleno – Inq. nº 1968/DF – Rel. Min. Marco Aurélio, *Informativo STF* nº 359, p. 1.

[741] STF – Pleno – Repercussão Geral – RE nº 593727/MG – Rel. orig. Min. Cezar Peluso – Red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes – 14-5-2015 (RE-593727).

[742] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários...* Op. cit. v. 3, p. 48.

[743] PERTENCE, Sepúlveda. *A Constituição*... Op. cit. p. 266-267.

[744] Voto do Ministro Celso de Mello, *RTJ* 153/783.

[745] STJ – 6ª T. – Resp. nº 67.148/SP – Rel. Min. Adhemar Maciel, decisão: 25 set. 1995; STJ – 1ª T. – Resp. nº 142.707/SP – Rel. Min. Garcia Vieira, Diário da Justiça, Seção I, 27 abr. 1998, p. 85. STJ – 5ª T. – Resp. nº 98.648 /MG – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *Diário da Justiça*, Seção I, 28 abr. 1997, *Ementário STJ* 18/185. **Conferir, ainda, nesse sentido:** Superior Tribunal de Justiça, Agravo

de Instrumento 97.838/GO, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, 19 3 1996, *DJU*, 28 mar. 1996, p. 9.234; e ainda, Resp. nº 13.649, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, *RSTJ* 27.493.

[746] *JTJ* 162/92, Rel. Des. Cambrea Filho.

[747] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria. *Processo civil...* Op. cit. p. notas 25 e 26, ao art. 1º, inciso IV, da Lei nº 7.347/85, p. 1.018.

[748] LAVIÉ, Humberto Quiroga. *Estudio analítico de la reforma constitucional.* Buenos Aires: Depalma, 1994. p. 65.

[749] STJ – Agravo de Instrumento 97.838-GO, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, 19-3-1996, *DJU* 28-3-1996, p. 9.234; STJ **–** Resp nº 13.649, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, *RSTJ* 27.493; TJ/SP – Apelação Cível 248.568-1/4, Capivari, 8ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Celso Bonilha, v.u., 15-5-1996; TJ/SP – Apelação Cível 252.231-1/1, Campinas, 3ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Pires de Araújo, v.u., 28-5-1996; TJ/SP – Apelação Cível 277.322-2/3, Iguape, 8ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Toledo Silva, v.u., 24-4-1996; TJ/SP – Mandado de Segurança 280.265-1/6, São Paulo, 3ª Câmara Civil, Relator Desembargador Toledo César, v.u., 27-2-1996; TJ/SP – Embargos de Declaração 228.723-1, Santos, Relator Desembargador Jorge Tannus, v.u., 30-3-1995, *JTJ* 173/246; TJ/SP – Apelação Cível 201.861-1/8, 2ª Câmara Civil, Relator Desembargador Lino Machado, v.u., 1-3-1994, *Revista de Direito Ambiental* 00/229-RT; **TJ/GO,** 3ª Turma da 1ª Câmara Civil, Apelação Cível 35.404-6/188, Relator Desembargador Antonio Nery da Silva, v.u., 26-6-1995, *RT* 721/207.

[750] Acórdão da Colenda Terceira Câmara Civil, proferido nos autos da apelação Cível nº 197.831-1, relatado pelo Desembargador Mattos Faria, que decidiu, à unanimidade, em 9-11-93, pela legitimidade do Ministério Público; JTJ – *LEX* – 156/127.

[751] STJ – Recurso Especial nº 89.646-PR – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *Diário da Justiça*, Seção I, 24 fev. 1997. p. 3.340.

[752] COMPARATO, Fábio Konder. *Direito público...* Op. cit. p. 83.

[753] *RDP* 68/16.

[754] *Justitia*, 128/168, Revista do Ministério Público do Estado de São Paulo.

[755] Conferir: STF, Pleno, ADI 7073/CE, Rel. Min. André Mendonça, 26-9-2022.

[756] Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, promulgada em 4-6-1998 e publicada no *Diário Oficial da União* em 5-6-1998. Ressalte-se que o art. 34 da

própria Emenda Constitucional estabeleceu que sua entrada em vigor seria na data de sua promulgação.

[757] COMPARATO, Fábio Konder. *Direito público...* Op. cit. p. 70.

[758] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo...* Op. cit.

[759] Voto do Min. Celso de Mello, no MS 21.239; *RTJ*, 147/162.

[760] O Senado Federal aprovou o Parecer nº 1.748 e, posteriormente, em dois turnos, a Proposta de Emenda à Constituição nº 29, de 2000 (nº 96, de 1999, na Câmara dos Deputados), constante da Emenda nº 240, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, enviando o texto à Câmara dos Deputados, para nova análise e eventual aprovação em dois turnos, pelo quórum qualificado de 3/5. Uma das propostas aprovadas pelo Senado limita em *uma única recondução* ao cargo de Procurador-Geral da República.

[761] No sentido do texto: MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico...* Op. cit. p. 117; FERREIRA, Pinto. *Comentários...* Op. cit. v. 6, p. 122. CONTRA: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de...* Op. cit. p. 111, para quem a Constituição refere-se tão somente ao Ministério Público Federal.

[762] *RTJ* 147/104.

[763] STF – Pleno – Rcl. 6239 AgR-AgR/RO, rel. orig. Min. Luiz Fux, red. p/ o acórdão Min. Rosa Weber, decisão: 23-5-2012.

[764] Voto do Ministro-relator Sepúlveda Pertence no MS 21.239; *RTJ* 147/138.

[765] O Senado Federal aprovou o Parecer nº 1.748 e, posteriormente, em dois turnos, a Proposta de Emenda à Constituição nº 29, de 2000 (nº 96, de 1999, na Câmara dos Deputados), constante da Emenda nº 240, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, enviando o texto à Câmara dos Deputados, para nova análise e eventual aprovação em dois turnos, pelo quórum qualificado de 3/5. No texto aprovado, altera-se a nomenclatura do cargo de chefe do Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal, que passariam a ser denominados “Promotores-Gerais de Justiça”.

[766] O STF julgou procedente ADI para conceder interpretação conforme ao art. 99 da Constituição do Estado de Rondônia, que não estabelecia expressamente a vedação à mais de uma recondução sucessiva (Pleno – Adi 2622 – Rel. Min. Cezar Peluso, decisão: 10-11-2011).

[767] STF – Pleno – ADI 5169, Rel. Min. Rosa Weber, j. 5-12-2020.

[768] Voto divergente na ADI 6294.

[769] STF – Pleno – ADI 6294, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27-10-2020.

[770] STF – Pleno – Adin nº 1506/SE – medida liminar – Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, Seção I, 22 nov. 1996, p. 45.686. Conferir, ainda, o julgamento do mérito no *Informativo STF* nº 161.

[771] STF, Pleno, ADI 5171/AP, rel. Min. Luiz Fux, Sessão Virtual de 23.8.2019 a 29.8.2019; STF, Pleno, ADI 5211/PB, rel. Min. Alexandre de Moraes, Sessão Virtual de 11 a 17-10-2019.

[772] STF – Pleno – Adin nº 2.622/RO – Rel. Min. Sydney Sanches, decisão: 8-8-02. *Informativo STF* nº 276.

[773] Art. 128, I, *a*, da Constituição Federal; art. 38, I, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e art. 208 da Lei Complementar nº 75/93.

[774] O STF confirmou a possibilidade de o CNJ exercer o controle administrativo do ato de vitaliciamento dos membros do Ministério Público, mesmo que a decisão final daquele colegiado ocorra após o prazo de 2 anos (STF – Pleno – MS 27.542/DF – Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento: 4-10-2016).

[775] Art. 38, § 1º, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

[776] Art. 38, § 2º, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

[777] Art. 128, I, *b*, da Constituição Federal e art. 38, II, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e art. 209 da Lei Complementar nº 75/93.

[778] Novo quórum dado pela EC nº 45/04; até então a redação original do texto constitucional estabelecia o quórum qualificado de 2/3.

[779] Supremo Tribunal Federal – Plenário – Adin 1.246-PR, Rel. Min. Moreira Alves, sessão de 6-9-95.

[780] CF, art. 128, I, *c*, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, promulgada em 4-6-1998 e publicada no *Diário Oficial da União* em 5-6-1998. Ressalte-se que o art. 34 da própria Emenda Constitucional estabeleceu que sua entrada em vigor seria na data de sua promulgação. Conferir, ainda, art. 38, III, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

[781] O STF entendeu ser “inconstitucional, por configurar ofensa à liberdade de locomoção, a exigência de prévia comunicação ou autorização para que os membros do Ministério Público possam se ausentar da comarca ou do estado onde exercem suas atribuições” (STF – Pleno – ADI 6845/AC, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento virtual finalizado em 22-10-2021).

[782] Com base nos princípios da igualdade, da moralidade e da eficiência, o STF declarou a constitucionalidade de resolução do CNMP que veda o exercício da

advocacia por parte dos servidores do Ministério Público (STF – Pleno – ADI 5454, Rel. Alexandre de Moraes, j. 15-4-2020).

[783] Conforme decidiu o Tribunal Superior Eleitoral, “Ministério Público – Atividade político-partidária – alínea “e” do inciso II do artigo 128 da CF – Emenda Constitucional nº 45/2004 – Aplicação no tempo. A proibição do exercício de atividades político-partidária ao membro do Ministério Público tem aplicação imediata e linear, apanhando todos aqueles que o integram, pouco importando a data de ingresso” (TSE – Pleno – Resolução nº 22.045 – Consulta nº 11.053 – Classe 5ª – Distrito Federal (Brasília) – Rel. Min. Marco Aurélio). No mesmo sentido: “A aplicação da EC nº 45/04 é imediata e sem ressalvas, abrangendo tanto aqueles que adentraram nos quadros do Ministério Público antes, como depois da referida emenda à Constituição” (TSE – Pleno – Consulta nº 1.154 – Classe 5ª – Distrito Federal (Brasília) – Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, *Diário da Justiça*, Seção I, 24 out. 2005, p. 89).

[784] STF – Pleno – ADI 2534, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 24-8-2020.

[785] TSE – Consulta nº 13.981. *Diário da Justiça*, Seção I, 28 mar. 1994, p. 6.280.

[786] STF – Pleno – Adin nº 1.371-8/DF – Rel. Min. Néri da Silveira, *Diário da Justiça*, Seção I, 15 jun. 1998, p. 2.

[787] STF – Pleno – Adin nº 1.371-8/DF – Rel. Min. Néri da Silveira, *Diário da Justiça*, Seção I, 3 out. 2003; STF – Pleno – MS V24.235/DF – Rel. Min. Carlos Velloso, *Informativo STF* nº 274, p. 2.

[788] TSE – Pleno – Consulta nº 1.154 – Classe 5ª – Distrito Federal (Brasília) – Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, *Diário da Justiça*, Seção I, 24 out. 2005, p. 89.

[789] Art. 29, § 3º, ADCT – Poderá optar pelo regime anterior, no que respeita às garantias e vantagens, o membro do Ministério Público admitido antes da promulgação da constituição, observando-se, quanto às vedações, a situação jurídica na data desta. O Senado Federal aprovou o Parecer nº 1.748, e, posteriormente, em dois turnos a Proposta de Emenda à Constituição nº 29, de 2000 (nº 96, de 1999, na Câmara dos Deputados), constante da Emenda nº 240, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, enviando o texto à Câmara dos Deputados, para nova análise e eventual aprovação em dois turnos, pelo quórum qualificado de 3/5. No texto aprovado estabeleceu-se que o membro do Ministério Público admitido antes da promulgação da EC nº 45/04 poderá exercer atividade político-partidária, na forma da lei. Enquanto não houver aprovação pela

Câmara dos Deputados e, posteriormente, promulgação e publicação pelas Mesas da Câmara e do Senado Federal, prevalece o art. 29, § 3º, do ADCT.

790 Nesse sentido: TSE – RO nº 1070/SP – Rel. Min. Cezar Peluzo, 1º-11-2006.

791 Vencidos a Min. Ellen Gracie, relatora, e os Ministros Joaquim Barbosa, Cezar Peluso e Celso de Mello.

792 STF – Pleno – RE 597994/PA, Rel. orig. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ o acórdão Min. Eros Grau, 4-6-2009.

793 STF – Pleno – ADI 3.574-6/SE – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *Diário da Justiça*, Seção I, 20 junho 2007, p. 30. Conferir, ainda: STF – Pleno – ADI 2534, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 24-8-2020.

794 STF – Pleno – ADPF 388/DF – Rel. Min. Gilmar Mendes, 9-3-2016.

795 Voto na ADPF 388/DF.

796 STF – Pleno – ADI 3161, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 15-10-2020.

797 WHEARE, Karl C. *Modern constitutions.* Londres: Oxford University Press, 1973. p. 46 ss.

798 *O Federalista*, 1º fev. 1788.

799 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...* Op. cit. p. 522.

800 NOVELLI, Flávio Bauer. Norma constitucional inconstitucional? A propósito do art. 2º, § 2º, da EC 3/93. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 13, p. 40.

801 MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade*: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 95.

802 *RTJ* 147/129-30.

803 *RTJ* 153/783.

804 MENDES, Gilmar Mendes. *Controle de...* Op. cit. p. 95.

805 *RTJ* 147/161.

806 *RTJ* 147/164.

807 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos...* Op. cit. p. 289.

808 MOREIRA, Vital. *Constituição e revisão constitucional*. Lisboa: Caminho, 1990. p. 107-108.

809 STF – MS nº 26.715-1/DF – medida cautelar – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 18-6-2007.

[810] O Supremo Tribunal Federal concedeu liminar à ação direta de inconstitucionalidade para suspender a eficácia dessa "indicação e escolha supletiva de nomes para o Conselho Nacional do Ministério Público", pois "teria implicado alteração substancial no texto aprovado, em dois turnos, pela Câmara dos Deputados, segundo o qual caberia, também ao STF, o aludido mister" (STF – Pleno – Adin nº 3.472/DF – medida cautelar – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 28-4-2005. *Informativo STF* nº 385). Desta forma, cada Ministério Público indicou um representante e o Senado Federal escolheu os três futuros integrantes do Conselho. Conferir a íntegra da decisão: STF – Pleno – medida cautelar – Adin nº 3.472/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence – *Informativo STF* nº 392, p. 3.

[811] Conferir Resolução nº 2, de 21 de novembro de 2005, do Conselho Nacional do Ministério Público, que dispôs sobre os critérios objetivos e o voto aberto e fundamentado nas promoções e remoções por merecimento de membros dos Ministérios Públicos da União e dos Estados.

[812] A nova redação dada pela EC 103, de 12 de novembro de 2019 excluiu a possibilidade do CNMP determinar a "aposentadoria".

[813] STF – MS nº 26238/ DF – medida cautelar – Rel. Min. Cezar Peluzo, *Diário da Justiça*, Seção I, 21 nov. 2006, p. 70; STF – MS nº 26204/ DF – medida cautelar – Rel. Min. Carmem Lúcia, *Diário da Justiça*, Seção I, 13 nov. 2006, p. 78; STF – MS nº 26063/ DF – medida cautelar – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 04 out. 2006, p. 38; STF – MS nº 26153/ DF – medida cautelar – Rel. Min. Eros Grau, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 out. 2006, p. 34. Conferir, ainda: STF – Petição nº 3674-3/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 4-10-2006. Nesse julgado, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a competência constitucional do STF para as ações contra atos do CNMP, porém exclui a possibilidade de competência originária do Pretório Excelso para ações populares contra o Plenário do CNMP em virtude da edição de resoluções.

[814] STF – Pleno – Questão de Ordem em AO nº 1.814/MG – Rel. Min. Marco Aurélio; STF – Pleno – ACO 1680 AgR/AL – Rel. Min. Teori Zavascki, decisão: 24-9-2014; STF – 2ª T. – ACO 2.373 AgR/DF – Rel. Min. Teori Zavascki, decisão: 19-8-2014.

[815] Rcl 15564 AgR/PR, red. p/ o ac. Min. Luiz Fux, j. 10-9-2019; Rcl 15551 AgR/GO, 2ª T, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 26-11-2019.

[816] STF – Pleno – AOs 2415, 2424 AgRg, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 30-11-2020.

[817] Conforme decidiu o STF, essa previsão constitucional não autoriza a equiparação automática de vencimentos e vantagens entre os membros do MP de Contas e do MP comum (STF – Pleno – ADI 3804/AL, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento virtual finalizado em 3-12-2021).

[818] STF – Pleno – Adin nº 798-1/DF – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 dez. 1994; STF – Pleno – Adin nº 3192/ES – Rel. Min. Eros Grau. *Informativo STF* nº 428.

[819] STF – Pleno – ADI 3804/AL, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento virtual finalizado em 3-12-2021.

[820] STF – Pleno – Adin nº 892-7/RS – medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 7 nov. 1997, p. 57.230.

[821] STF – Pleno – Adin nº 1.545-1/SE – medida liminar – Rel. Min. Octavio Gallotti, *Diário da Justiça*, Seção I, 24 out. 1997, p. 54.156.

[822] Em relação à reserva de lei complementar: STF – Pleno – Adin nº 2.713-1/DF – Rel. Min. Ellen Gracie, *Diário da Justiça*, Seção I, 3 set. 2004, p. 8.

[823] STF – Pleno – ADI 4262, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 21-2-2020; STF – Pleno – ADI 6292, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 29-6-2020.

[824] "Os princípios institucionais e as prerrogativas funcionais do Ministério Público e da Defensoria Pública não podem ser estendidos às Procuradorias de Estado, porquanto as atribuições dos Procuradores de Estado – sujeitos que estão à hierarquia administrativa – não guardam pertinência com as funções conferidas aos membros daquelas outras instituições" (STF – Pleno – ADI 5029, Rel. Min. Luiz Fux, j. 15-4-2020).

[825] STF – Pleno – ADIs 6165, 6.181, 6.178, 6.165, 6.197, 6.181, 6.178, Rel. Min. Alexandre de Moraes, SV de 12 a 19-6-2020.

[826] STF, ADI 3536/SC, Pleno, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 3-10-2019.

[827] STF – Pleno – RE 603583/RS – Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 26-10-2011.

[828] STF – Petição nº 1.127-9/SP – Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, Seção I, 1 abr. 1996, p. 9.817; STF – Revisão Criminal nº 4.886, Rel. para o acórdão o Min. Celso de Mello – *RTJ* 146/49; STF – Revisão Criminal nº 5.177-1/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 5 mar. 1996, p. 5.514; STF – *Habeas corpus* nº 73.355-7/SP – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 29 mar. 1996, p. 9.347.

[829] *RTJ* 154/603.

[830] STJ – 5ª T. – RHC nº 1.701 – CE – Rel. Min. Flaquer Scartezzini – v.u. – *DJU*, 4 maio 1992, p. 5.895.

[831] STF – Pleno – Adin nº 1.105/DF – Rel. Orig. Min. Marco Aurélio, Rel. p/Acórdão Min. Ricardo Lewandowski, decisão: 17-5-2006.

[832] STF – Pleno – Emb. Decl. em MS nº 21.730-1 – AgRg/DF – v.u. – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 22 abr. 1994, p. 8.942; STF – RE nº 464.963/GO – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 30-6-2006 – *Informativo STF* nº 434.

[833] STF – Pleno – RE 603583/RS – Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 26-10-2011.

[834] STF – Pleno – ADI nº 3.026-4/DF – Rel. Min. Eros Grau, *Diário da Justiça*, Seção I, 29 set. 2006, p. 31.

[835] STF – RHC nº 69.619-8, Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 20 ago. 1993, p. 16.319; STF – HC nº 69.085-8/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 26 mar. 1993, p. 5.003. Inclusive, o Supremo Tribunal Federal, na Adin nº 1.127-8, Rel. Min. Paulo Brossard, suspendeu liminarmente a eficácia da expressão *ou desacato* contida no art. 7º, § 2º, da Lei nº 8.906, de 4-7-1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), que alargava a abrangência da imunidade material dos advogados.

[836] STJ – 5ª T.; Rec. em HC nº 4.889; Rel. Min. Assis Toledo; j. 2-10-95; v.u.; ementa – Publicada na AASP, nº 1957, p. 50-e; STJ – 5ª T.; Rec. em HC nº 4.979-MG; Rel. Min. Assis Toledo; j. 25-10-95; v.u.; ementa – Publicado no AASP, nº 1958, p. 53-e; STJ – 6ª Turma, HC nº 3.381-7-SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro; j. 24-4-95, v.u.

[837] STJ – 5ª T.; HC nº 4.539-RO; Rel. Min. Jesus Costa Lima; j. 2-8-95; v.u. No mesmo sentido, em relação às ofensas contra membro do Ministério Público: *RT*, 72/486.

[838] STF – Pleno – Adin nº 1.105/DF – Rel. Orig. Min. Marco Aurélio, Rel. P/Acórdão Min. Ricardo Lewandowski, decisão: 17-5-2006. No mesmo sentido, em sessão Plenária, o extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, por maioria absoluta de votos, nos termos do art. 97 da Constituição Federal, declarou a inconstitucionalidade do art. 7º, § 2º, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB), pela ausência do caráter absoluto da imunidade do advogado (TACRIM – Pleno – Arg. de Inconst. nº 263.090/4 – São Miguel Arcanjo; Rel. Juiz Silvério Ribeiro, j. 6-3-1996; maioria de votos – AASP nº 1984, 1º a 7-1-1997, p. 5-j).

[839] STJ – RHC nº 3.068-2-SP, *Diário da Justiça*, 11 dez. 1989, p. 18.142/3, e ainda, *RTJ* 92/1118; 121/157; 126/628 e *RT* 610/426; 624/378.

[840] STJ – Recurso em *Habeas corpus* nº 4804/RS – 6ª T. – v.u. – Rel. Min. Anselmo Santiago, *Diário da Justiça*, Seção I, 23 set. 1996.

[841] STF – Pleno – ADI 4636/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento virtual finalizado em 3-11-2021.

[842] Redação dada pela EC nº 80, de 4 de junho de 2014.

[843] STF, Pleno, ADI nº 3943/DF – Rel. Min. Cármen Lúcia – 6 e 7-5-2015. (ADI-3943); STF – Pleno – RE nº 733433/MG – Rel. Min. Dias Toffoli – 4-11-2015 (RE-733433).

[844] STF, 2ª T, HC 125270/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe, 3-8-2015.

[845] STF, Pleno, ADI 6860/MT; ADI 6861/PI e ADI 6863/PE, Rel. Min. Nunes Marques. Conferir, ainda: ADI 6852/DF, ADI 6862/PR, ADI 6865/PB, ADI 6867/ES, ADI 6870/DF, ADI 6871/CE, ADI 6872/AP, ADI 6873/AM, ADI 6875/RN.

[846] Conferir sobre a absoluta necessidade de concurso público para provimento da Defensoria Pública e vedação à contratação temporária de defensores públicos: STF – Pleno – ADI 4246/PA – Rel. Min. Ayres Britto, decisão: 25-5-2011; STF – Pleno – Adin nº 2229/ES – Rel. Min. Carlos Velloso, decisão: 9-6-2004, *Informativo STF* nº 351, p. 1. Em relação à vedação do exercício da advocacia fora das atribuições institucionais, conferir: STF – Pleno – Adin nº 3043/MG – Rel. Min. Eros Grau, decisão: 26-4-2006, *Informativo STF* nº 424.

[847] STF – Pleno – Tema 1074 RG – RE 1240999/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento virtual finalizado em 3-11-2021.

[848] O Supremo Tribunal Federal não admitiu ampliação à norma excepcional do art. 22 do ADCT: STF – Pleno – ADI nº 3603/RO – Rel. Min. Eros Grau, decisão: 30-8-2006 – *Informativo STF* nº 438.

[849] STF – Pleno – ADI 3965/MG – Rel. Min. Cármen Lúcia, 7-3-2012.

[850] Em defesa da autonomia administrativa das Defensorias Públicas, o STF declarou inconstitucional sua vinculação à estrutura da Secretaria da Justiça (STF – Pleno – ADI nº 3.569/PE – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 2-4-2007).

[851] STF – Pleno – ADPF 504, Rel. Min. Rosa Weber, j. 20-10-2020.

[852] STF – Pleno – ADI 5296, Rel. Min. Rosa Weber, j. 4-11-2020.

[853] STF – Pleno – ADI 4163/SP – Rel. Min. Cezar Peluso, 29-2-2012.

[854] STF – Pleno – ADI nº 3.700/RN – Rel. Min. Carlos Britto, decisão: 15-10-2008; STF – Pleno – ADI 3892/SC, ADI 4270/SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 14-3-2012.

[855] STF – Pleno – ADPF 279/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 3-11-2021.



Processo Legislativo 11

1 CONCEITO

O termo *processo legislativo* pode ser compreendido num duplo sentido, jurídico e sociológico. Juridicamente, consiste no conjunto coordenado de disposições que disciplinam o procedimento a ser obedecido pelos órgãos competentes na produção de leis e atos normativos que derivam diretamente da própria constituição, enquanto sociologicamente podemos defini-lo como o conjunto de fatores reais que impulsionam e direcionam os legisladores a exercitarem suas tarefas.

Assim, juridicamente, a Constituição Federal define uma sequência de atos a serem realizados pelos órgãos legislativos, visando à formação das espécies normativas previstas no art. 59: Emendas Constitucionais, leis complementares e ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

A primazia do processo legiferante foi constitucionalmente concedida ao Poder Legislativo, que, porém, não detém o monopólio da função normativa, em virtude da existência de outras fontes normativas primárias, tanto no Executivo (medidas provisórias, decretos autônomos),[1] quanto no Judiciário (regimento interno dos Tribunais e poder normativo primário do Conselho Nacional de Justiça).[2]

O respeito ao devido processo legislativo na elaboração das espécies normativas é um dogma corolário[3] à observância do princípio da legalidade,

consagrado constitucionalmente, uma vez que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de espécie normativa devidamente elaborada pelo Poder competente, segundo as normas de processo legislativo constitucional, determinando, desta forma, a Carta Magna, quais os órgãos e quais os procedimentos de criação das normas gerais, que determinam, como ressaltado por Kelsen

> "não só os órgãos judiciais e administrativos e o processo judicial e administrativo, mas também os conteúdos das normas individuais, as decisões judiciais e os atos administrativos que devem emanar dos órgãos aplicadores do direito".[4]

O desrespeito às normas de processo legislativo constitucionalmente previstas acarretará a inconstitucionalidade formal da lei ou ato normativo produzido, possibilitando pleno controle repressivo de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, tanto pelo método difuso quanto pelo método concentrado. Saliente-se, ainda, que mesmo durante o processo legislativo, os parlamentares têm o direito público subjetivo à fiel observância de todas as regras previstas constitucionalmente para a elaboração de cada espécie normativa, podendo, pois, socorrerem-se ao Poder Judiciário, via mandado de segurança.[5]

Observe-se que o Supremo Tribunal Federal considera as regras básicas de processo legislativo previstas na Constituição Federal como modelos obrigatórios às Constituições Estaduais,[6] declarando que o modelo estruturador do processo legislativo, tal como delineado em seus aspectos fundamentais pela Carta da República, impõe-se, enquanto padrão normativo, de compulsório atendimento, à observância incondicional dos Estados-membros.[7]

Importantíssimo ressaltar, por tratar-se de norma geral de processo legislativo, aplicável a todos os entes federais, que a Constituição de 1988 aboliu o instrumento do *decurso de prazo*,[8] verdadeira aberração legislativa

que constituía um *capitis diminutio* ao Poder Legislativo, pois permitia a aprovação de um projeto de lei ou Decreto-lei, sem que houvesse análise por parte do Congresso Nacional.

O presente estudo, para fins didáticos, será desmembrado em três partes: noções gerais, processo legislativo ordinário e espécies normativas.

2 NOÇÕES GERAIS

2.1 Conceitos iniciais

Estão ligados ao estudo de processo legislativo alguns conceitos importantes, que devem ser definidos: desconstitucionalização, recepção e repristinação.

- *Desconstitucionalização* é nome técnico que se dá à manutenção em vigor, perante uma nova ordem jurídica, da Constituição anterior, que porém perde sua hierarquia constitucional para operar como legislação comum. Tal fenômeno não encontra acolhida em nosso sistema constitucional.

A substituição de uma constituição por outra implica a perda de eficácia da Carta primitiva. O mesmo não acontece, no entanto, com o restante das leis e dos atos normativos que, em regra, permanecem válidos, satisfeita uma única condição, qual seja, a de serem compatíveis com a nova ordem constitucional. Obviamente, as normas conflitantes, explícita ou implicitamente, retirar-se-ão do ordenamento jurídico, independentemente da espécie (emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias etc.), pois a criação de uma nova ordem jurídica exige o adequamento do restante do ordenamento jurídico.

- *Recepção* consiste no acolhimento que uma nova constituição posta em vigor dá às leis e atos normativos editados sob a égide da Carta anterior, desde que compatíveis consigo.[9] O fenômeno da recepção, além de receber materialmente as leis e atos normativos compatíveis com a nova Carta, também garante a sua adequação à nova sistemática legal.[10]
- *Repristinação* é o nome que se dá ao fenômeno que ocorre quando uma norma revogadora de outra anterior, que, por sua vez, tivesse revogado uma mais antiga, recoloca esta última novamente em estado de produção de efeitos. Esta verdadeira restauração de eficácia é proibida em nosso Direito, em nome da segurança jurídica, salvo se houver expressa previsão da nova lei, conforme preceitua o art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Assim, a legislação que tenha perdido sua eficácia anteriormente à edição da nova Constituição Federal não irá readquiri-la com sua promulgação. Nesse sentido, decidiu o STF que "existe efeito repristinatório em nosso ordenamento jurídico, impondo-se, no entanto, para que possa atuar plenamente, que a repristinação encontre suporte em cláusula normativa que a preveja expressamente, pois a repristinação não se presume".[11]

2.2 Processos legislativos

Podemos classificar os processos legislativos em dois grandes gêneros. O primeiro em relação às formas de organização política e o segundo em relação à sequência das fases procedimentais.

2.2.1 Classificação em relação às formas de organização política

Dependendo da forma de organização política, podemos distinguir quatro espécies de processo legislativo: o autocrático, o direto, o indireto ou representativo e o semidireto.

O processo legislativo autocrático caracteriza-se por ser expressão do próprio governante, que fundamenta em si mesmo a competência para editar leis, excluindo desta atividade legiferante o corpo de cidadãos, seja diretamente, seja por intermédio de seus representantes.

Por sua vez, considera-se processo legislativo direto aquele discutido e votado pelo próprio povo.

O processo legislativo semidireto consubstanciava-se em um procedimento complexo, pois a elaboração legislativa necessitava da concordância da vontade do órgão representativo com a vontade do eleitorado, através de *referendum* popular.

Por fim, o processo legislativo indireto ou representativo, adotado no Brasil e na maioria dos países, pelo qual o mandante (povo) escolhe seus mandatários (parlamentares), que receberão de forma autônoma[12] poderes para decidir sobre os assuntos de sua competência constitucional.[13]

2.2.2 Classificação em relação à sequência das fases procedimentais

Há três espécies de processos ou procedimentos legislativos, o comum ou ordinário, o sumário e os especiais.

O processo legislativo ordinário é aquele que se destina à elaboração das leis ordinárias, caracterizando-se pela sua maior extensão.

O processo legislativo sumário, conforme será estudado adiante, apresenta somente uma diferenciação em relação ao ordinário, a existência de prazo para que o Congresso Nacional delibere sobre determinado assunto.

Por fim, encontramos os processos legislativos especiais estabelecidos para a elaboração das emendas à Constituição, leis complementares, leis delegadas, medidas provisórias, decretos-legislativos, resoluções e leis financeiras (lei de plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias, leis do orçamento anual e de abertura de créditos adicionais).[14]

A EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016, ao instituir um novo regime no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, estabelecendo, para cada exercício, limites individualizados para as despesas primárias no âmbito dos três poderes, Ministério Público e Defensoria Pública, permitiu que o processo legislativo das espécies normativas primárias previstas no art. 59 da Constituição Federal, com exceção da edição de medidas provisórias, possa ser suspenso por até vinte dias, a requerimento de um quinto dos membros da Casa, nos termos regimentais, para análise de sua compatibilidade com o referido Novo Regime Fiscal.

3 PROCESSO LEGISLATIVO ORDINÁRIO[15]

O procedimento de elaboração de uma lei ordinária denomina-se processo legislativo ordinário e apresenta as seguintes fases: fase introdutória, fase constitutiva e fase complementar.

Por ser o mais completo e amplo, será estudado, em primeiro lugar, o procedimento de elaboração de uma lei ordinária servindo de paradigma para a análise da elaboração das demais espécies normativas.

3.1 Fase introdutória

Iniciativa de lei é a faculdade que se atribui a alguém ou a algum órgão para apresentar projetos de lei ao Legislativo, podendo ser parlamentar ou extraparlamentar e concorrente ou exclusiva.

Diz-se iniciativa de lei parlamentar a prerrogativa que a Constituição confere a todos os membros do Congresso Nacional (Deputados Federais/Senadores da República) de apresentação de projetos de lei.

Diz-se, por outro lado, iniciativa de lei extraparlamentar aquela conferida ao Chefe do Poder Executivo, aos Tribunais Superiores, ao Ministério Público e aos cidadãos (iniciativa popular de lei).

Por sua vez, a iniciativa concorrente é aquela pertencente a vários legitimados de uma só vez (por exemplo: parlamentares e Presidente da República), enquanto iniciativa exclusiva é aquela reservada a determinado cargo ou órgão (por exemplo: CF, art. 61, § 1º).

Anote-se que uma das funções primordiais do exercício da iniciativa de lei, através da apresentação do projeto de lei ordinária ao Congresso Nacional, é definir qual das casas legislativas analisará primeiramente o assunto (Deliberação Principal) e qual atuará como revisora (Deliberação Revisional). Assim, a discussão e a votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e dos cidadãos, terão início na Câmara dos Deputados, conforme preceituam os arts. 61, § 2º, e 64, *caput*, da Constituição Federal.

3.1.1 Iniciativa de lei do Poder Judiciário

A Constituição Federal preconiza que compete privativamente ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169, a criação e a extinção de cargos e a remuneração de seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados,[16] bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver. A fixação dos subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal – *teto salarial do funcionalismo, nos termos do inciso XI, do art. 37*

da Constituição Federal –, igualmente, será estabelecida por lei ordinária, de iniciativa do Presidente do STF.[17]

Como salienta Clèmerson Merlin Clève,

> "do princípio da inicialidade legislativa decorre a iniciativa reservada de algumas leis. A primeira delas é o Estatuto da Magistratura Nacional, lei complementar de iniciativa privativa do Supremo Tribunal Federal. Diante do disposto no art. 93 da Constituição Federal, não pode o Congresso Nacional dispor sobre essa matéria sem a preliminar provocação da Suprema Corte brasileira".[18]

Eventuais alterações nas disposições relacionadas à remuneração, decorrentes de emenda parlamentar ao projeto original, de iniciativa dos referidos Tribunais, serão incompatíveis com as regras dos arts. 2º e 96, II, alínea *b*, da Constituição Federal, uma vez que estarão maculadas pelo vício de inconstitucionalidade formal, além de violarem, pela imposição de aumento da despesa, o princípio da autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário.[19]

Anote-se que a iniciativa privativa dos Tribunais aplica-se, igualmente, em relação às normas das Constituições Estaduais, não havendo possibilidade de usurpação da iniciativa prevista pela Constituição Federal pelo legislador-constituinte derivado do Estado-membro. A regra, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, que decorre do princípio da independência e harmonia entre os poderes e é tradicional no direito republicano, aplica-se tanto à legislatura ordinária, como à constituinte estadual, em razão do que prescreve a Constituição Federal, art. 96, II, *b* e *d*.[20]

3.1.2 Iniciativa privativa do Presidente da República – art. 61

As referidas matérias cuja discussão legislativa dependem da iniciativa privativa do Presidente da República (CF, art. 61, § 1º)[21] são de observância obrigatória pelos Estados-membros que, ao disciplinar o processo legislativo no âmbito das respectivas Constituições estaduais, não poderão afastar-se da disciplina constitucional federal,[22] sob pena de nulidade da lei.[23]

Assim, por exemplo, a iniciativa reservada das leis que versem o regime jurídico dos servidores públicos revela-se, enquanto prerrogativa conferida pela Carta Política ao Chefe do Poder Executivo, projeção específica do princípio da separação de poderes, incidindo em inconstitucionalidade formal a norma inscrita em Constituição do Estado que, subtraindo a disciplina da matéria ao domínio normativo da lei, dispõe sobre provimento de cargos que integram a estrutura jurídico-administrativa do Poder Executivo local.[24]

A Constituição Federal inseriu, ainda, na esfera de atribuições do Executivo, o poder de elaborar e de encaminhar ao Legislativo o projeto de lei referente ao orçamento anual, função esta que deverá observar somente as limitações da própria Carta Magna, da lei de diretrizes orçamentárias e do plano plurianual, inexistindo possibilidade, sob pena de afronta à Separação dos Poderes, consagrada textualmente na Constituição Federal, do Poder Judiciário determinar ao Presidente da República a inclusão, no texto do projeto de lei orçamentária anual, de cláusula pertinente à fixação da despesa pública, com a consequente alocação de recursos financeiros destinados a satisfazer a determinados encargos.[25]

No Brasil, tradicionalmente desde a Constituição Imperial, cabe ao Poder Executivo a atribuição para a elaboração e a apresentação da proposta orçamentária, pois é este Poder quem conhece a realidade sociopolítica em

que irá atuar, possibilitando o fornecimento de maiores elementos ao legislador, para análise e decisão sobre a peça orçamentária.

Observe-se que a regra de iniciativa privativa do Poder Executivo para os projetos de lei referentes à matéria orçamentária é obrigatória para os Estados e Municípios;[26] em face, porém, da ausência de previsão do art. 61 da Constituição Federal, não se estende à iniciativa para os projetos de lei em matéria tributária.[27] O legislador constituinte consagrou, em matéria tributária, a concorrência de iniciativa entre Executivo e Legislativo.

Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal que

> "a Constituição de 1988 admite a iniciativa parlamentar na instauração do processo legislativo em tema de direito tributário. A iniciativa reservada, por constituir matéria de direito estrito, não se presume e nem comporta interpretação ampliativa na medida em que – por implicar limitação ao poder de instauração do processo legislativo – deve, necessariamente, derivar de norma constitucional explícita e inequívoca. O ato de legislar sobre direito tributário, ainda que para conceder benefícios jurídicos de ordem fiscal, não se equipara – especialmente para os fins de instauração do respectivo processo legislativo – ao ato de legislar sobre o orçamento do Estado".[28]

Essa regra, por configurar norma geral de processo legislativo, é aplicável aos Estados, Distrito Federal e Municípios, cujos respectivos diplomas legislativos devem, obrigatoriamente, consagrar a iniciativa concorrente para matéria tributária.[29]

3.1.3 *Emenda que aumenta a despesa em projeto de iniciativa exclusiva do chefe do Poder Executivo ou que desnature o projeto original*

Os projetos de lei enviados pelo Presidente da República à Câmara dos Deputados, quando de sua iniciativa exclusiva, em regra, poderão ser alterados, através de emendas apresentadas pelos parlamentares, no exercício constitucional da atividade legiferante, própria ao Poder Legislativo.[30] Há, entretanto, exceções no texto constitucional, uma vez que não são permitidas emendas que não guardem qualquer pertinência temática com a matéria tratada, desnaturando-o por completo,[31] bem como aquelas que visem ao aumento de despesa prevista nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República, sendo que em ambas as hipóteses haverá flagrante inconstitucionalidade da norma inserida, por emenda parlamentar, em projeto de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo,[32] por flagrante ofensa ao princípio de independência e harmonia entre os Poderes da República.[33]

Porém, a própria exceção não se aplica na matéria orçamentária, pois o art. 166, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal, permite a apresentação de emendas que aumentem as despesas, no projeto de lei do orçamento anual ou projetos que o modifiquem, desde que compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias, bem como desde que indiquem os recursos necessários para o aumento destas despesas.

Conforme destacado pelo Supremo Tribunal Federal, “as normas constitucionais de processo legislativo não impossibilitam, em regra, a modificação, por meio de emendas parlamentares, dos projetos de lei enviados pelo chefe do Poder Executivo no exercício de sua iniciativa privativa. Essa atribuição do Poder Legislativo brasileiro esbarra, porém, em duas limitações: (a) a impossibilidade de o parlamento veicular matérias

diferentes das versadas no projeto de lei, de modo a desfigurá-lo; e (b) a impossibilidade de as emendas parlamentares aos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, ressalvado o disposto no § 3º e no § 4º do art. 166, implicarem aumento de despesa pública (inciso I do art. 63 da CF).”[34]

3.1.4 Vício de iniciativa e sanção

Outra questão importante referente aos projetos de lei de iniciativa exclusiva do Presidente da República é saber se a sanção presidencial supre o vício de iniciativa na apresentação do projeto. Assim, supondo que um projeto de lei de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo tenha sido apresentado por um parlamentar, discutido e aprovado pelo Congresso Nacional, quando remetido à deliberação executiva, a eventual aquiescência do Presidente da República, por meio da sanção, estaria suprindo o inicial vício formal de constitucionalidade?

Acreditamos não ser possível suprir o vício de iniciativa com a sanção, pois tal vício macula de nulidade toda a formação da lei, não podendo ser convalidado pela futura sanção presidencial. A Súmula 5 do Supremo Tribunal Federal,[35] que previa posicionamento diverso, foi abandonada em 1974, no julgamento da Representação nº 890-GB,[36] permanecendo, atualmente, a posição do Supremo Tribunal Federal pela impossibilidade de convalidação,[37] pois como advertia Marcelo Caetano,

> “um projeto resultante de iniciativa inconstitucional sofre de um pecado original, que a sanção não tem a virtude de apagar, até porque, a par das razões jurídicas, militam os fortes motivos políticos que determinassem a exclusividade da iniciativa presidencial, cujo afastamento poderia conduzir a situações de intolerável pressão sobre o Executivo”.[38]

3.1.5 Iniciativa de lei do Ministério Público

O novo *status* constitucional de independência, autonomia e imprescindibilidade ao Estado Democrático de Direito, conferido ao Ministério Público em 1988, foi reforçado pela concessão de iniciativa para deflagrar o processo legislativo, podendo, inclusive, propor a criação e a extinção dos cargos da instituição e de seus serviços auxiliares, com provimento obrigatório por concurso público de provas e provas e títulos, para a iniciativa das respectivas leis complementares (CF, arts. 127, § 2º, e 128, § 5º).[39]

Além disso, mesmo em relação à matéria orçamentária, apesar da iniciativa das leis que definem o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual (CF, arts. 84, XXIII, e 165) pertencerem ao Poder Executivo, o Ministério Público possui dotação orçamentária própria, devendo receber mensalmente os recursos determinados no orçamento (CF, arts. 127, § 3º, e 168).

A Constituição Federal previu hipótese de *iniciativa legislativa concorrente* para apresentação de projeto de lei federal que disporá sobre a organização do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios (CF, art. 61, § 1º, II, *d*, e art. 128, § 5º). Assim, apesar do art. 61 prever as hipóteses de iniciativa privativa do Presidente da República, o próprio texto constitucional ressalvou no § 5º do art. 128 a possibilidade de concorrência do Procurador-Geral da República. A previsão de iniciativa concorrente do Presidente da República, em face do novo posicionamento constitucional e ampliação da independência do *Parquet,* sofre ressalvas por parte do Ministro Sepúlveda Pertence, que afirma:

> "Testemunho eloquente desse esforço de composição entre o futuro projetado e o passado renitente, é a esdrúxula concorrência de iniciativa entre o Procurador-geral e o Presidente da República

> para a lei complementar de organização do Ministério Público da União (CF, arts. 128, § 5º, e 61, § 1º, II, *d*).”[40]

Essa dicotomia, em relação à iniciativa para apresentação do projeto de lei complementar de organização do Ministério Público da União, já foi interpretada pelo Supremo Tribunal Federal, onde se apontou que o legislador constituinte estabeleceu uma concorrência entre o Presidente da República (CF, art. 61, § 1º, II, *d*) e o Procurador-Geral da República (CF, art. 128, § 5º), sendo inconstitucionais, tanto emendas à Constituição estadual[41] quanto leis de iniciativa parlamentar que tratem de atribuições da Instituição.[42]

Em relação à criação de cargos, porém, como salientado pelo Ministro Sepúlveda Pertence,

> “a iniciativa da criação por lei de cargos do Ministério Público é predicado explícito da sua autonomia (CF, art. 127, § 2º) e, por isso, iniludivelmente privativa dos seus próprios órgãos diretivos, em particular, do seu chefe”.[43]

Da mesma forma, faculta-se com exclusividade aos Procuradores-Gerais de Justiça de cada Estado-membro a iniciativa para lei complementar que estabelecerá a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público (CF, art. 128, § 5º), sendo inconstitucionais leis de iniciativa parlamentar que tratem de atribuições da Instituição.[44]

3.1.6 Iniciativa popular de lei

A Constituição Federal consagrou como instrumento de exercício da soberania popular (CF, art. 14, III) a iniciativa popular de lei, que poderá 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, conforme preceitua o § 2º, do art. 61, da Constituição Federal.

Interessante ressaltar que as Constituições estaduais devem prever, nos termos do § 4º do art. 27 da Constituição Federal, a iniciativa popular de lei estadual. Assim, por exemplo, a Constituição do Estado de São Paulo admite a possibilidade de sua alteração por proposta de cidadãos, mediante iniciativa popular assinada, no mínimo, por 1% dos eleitores. Igualmente, a Constituição do Estado da Bahia permite iniciativa popular para propositura de emenda constitucional, ao prever no art. 31 que "O controle dos atos administrativos será exercido pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e pela sociedade civil, na forma da lei e através de iniciativa popular de projeto de emenda a esta Constituição e de projeto de lei estadual".

Apesar da ausência de iniciativa popular para apresentação de emendas à Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal entendeu possível que constituição estadual estabeleça essa espécie de iniciativa para proposta de emendas à constituição estadual.[45]

3.1.7 Iniciativa de lei para fixação de subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (teto salarial)

Nos termos dos arts. 48, XV e 96, II, *b*, da Constituição Federal, com redação dada pela EC nº 41/03, a fixação dos subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal – *teto salarial do funcionalismo, nos termos do inciso XI, do art. 37 da Constituição Federal* – será estabelecida por lei ordinária, de iniciativa do Presidente do STF, tendo sido revogada a previsão de fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, por lei de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da

Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal, que havia sido criada pela EC nº 19/98, porém jamais concretizada.

Determina a Constituição, com a redação da EC nº 41/03, que a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos (CF, art. 37, XI). Relembre-se, que, nos termos da EC nº 47/05, os estados-membros e o Distrito Federal, por meio de emendas às suas respectivas Constituições estaduais e Lei Orgânica Distrital, podem fixar seus *subtetos,* no sentido de estabelecer um limite único para todos os servidores estaduais ou distritais, exceptuando-se os parlamentares. Esse limite será o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça (90,25% do subsídio dos Ministros do STF).

Esse *teto salarial*, porém, será fixado por meio de lei federal ordinária, editada pelo Congresso Nacional, a partir de projeto de lei de iniciativa do Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Observe-se que somente lei ordinária poderá fixar o teto de remuneração bruta do funcionalismo público, sendo incabível a edição de Decreto do Executivo, ou mesmo Resoluções do Legislativo ou do Judiciário, sob pena de inconstitucionalidade formal,[46] pois essa é matéria expressamente sujeita à reserva constitucional de lei em sentido formal.[47]

Diferentemente, porém, do *teto salarial* fixado pela EC nº 19/98, a atual previsão da EC nº 41/03 é autoaplicável, pois conforme seu art. 8º, até que seja fixado o teto remuneratório geral, correspondente ao valor do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, será considerado, para os fins de limite remuneratório, o valor da maior remuneração atribuída por lei na data da publicação da emenda constitucional a Ministro do Supremo Tribunal Federal, a título de vencimento, de representação mensal e da parcela recebida em razão de tempo de serviço.

3.2 Fase constitutiva

Nesta fase, uma vez apresentado o projeto de lei ao Congresso Nacional, haverá ampla discussão e votação sobre a matéria nas duas Casas, delimitando-se o objeto a ser aprovado ou mesmo rejeitado pelo Poder Legislativo. Além da atividade legislativa, na chamada deliberação parlamentar, caso o projeto de lei seja aprovado pelas duas Casas Legislativas, haverá participação do chefe do Poder Executivo, por meio do exercício do veto ou da sanção (deliberação executiva).

3.2.1 Deliberação parlamentar

O projeto de lei seguirá, na respectiva Casa Legislativa, para a fase da instrução, nas comissões (CF, art. 58, § 2º, I), onde será analisada inicialmente sua constitucionalidade e posteriormente seu mérito, nas chamadas, respectivamente, Comissão de Constituição e Justiça e Comissões Temáticas.[48]

Ressalte-se que a análise da constitucionalidade do projeto de lei será realizada tanto na Câmara dos Deputados, através de sua Comissão de Constituição, Justiça e de Redação, quanto no Senado Federal, através da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, cabendo-lhes, precipuamente, a análise dos aspectos constitucionais, legais, jurídicos, regimentais ou de técnica legislativa dos projetos, emendas ou substitutivos, bem como admissibilidade de proposta de emenda à Constituição Federal.[49] O mesmo ocorrerá em relação ao mérito nas Comissões temáticas, havendo possibilidade de apresentação de emendas, tanto por parte dos Deputados Federais quanto pelos Senadores da República.

Aprovado nas comissões, se necessário for, o projeto seguirá para o plenário da Casa deliberativa principal, onde será discutido e votado, uma vez que o art. 58, § 2º, I, da Constituição Federal permite às comissões a votação de projeto de lei que dispensar, na forma do respectivo regimento, a competência do Plenário, ressalvada a possibilidade de recurso de um décimo dos membros da casa.

Tratando-se de lei ordinária, a aprovação do projeto de lei condiciona-se à maioria simples dos membros da respectiva Casa, ou seja, somente haverá aprovação pela maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros, nos termos do art. 47, da Constituição Federal. Note-se que o *quorum* constitucional de maioria simples corresponde a um número variável, pois dependendo de quantos parlamentares estiverem presentes, este número poderá alterar-se. O que a Constituição Federal exige é um *quorum* mínimo para instalação da sessão. Dessa forma, presentes, no mínimo, a maioria absoluta dos membros da respectiva Casa Legislativa, o projeto de lei poderá ser posto em votação, aplicando-se como *quorum* de votação[50] a maioria dos presentes. Devemos, portanto, diferenciar o *quorum* para instalação da sessão, do *quorum* de votação de um projeto de lei ordinária.[51]

Uma vez, e somente se aprovado o projeto de lei por uma das Casas, seguirá para a outra, que exercerá o papel de Casa Revisora. A Constituição Federal determina que o projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação (CF, art. 65, *caput*).

Na Casa Revisora, igualmente, o projeto de lei será analisado pelas Comissões, discutido e votado.

Se o projeto de lei for aprovado nos mesmos termos da Casa Inicial, seguirá para o Presidente da República.

Se, porém, o projeto de lei for rejeitado, a matéria nele constante somente poderá constituir objeto de novo projeto na próxima sessão legislativa. Esta regra é excetuada, no caso da reapresentação mediante proposta da maioria absoluta dos Deputados Federais ou dos Senadores da República, conforme anota o art. 67 da Constituição Federal.

Caso o projeto de lei seja aprovado com alterações, haverá retorno destas alterações à Casa Legislativa inicial para análise e votação em um único turno.[52] Na Casa Inicial, as alterações passarão novamente pela Comissão de Constituição e Justiça, seguindo, posteriormente, a votação. As emendas da Casa Legislativa Revisora ao projeto de lei aprovado na Casa Legislativa Inicial não são suscetíveis de modificações por meio de subemenda, fazendo-se sua discussão e votação, em regra, globalmente, salvo se qualquer comissão manifestar-se favoravelmente a uma e contrariamente a outras, caso em que a votação se fará em grupos, segundo os pareceres, ou se for aprovado destaque para a votação de qualquer emenda. As exceções, porém, só se aplicam se a emenda da Casa Revisora for suscetível de divisão.[53]

Importante ressaltar que em face do princípio do bicameralismo, qualquer emenda ao projeto aprovado por uma das Casas, haverá, obrigatoriamente, que retornar à outra, para que se pronuncie somente sobre esse ponto, para aprová-lo ou rejeitá-lo, de forma definitiva. Dessa forma, o

posicionamento da Casa que iniciar o processo legislativo (Deliberação Principal) prevalecerá nesta hipótese.

Observe-se que os projetos de lei deverão, sempre, ser aprovados por ambas as Câmaras. Somente no caso de aprovação com emendas é que retornará à Casa iniciadora. Se houver aprovação, por uma das Casas e rejeição por parte de outra, o projeto de lei será arquivado, somente podendo ser reapresentado nos termos do art. 67, da Constituição Federal.[54]

O Supremo Tribunal Federal somente relativiza essa necessidade na hipótese de aprovação, pela Câmara revisora, de emendas de redação, desde que o conteúdo da proposta não tenha sido alterado.[55]

Após a aprovação do projeto de lei pelo Congresso Nacional, esse seguirá para o autógrafo que constitui o instrumento formal consubstanciador do texto definitivamente aprovado pelo Poder Legislativo, devendo refletir, com fidelidade, em seu conteúdo intrínseco, o resultado da deliberação parlamentar, antes de ser remetido ao Presidente da República.[56] O autógrafo equivale a cópia autêntica da aprovação parlamentar do projeto de lei, devendo refletir as transformações introduzidas na proposição legislativa.[57]

A. Emendas parlamentares

Emenda é a proposição apresentada, com exclusividade, pelos parlamentares, como acessória de outra, sendo a principal as propostas de emenda à Constituição; os projetos de lei ordinária; os projetos de lei complementar; os projetos de decreto legislativo; os projetos de resolução. As emendas são supressivas, aditivas, aglutinativas, modificativas, substitutivas e de redação.[58]

O Supremo Tribunal Federal destaca que “o poder de emendar – que não constitui derivação do poder de iniciar o processo de formação das leis – qualifica-se como prerrogativa deferida aos parlamentares, que se

sujeitam, no entanto, quanto ao seu exercício, às restrições impostas, em '*numerus clausus*', pela Constituição Federal".[59]

Emendas supressivas são aquelas que determinam a erradicação de qualquer parte da proposição principal.

Emendas aditivas são aquelas que acrescentam algo à proposição principal. Por sua vez, as emendas aglutinativas resultam da fusão de outras emendas, ou a destas com o texto original, por transação tendente à aproximação dos respectivos objetos.

Emendas modificativas são aquelas que alteram a proposição sem a modificar substancialmente.

Existem, ainda, as emendas substitutivas, que são apresentadas como sucedâneo a parte de outra proposição, que tomará o nome de "substitutivo" quando a alterar, substancial ou formalmente, em seu conjunto; considerando-se alteração formal aquela que visar exclusivamente ao aperfeiçoamento legislativo.

Por fim, temos as emendas de redação, que se constitui na apresentada para sanar vício de linguagem, incorreção de técnica legislativa ou lapso manifesto.

Aos titulares da iniciativa extraparlamentar não se admite a apresentação de emendas, mesmo porque atribuição inerente à função legiferante, porém como recorda Manoel Gonçalves Ferreira Filho,

> "aos titulares extraparlamentares da iniciativa se tem tolerado que, por meio de mensagens aditivas, alterem o projeto que remeteram. Todavia, como salienta José Afonso da Silva, o próprio nome dado a essas mensagens já revela os seus limites naturais. Por elas, não pode o titular extraparlamentar da iniciativa suprir ou substituir dispositivos, só pode... acrescentar dispositivos na propositura original. E isso se justifica porque os novos dispositivos podem ser considerados não modificação do

proposto, mas nova proposição. Assim, para realmente modificar o projeto, só há um caminho – retirá-lo e apresentá-lo de novo, reformulado".[60]

B. Prazo para deliberação parlamentar – regime de urgência

A Constituição Federal, como regra, não fixou prazo para que o Poder Legislativo exerça sua função legiferante. Dessa forma, salvo os prazos impróprios eventualmente fixados no regimento interno de cada uma das Casas, inexiste expressa determinação constitucional.

Porém, há uma exceção prevista no art. 64, § 1º, da Constituição Federal, que estabelece o chamado "regime de urgência constitucional" ou "processo legislativo sumário".[61]

O regime de urgência constitucional (CF, art. 64, §§ 1º a 4º) depende da vontade do Presidente da República, ao qual é concedida a faculdade de solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa, seja privativa, seja concorrente. Neste caso, nos termos do já citado art. 64, *caput*, a Câmara dos Deputados realizará a deliberação principal, cabendo ao Senado Federal a deliberação revisional.

Dessa forma, dois são os requisitos constitucionais para este procedimento legislativo especial: projetos de iniciativa do Presidente da República e solicitação sua ao Congresso Nacional.

Cada uma das Casas Legislativas terá o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, sucessivamente, para apreciação do projeto de lei. Além disso, a apreciação de eventuais emendas do Senado Federal (como Casa Revisora) pela Câmara dos Deputados deverá ser feita no prazo de 10 (dez) dias.

Assim, o processo legislativo sumário não poderá exceder 100 (cem) dias. A própria Constituição Federal estabelece sanção para o descumprimento dos prazos fixados. Então, se a Câmara dos Deputados ou Senado Federal não se manifestarem, cada qual, sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobre a proposição, será incluída na ordem do dia,

sobrestando-se a deliberação quanto aos demais assuntos, com exceção das matérias que tenham prazo constitucional determinado (por exemplo: medidas provisórias), até que se ultime a votação.

Não há possibilidade de ocorrência do processo legislativo sumário durante o recesso do Congresso Nacional, nem tampouco para apreciação de projetos de código.

3.2.2 Deliberação executiva

Após o término da deliberação parlamentar, o projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional é remetido à deliberação executiva, onde será analisado pelo Presidente da República, podendo este vetá-lo ou sancioná-lo. O exercício da sanção ou veto do Presidente da República incidirá sobre o texto formalmente consubstanciado no autógrafo, que deve retratar fielmente o projeto aprovado pelo Congresso Nacional.[62]

A existência da participação do Poder Executivo, além dos casos de iniciativa, nesta fase da feitura das leis, justifica-se pela ideia de inter-relacionamento entre os Poderes do Estado, com a finalidade de controles recíprocos. Como salientado por Kildare Gonçalves Carvalho, o poder de veto equilibra na sistemática presidencial a falta de prerrogativa do Presidente para dissolver a Câmara, existente no sistema parlamentarista.[63]

A. Sanção

É a aquiescência do Presidente da República aos termos de um projeto de lei devidamente aprovado pelo Congresso Nacional. Poderá ser **expressa**, nos casos em que o Presidente se manifesta favoravelmente, no prazo de 15 dias úteis, ou **tácita**, quando silencia nesse mesmo prazo.

A sanção também poderá ser **total** ou **parcial**, conforme concorde ou não com a totalidade do projeto de lei já aprovado pelo Parlamento.

Havendo sanção, o projeto de lei segue para a fase complementar, não sendo possível ao Presidente da República revogá-lo ou dele se arrepender, com posterior e extemporâneo veto.[64]

B. Veto (CF, art. 66, caput e §§ 1º, 2º, 4º, 5º e 6º)

É a manifestação de discordância do Presidente da República com o projeto de lei aprovado pelo Poder Legislativo, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, iniciando-se sua contagem com o recebimento do projeto de lei por parte do Chefe do Poder Executivo.[65] O dia inicial não se conta, excluindo-se da contagem; inclui-se, porém, o dia do término.[66]

A natureza jurídica do veto é outro dos muitos pontos que não encontram unanimidade na doutrina constitucional, existindo inúmeros juristas defensores da tese de tratar-se de um direito,[67] outros os entendem como um poder;[68] havendo ainda tese intermediária que consagra o veto como um poder-dever do Presidente da República.[69]

O Presidente da República poderá discordar do projeto de lei, ou por entendê-lo inconstitucional (aspecto formal) ou contrário ao interesse público (aspecto material). No primeiro caso teremos o chamado **veto jurídico**, enquanto no segundo, o **veto político**. Note-se que poderá existir o veto **jurídico-político**.

O veto é irretratável, pois uma vez manifestado e comunicadas as razões ao Poder Legislativo, tornar-se-á insuscetível de alteração de opinião do Presidente da República.

B.1 Características do veto

1. Expresso: sempre decorre da manifestação de vontade do Presidente, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, pois, em caso de silêncio, a própria Constituição Federal determina a ocorrência da sanção. Conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, “o poder de veto previsto no art. 66, §

1º, da Constituição não pode ser exercido após o decurso do prazo constitucional de 15 (quinze) dias".[70]

2. Motivado ou formalizado: o veto há de ser sempre motivado, a fim de que se conheçam as razões que conduziram à discordância, se referentes à inconstitucionalidade ou à falta de interesse público ou, até se por ambos os motivos. Esta exigência decorre da necessidade do Poder Legislativo, produtor último da lei, de examinar as razões que levaram o Presidente da República ao veto, analisando-as para convencer-se de sua mantença ou de seu afastamento, com a consequente derrubada do veto. Além disso, o veto é formal, pois deverá ser feito por escrito, juntamente com suas razões.

3. Total ou parcial: o Presidente da República poderá vetar total ou parcialmente o projeto de lei aprovado pelo Legislativo, desde que esta parcialidade somente alcance texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea. Dessa forma, impossível o veto de palavras, frases ou orações isoladas, pois a prática constitucional mostrou que o veto parcial, incidindo sobre qualquer parte do projeto como previsto na Constituição revogada, desvirtuava, muitas vezes, o sentido da proposta legislativa e transformava o Presidente em legislador.

A razão da existência do veto parcial é recordada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, e visa atender a uma necessidade universal, qual seja, fornecer ao Poder Executivo os meios necessários para expurgar dos textos legislativos as denominadas *riders* (causas legais), que constituíam disposições que, sem conexão com a matéria principal tratada, eram enxertadas pelos parlamentares, forçando o Presidente da República a aceitá-las, sancionando-as, sob pena de fulminar todo o projeto com o veto total.[71]

A formalização e a publicação do veto presidencial – total ou parcial – encerram a fase constitutiva no processo legislativo, não sendo possível qualquer tipo de alteração posterior por parte do Presidente da República. O

Chefe do Executivo não poderá revogar ou se arrepender do veto, tampouco ampliá-lo em relação a trechos da lei sancionados parcialmente.[72]

4. Supressivo: o veto brasileiro somente poderá determinar a erradicação de qualquer artigo, parágrafo, inciso ou alínea, não existindo a possibilidade de adicionar-se algo no texto do projeto de lei.

5. Superável ou relativo: diz-se que o veto é superável ou relativo porque não encerra de modo absoluto o andamento do projeto de lei, uma vez que poderá ser afastado pela maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio aberto, em sessão conjunta do Congresso Nacional. O veto apenas impede a imediata conversão do projeto de lei em lei, sem, porém, prejudicar a sua posterior análise pelo Poder Legislativo, que poderá, rejeitando-o, ultimar a elaboração da espécie normativa.

C. Tramitação do veto

Havendo veto do Presidente da República ao projeto de lei, esse retornará ao Congresso Nacional, onde, nos termos já analisados, será reapreciado pelo Poder Legislativo.

Se houver sanção parcial, somente o texto vetado retornará ao Congresso Nacional para deliberação. A parte sancionada deverá ser, no prazo de 48 horas, promulgada e publicada.[73]

A votação sobre a manutenção ou derrubada do veto será realizada em escrutínio aberto,[74] para garantia de transparência e possibilidade de controle dos eleitores para efetividade da soberania popular. A EC nº 76, de 28 de novembro de 2013, aboliu a votação secreta nos casos de deliberação sobre os vetos presidenciais.

Se o veto for superado, pela maioria absoluta dos Deputados e Senadores, a lei será remetida, novamente, ao Presidente da República, para promulgação.

Se, porém, for mantido, o projeto de lei será arquivado, não havendo possibilidade de nova e posterior análise por parte do Poder Legislativo deste mesmo veto, pois a confirmação parlamentar das razões subjacentes ao veto governamental importa em extinção definitiva do processo legislativo e impede, consequentemente, a reabertura das fases procedimentais.[75]

Observe-se que, esgotado sem deliberação o prazo de 30 (trinta) dias úteis, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições existentes em sessão conjunta do Congresso Nacional, até sua votação final.[76] Não há, porém, obrigatoriedade de observância da ordem cronológica dos vetos, conforme decidiu cautelarmente o Supremo Tribunal Federal.[77]

3.3 Fase complementar

A fase complementar compreende a promulgação e a publicação da lei, sendo que a primeira garante a executoriedade à lei, enquanto a segunda lhe dá notoriedade. Como recorda Celso de Mello,

> "a obrigatoriedade da lei decorre de sua publicação. O ato promulgatório confere à lei certeza quanto à sua existência e autenticidade. Dele também emana a presunção *juris tantum* (relativa) de constitucionalidade da lei promulgada".[78]

3.3.1 Promulgação

Promulgar é atestar que a ordem jurídica foi inovada, declarando que uma lei existe e, em consequência, deverá ser cumprida. Assim, a promulgação incide sobre um ato perfeito e acabado, ou seja, sobre a própria lei, constituindo mera atestação da existência da lei e promulgação de sua executoriedade.[79]

Assim, o projeto de lei torna-se lei, ou com a sanção presidencial, ou mesmo com a derrubada do veto por parte do Congresso Nacional, uma vez que a promulgação se refere à própria lei.[80]

Em regra, é o próprio Presidente da República que promulga a lei, mesmo nos casos em que seu veto haja sido derrubado pelo Congresso Nacional. Para tanto, a Constituição Federal fixa um prazo de 48 horas, contados da sanção expressa ou tácita ou da comunicação da rejeição do veto, findo o qual, a competência transfere-se ao Presidente do Senado Federal e, se este não a promulgar no mesmo prazo, fá-lo-á o Vice-Presidente do Senado Federal (CF, art. 66, § 7º).

3.3.2 Publicação

A publicação consiste em uma comunicação dirigida a todos os que devem cumprir o ato normativo, informando-os de sua existência e de seu conteúdo, constituindo-se, atualmente, na inserção do texto promulgado no *Diário Oficial*, para que se torne de conhecimento público a existência da lei, pois é condição de eficácia da lei.

Igualmente à promulgação, competirá ao Presidente da República a publicação da lei ordinária, embora como ressalte Manoel Gonçalves Ferreira Filho, isto não esteja expresso na Constituição Federal.

Uma vez publicada a lei, no silêncio do texto, entrará em vigência após 45 (quarenta e cinco) dias em todo o País, e, nos Estados estrangeiros, três meses depois de publicada (LINDB, art. 1º), no lapso temporal denominado *vacatio legis*. A própria lei, porém, poderá estabelecer a data de início de sua vigência, sendo costumeiramente fixada de forma imediata.

Ressalte-se, porém, que a Lei Complementar nº 95, de 26-2-1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona, estabelece

em seu art. 8º que a urgência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula "entra em vigor na data de sua publicação" para as leis de pequena repercussão.

4 ESPÉCIES NORMATIVAS

A Constituição Federal estabelece como espécies normativas: emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e as resoluções.

A enumeração do art. 59, da Constituição Federal, traz as espécies normativas primárias, ou seja, aquelas que retiram seu fundamento de validade diretamente da Carta Magna.

O parágrafo único do citado art. 59, prevê que a lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.[81]

Analisaremos as características de cada uma delas, bem como os seus diversos processos legislativos especiais.

4.1 Emendas constitucionais

O legislador constituinte de 1988, ao prever a possibilidade de alteração das normas constitucionais através de um processo legislativo especial e mais dificultoso que o ordinário, definiu nossa Constituição Federal como rígida, fixando-se a ideia de supremacia da ordem constitucional. Aliás, seguiu a tradição em nosso Direito Constitucional, pois todas as constituições republicanas brasileiras têm sido rígidas, com exceção da natureza dupla da Carta de 1937, que era "flexível quando o projeto de reforma fosse de iniciativa do Presidente da República; rígida quando a iniciativa fosse da Câmara dos Deputados".[82]

Como explica Maria Helena Diniz,

> "o fato do preceito constitucional submeter-se a determinadas formalidades de produção e alteração é importante para a fixação de sua eficácia, pois se pudesse ser modificada sem que houvesse processo especial, comprometida ficaria a produção concreta de seus efeitos jurídicos".[83]

A alterabilidade constitucional, embora se possa traduzir na alteração de muitas disposições da constituição, sempre conservará um valor integrativo, no sentido de que deve deixar substancialmente idêntico o sistema originário da constituição. A revisão serve, pois, para alterar a constituição, mas não para mudá-la, uma vez que não será uma reforma constitucional o meio propício para fazer revoluções constitucionais. A substituição de uma constituição por outra exige uma renovação do poder constituinte e esta não pode ter lugar, naturalmente, sem uma ruptura constitucional, pois é certo que a possibilidade de alterabilidade constitucional, permitida ao Congresso Nacional, não autoriza o inaceitável poder de violar o sistema essencial de valores da constituição, tal como foi explicitado pelo poder constituinte originário.

A emenda à Constituição Federal, enquanto proposta, é considerada um ato infraconstitucional sem qualquer normatividade,[84] só ingressando no ordenamento jurídico após sua aprovação, passando então a ser preceito constitucional, de mesma hierarquia das normas constitucionais originárias.

Tal fato é possível, pois a emenda à constituição é produzida segundo uma forma e versando sobre conteúdo previamente limitado pelo legislador constituinte originário. Dessa maneira, se houver respeito aos preceitos fixados pelo art. 60 da Constituição Federal, a emenda constitucional ingressará no ordenamento jurídico com *status* constitucional, devendo ser compatibilizada com as demais normas originárias. Porém, se qualquer das limitações impostas pelo citado artigo for desrespeitada, a emenda constitucional será inconstitucional, devendo ser retirada do ordenamento

jurídico através das regras de controle de constitucionalidade, por inobservarem as limitações jurídicas estabelecidas na Carta Magna.[85]

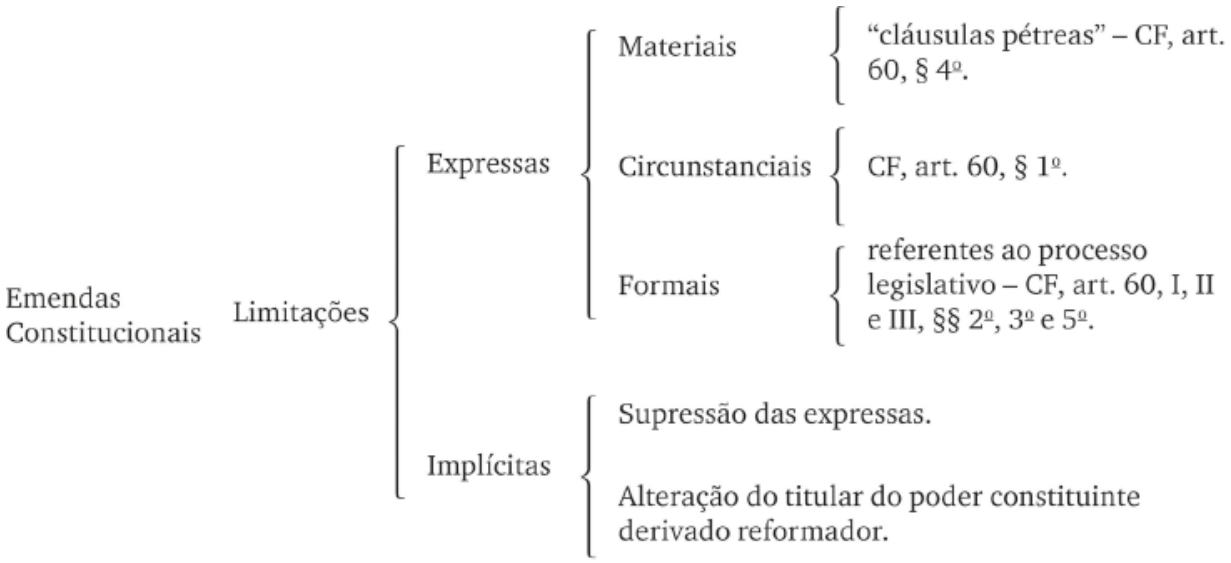
Desta forma, plenamente possível a incidência do controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado, sobre emendas constitucionais, a fim de verificar-se sua constitucionalidade ou não, a partir da análise do respeito aos parâmetros fixados no art. 60 da Constituição Federal para alteração constitucional.[86]

Portanto, o Congresso Nacional, no exercício do Poder Constituinte derivado reformador, submete-se às limitações constitucionais.[87]

A Constituição Federal traz duas grandes espécies de limitações ao Poder de reformá-la, as limitações expressas e implícitas.

As limitações expressamente previstas no texto constitucional, por sua vez, subdividem-se em três subespécies: circunstanciais, materiais e formais; enquanto os limites implícitos do poder de reforma, que são os que derivam, no dizer de Nelson de Souza Sampaio, dos limites expressos, dividem-se em dois grupos: as normas sobre o titular do poder constituinte reformador e as disposições relativas à eventual supressão das limitações expressas.

4.1.1 Quadro geral sobre limitações ao poder reformador



4.1.2 Limitações expressas

São aquelas previstas textualmente pela Constituição Federal.

A. Materiais

Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais.[88] Tais matérias formam o núcleo intangível da Constituição Federal, denominado tradicionalmente por "cláusulas pétreas". Lembremo-nos, ainda, de que a grande novidade do referido art. 60 está na inclusão, entre as limitações ao poder de reforma da Constituição, dos direitos inerentes ao exercício da democracia representativa e dos direitos e garantias individuais, que por não se encontrarem restritos ao rol do art. 5º, resguardam um conjunto mais amplo de direitos constitucionais de caráter individual dispersos no texto da Carta Magna.[89]

Neste sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal (Adin nº 939-7/DF) ao considerar cláusula pétrea, e consequentemente imodificável, a garantia constitucional assegurada ao cidadão no art. 150, III, *b*, da Constituição Federal (princípio da anterioridade tributária), entendendo que ao visar

subtraí-la de sua esfera protetiva, estaria a Emenda Constitucional nº 3, de 1993, deparando-se com um obstáculo intransponível,[90] contido no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, pois,

> "admitir que a União, no exercício de sua competência residual, ainda que por emenda constitucional, pudesse excepcionar a aplicação desta garantia individual do contribuinte, implica em conceder ao ente tributante poder que o constituinte expressamente lhe subtraiu ao vedar a deliberação de proposta de emenda à constituição tendente a abolir os direitos e garantias individuais constitucionalmente assegurados".[91]

Importante, também, ressaltar que na citada Adin nº 939-07/DF, o Ministro Carlos Velloso[92] referiu-se aos direitos e garantias sociais, direitos atinentes à nacionalidade e direitos políticos como pertencentes à categoria de direitos e garantias individuais, logo, imodificáveis, enquanto o Ministro Marco Aurélio afirmou a relação de continência dos direitos sociais dentre os direitos individuais previstos no art. 60, § 4º, da Constituição Federal.[93]

Analisando a questão das chamadas cláusulas pétreas e a possibilidade de controle de constitucionalidade das emendas constitucionais, Gilmar Ferreira Mendes aponta que tais cláusulas de garantia traduzem, em verdade, um esforço do constituinte para assegurar a integridade da constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem *a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade*, pois a constituição contribui para a continuidade da ordem jurídica fundamental, à medida que impede a efetivação do término do Estado de Direito democrático sob a forma da legalidade, evitando-se que o constituinte derivado suspenda ou mesmo suprima a própria constituição.[94]

B. Circunstanciais

São limitações que pretendem evitar modificações na constituição em certas ocasiões anormais e excepcionais do país, a fim de evitar-se perturbação na liberdade e independência dos órgãos incumbidos da reforma. Dessa forma, durante a vigência do estado de sítio, Estado de defesa ou de Intervenção Federal não haverá possibilidade de alteração constitucional.

As limitações circunstanciais não se confundem com as chamadas *limitações temporais*, não consagradas por nossa Constituição Federal e consistentes na vedação, por determinado lapso temporal, de alterabilidade das normas constitucionais. Tal limitação era prevista na Constituição de 1824, cujo art. 174 determinava:

> "Se passados quatro anos, depois de jurada a Constituição do Brazil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escripto, a qual dever ter origem na Câmara dos Deputados, e ser apoiada por terça parte delles."

As limitações temporais têm dupla finalidade ao impedir que durante determinado prazo temporal não haja alteração constitucional: (a) permitir a edição de todas as normas ordinárias necessárias para efetivar as previsões constitucionais; (b) garantir maior maturidade na interpretação e aplicação prática das novas normas constitucionais pelos tribunais, de maneira a identificar aquelas que necessitem de alteração por emendas constitucionais.

C. Procedimentais ou formais

Referem-se às disposições especiais, em relação ao processo legislativo ordinário, que o legislador constituinte estabeleceu para permitir a alteração da Constituição Federal. Dessa forma, partindo do estudo anterior do procedimento de feitura de uma lei ordinária, vejamos quais as diferenças na elaboração e aprovação de uma emenda à constituição.

C.1 Fase introdutória

A iniciativa para apresentação de uma proposta de emenda constitucional é mais restrita do que a existente no processo legislativo ordinário, permitindo-se somente ao Presidente da República; a um terço, no mínimo e separadamente, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e a mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

C.2 Fase constitutiva

1. Deliberação parlamentar: a proposta de emenda constitucional 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.

Dessa forma, ressalte-se o *quorum* diferenciado para aprovação, bem como a necessidade de dupla votação em cada Casa Legislativa.

As Constituições estaduais devem, obrigatoriamente, prever o mesmo quórum para suas alterações.[95]

2. Deliberação executiva: não existe participação do Presidente da República na fase constitutiva do processo legislativo de uma emenda constitucional, uma vez que o titular do poder constituinte derivado reformador é o Poder Legislativo. Assim, não haverá necessidade de sanção ou veto. A emenda constitucional aprovada pelas duas Casas do Congresso Nacional seguirá, diretamente, à fase complementar, para promulgação e publicação.

3. Fase complementar: a promulgação será realizada, conjuntamente, pelas Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, com o respectivo número de ordem. Sobre a publicação, o texto constitucional

silencia, devendo-se entender, entretanto, que essa competência é do Congresso Nacional.

O art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias previa um procedimento diferenciado para alteração da constituição, através de *revisão*, que se inicia após cinco anos, contados da promulgação da constituição, pelo voto da *maioria absoluta* dos membros do Congresso Nacional, em sessão *unicameral*. A revisão encerrou-se com a promulgação das seis emendas constitucionais de revisão (ECR), em 7-6-1994. Dessa forma, inadmissível, novamente, a utilização do *procedimento de revisão.*

Por fim, ressalte-se ainda como limitação formal ou procedimental o § 5º do art. 60 da Constituição Federal, que expressamente veda a possibilidade de matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.[96]

4.1.3 Limitações implícitas

Canotilho refere-se a certas garantias que pretendem assegurar a efetividade das cláusulas pétreas como *limites tácitos* para aduzir que, às vezes,

> "as Constituições não contêm quaisquer preceitos limitativos do Poder de revisão, mas entende-se que há limites não articulados ou tácitos, vinculativos do poder de revisão. Esses limites podem ainda desdobrar-se em limites textuais implícitos, deduzidos do próprio texto constitucional, e limites tácitos imanentes numa ordem de valores pré-positiva, vinculativa da ordem constitucional concreta".[97]

A existência de limitação explícita e implícita que controla o Poder Constituinte derivado-reformador é, igualmente, reconhecida por Pontes de

Miranda,[98] Pinto Ferreira[99] e Nelson de Souza Sampaio,[100] que entre outros ilustres publicistas salientam ser implicitamente irreformável a norma constitucional que prevê as limitações expressas (CF, art. 60), pois, se diferente fosse, a proibição expressa poderia desaparecer, para, só posteriormente, desaparecer, por exemplo, as cláusulas pétreas. Além disto, observa-se a inalterabilidade do titular do Poder Constituinte derivado-reformador, sob pena de também afrontar a Separação dos Poderes da República.

4.2 Lei complementar[101]

O art. 59 da Constituição Federal traz as leis complementares como espécie normativa diferenciada, com processo legislativo próprio e matéria reservada. Miguel Reale coloca-as como um

> "*tertium genus* de leis, que não ostentam a rigidez dos preceitos constitucionais, nem tampouco devem comportar a revogação (perda da vigência) por força de qualquer lei ordinária superveniente".[102]

Assim, a razão de existência da lei complementar consubstancia-se no fato de o legislador constituinte ter entendido que determinadas matérias, apesar da evidente importância, não deveriam ser regulamentadas na própria Constituição Federal, sob pena de engessamento de futuras alterações; mas, ao mesmo tempo, não poderiam comportar constantes alterações através de um processo legislativo ordinário. O legislador constituinte pretendeu resguardar determinadas matérias de caráter infraconstitucional contra alterações volúveis e constantes, sem, porém, lhes exigir a rigidez que impedisse a modificação de seu tratamento, assim que necessário.

Para tanto, a lei complementar se diferencia da lei ordinária em dois aspectos: o material e o formal.

4.2.1 Lei complementar e lei ordinária – diferenças

São duas as diferenças entre lei complementar e lei ordinária. A primeira é material, uma vez que somente poderá ser objeto de lei complementar a matéria taxativamente prevista na Constituição Federal,[103] enquanto todas as demais matérias deverão ser objeto de lei ordinária.[104] Assim, a Constituição Federal reserva determinadas matérias cuja regulamentação, obrigatoriamente, será realizada por meio de lei complementar.[105] A segunda é formal e diz respeito ao processo legislativo, na fase de votação. Enquanto o *quorum* para aprovação da lei ordinária é de maioria simples (art. 47), o *quorum* para aprovação da lei complementar é de maioria absoluta (art. 69), ou seja, o primeiro número inteiro subsequente à divisão dos membros da Casa Legislativa por dois. Note-se que, nas votações por maioria absoluta, não devemos nos fixar no número de presentes, mas sim no número total de integrantes da Casa Legislativa. Portanto, a maioria absoluta é sempre um número fixo, independentemente dos parlamentares presentes.

Por exemplo, a maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados será sempre 257 deputados, enquanto no Senado Federal será de 41 senadores, *independentemente do número de parlamentares presentes à sessão*, pois esses números correspondem ao primeiro número inteiro subsequente à divisão dos membros da Casa Legislativa (Câmara = 513 / Senado = 81) por dois.

4.2.2 Processo legislativo especial da lei complementar

O procedimento de elaboração da lei complementar segue o modelo padrão do processo legislativo ordinário, com a única diferença em relação à subfase de votação, pois como já salientado, o *quorum* será de maioria absoluta.

Não será o detentor da iniciativa legislativa, tampouco o Congresso Nacional que determinará qual o procedimento a seguir, se o da lei ordinária ou se o da lei complementar. Isso dependerá da matéria e da própria exigência constitucional.

4.2.3 Hierarquia – lei complementar e lei ordinária

Discussão eternizada na doutrina, a eventual existência[106] ou não[107] de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária obteve de ambos os lados grandes juristas e brilhantes argumentações.

Neste ponto, porém, filiamo-nos ao argumento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, por considerá-lo imbatível, pedindo *venia* para transcrevê-lo na íntegra:

> "É de se sustentar, portanto, que a lei complementar é um *tertium genus* interposto, na hierarquia dos atos normativos, entre a lei ordinária (e os atos que têm a mesma força que esta – a lei delegada e o decreto-lei[108]) e a Constituição (e suas emendas). Não é só, porém, o argumento de autoridade que apoia essa tese; a própria lógica o faz. A lei complementar só pode ser aprovada por maioria qualificada, a maioria absoluta, para que não seja, nunca, o fruto da vontade de uma minoria ocasionalmente em condições de fazer prevalecer sua voz. Essa maioria é assim um sinal certo da maior ponderação que o constituinte quis ver associada ao seu estabelecimento. Paralelamente, deve-se convir, não quis o constituinte deixar ao sabor de uma decisão ocasional

> a desconstituição daquilo para cujo estabelecimento exigiu ponderação especial. Aliás, é princípio geral de Direito que, ordinariamente, um ato só possa ser desfeito por outro que tenha obedecido à mesma forma",

assim continua,

> "...a lei ordinária, o decreto-lei[109] e a lei delegada estão sujeitos à lei complementar. Em consequência disso não prevalecem contra elas, sendo inválidas as normas que a contradisserem".[110]

A tese pela hierarquia da lei complementar sobre a lei ordinária (e os atos que têm a mesma força que esta – a lei delegada e a medida provisória) é fortemente criticada, alegando-se que ambas retiram seu fundamento de validade da própria constituição, bem como possuem diferentes campos materiais de competência.

Em relação ao primeiro argumento, devemos lembrar que todas as espécies normativas primárias retiram seu fundamento de validade da própria Constituição Federal, inclusive as próprias Emendas Constitucionais, nem por isso se diga que estariam no mesmo patamar hierárquico que as demais.

O segundo argumento,[111] tecnicamente corretíssimo, corresponde a uma das diferenças entre lei complementar e lei ordinária. Enquanto a primeira tem reservadas as matérias pelas quais poderá ser editada, a segunda possui um campo residual de competência. Ocorre que o Direito como ciência não é estanque, e determinada matéria reservada à lei complementar poderá possuir tantas subdivisões, que em uma delas poderá acabar confundindo-se com outra matéria residual a ser disciplinada por lei ordinária.

Exemplifiquemos: O art. 79, parágrafo único, da Constituição Federal determina que lei complementar poderá disciplinar funções ao Vice-

Presidente da República. Digamos que, editada a referida lei complementar, uma das funções, com base no art. 90, I, da Carta, seja *"coordenar as reuniões do Conselho da República"*. Posteriormente, poderia o Congresso Nacional, com fundamento no § 2º do referido art. 90, regulamentar a organização e o funcionamento do Conselho da República e determinar que a função de *"coordenação das reuniões"* ficasse a cargo do Ministro da Justiça. Teríamos, então, uma mesma submatéria – *coordenação das reuniões do Conselho da República* – fazendo parte de regulamentações da lei complementar e da lei ordinária.

Nestes casos, não há como admitir-se que uma lei ordinária, aprovada por maioria simples, possa revogar a disciplina da lei complementar, aprovada por maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.[112]

4.3 Medidas provisórias

Historicamente, não há dúvidas de que o antecedente imediato das atuais medidas provisórias é o antigo decreto-lei, previsto na constituição anterior, e instrumento legislativo larga e abusivamente utilizado pelo Presidente da República, que detinha a competência para sua edição. Porém, o modelo utilizado foi a Constituição da República Italiana, 27-12-1947 (art. 77).

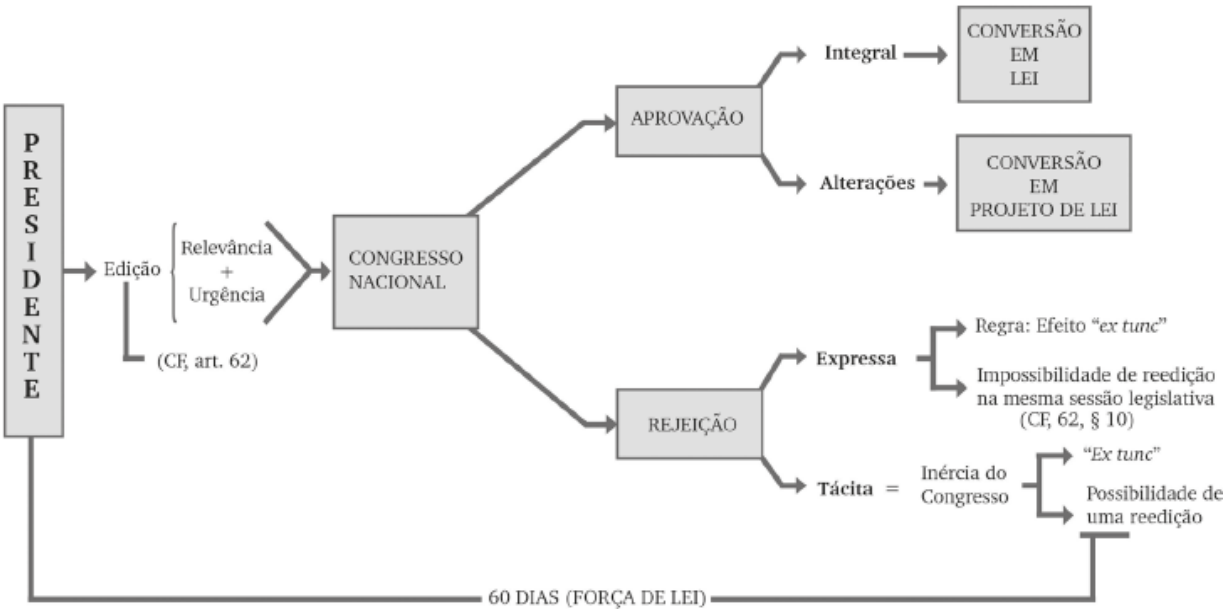
O art. 77 da Constituição Italiana prevê os chamados *decretilegge in casi straordinarí di necessità e d'urgenza* (decretos-lei em casos extraordinários de necessidade e urgência), prevendo que em caso extraordinário de necessidade e urgência, o Governo adotará, sob sua responsabilidade, providências provisórias com força de lei, devendo apresentá-las imediatamente à Câmara, para sua conversão. Estipula, ainda, que o decreto perderá eficácia retroativamente se não houver a conversão em lei, no prazo de 60 dias de sua publicação, devendo a Câmara

regulamentar as relações jurídicas resultantes do decreto-lei não convertido em lei.

Apesar dos abusos efetivados com o decreto-lei, a prática demonstrou a necessidade de um ato normativo excepcional e célere, para situações de relevância e urgência. Pretendendo regularizar esta situação e buscando tornar possível e eficaz a prestação legislativa do Estado,[113] o legislador constituinte de 1988 previu as chamadas *medidas provisórias*, espelhando-se no modelo italiano.

A Emenda Constitucional nº 32, promulgada em 11 de setembro de 2001, prevendo as regras de processo legislativo, teve como finalidade diminuir a excessiva discricionariedade na edição de medidas provisórias, prevendo uma série de limitações materiais, bem como a impossibilidade de reedições sucessivas.

Observe-se, porém, que as medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação da EC nº 32/01 continuaram em vigor até que medida provisória posterior as tivesse revogado explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional. O STF aplicou essa previsão do art. 2º da EC nº 32/01, no julgamento da Medida Provisória nº 2.170-36/2001.[114] Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 54, cujo Enunciado afirma que: "A medida provisória não apreciada pelo congresso nacional podia, até a Emenda Constitucional 32/2001, ser reeditada dentro do seu prazo de eficácia de trinta dias, mantidos os efeitos de lei desde a primeira edição".



4.3.1 Procedimento da medida provisória[115] – aprovação integral

O art. 62 da Constituição Federal determina que, 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. Uma vez editada, a medida provisória permanecerá em vigor pelo prazo de 60 dias e será submetida, imediatamente, ao Poder Legislativo, para apreciação, nos termos dos 12 parágrafos do art. 62, incluídos pela EC nº 32/01, que disciplinam o processo legislativo especial das medidas provisórias.

A Resolução nº 1, de 8 de maio de 2002, dispõe sobre a apreciação, pelo Congresso Nacional, das medidas provisórias.[116] Em relação ao procedimento de análise e aprovação das medidas provisórias, a EC nº 32/01 não só alterou o novo prazo constitucional de vigência das medidas provisórias, como também o disciplinou de maneira diversa da redação original do texto constitucional.

O prazo será contado da publicação da medida provisória, porém ficará suspenso durante os períodos de recesso do Congresso Nacional;

diferentemente do que ocorria anteriormente, quando o Congresso deveria ser convocado extraordinariamente para reunir-se no prazo de cinco dias e deliberar sobre a medida provisória.

Assim, a medida provisória poderá excepcionalmente exceder o prazo constitucional de 60 dias, se for editada antes do recesso parlamentar. Por exemplo, uma medida provisória publicada em 22 de dezembro (último dia da sessão legislativa) somente perderá sua vigência em 14 de março do ano seguinte, permanecendo em vigor por mais de 60 dias, em face da existência do recesso parlamentar de final de ano, que, a partir da EC nº 50, de 14-2-2006, se inicia em 23 de dezembro e termina em 1º de fevereiro.

Havendo, porém, convocação extraordinária, entendemos que o prazo constitucional das medidas provisórias não ficará suspenso durante os trabalhos legislativos, em face da nova redação do § 8º, do art. 57, que determina sua inclusão automática na pauta de votação.

Importante ressaltar que, se a medida provisória for editada durante o período de recesso do Congresso Nacional, a contagem dos prazos ficará suspensa, iniciando-se no primeiro dia de sessão legislativa ordinária ou extraordinária que se seguir à sua publicação.[117]

A Resolução nº 1, de 8 de maio de 2002, estabelece que nas 48 horas que se seguirem à publicação, no Diário Oficial da União, de Medida Provisória adotada pelo Presidente da República, a Presidência da Mesa do Congresso Nacional fará publicar e distribuir avulsos da matéria e designará Comissão Mista para emitir parecer sobre ela.

Para cada medida provisória será composta uma comissão mista integrada por 12 Senadores e Deputados e igual número de suplentes, indicados pelos respectivos Líderes, obedecida, tanto quanto possível, a proporcionalidade dos partidos ou blocos parlamentares em cada Casa, salvo na hipótese de medida provisória que abra crédito extraordinário à lei orçamentária anual (CF, arts. 62 e 167, § 3º), em que o exame e o parecer

serão realizados pela Comissão Mista prevista no art. 166, § 1º, da Constituição.

A Comissão Mista teria o prazo improrrogável de 14 dias, contado da publicação da Medida Provisória no Diário Oficial da União para emitir parecer único, manifestando-se sobre a matéria, em itens separados, quanto aos aspectos constitucional, inclusive sobre os pressupostos de relevância e urgência, de mérito e de adequação financeira e orçamentária. No entanto, o art. 5º da Resolução nº 1/2002, que estabelecia esse prazo, foi considerado inconstitucional pelo STF.[118]

Ressalte-se que a Comissão Mista sempre deverá se manifestar sobre o mérito da medida provisória, mesmo se entender não atendidos os requisitos constitucionais, financeiros ou orçamentários.

A Comissão poderá posicionar-se pela aprovação total ou parcial ou alteração da medida provisória ou pela sua rejeição; podendo, ainda, manifestar-se pela aprovação ou rejeição de emenda a ela apresentada.

Dessa forma, poderá a Comissão Mista apresentar projeto de lei de conversão relativo à matéria; e projeto de decreto legislativo disciplinando as relações jurídicas decorrentes da vigência dos textos suprimidos ou alterados, o qual terá sua tramitação iniciada pela Câmara dos Deputados.

O parecer da Comissão Mista será encaminhado ao Plenário da Câmara dos Deputados e, uma vez aprovado, a medida provisória será enviada ao Senado Federal, para discussão e votação.

Não há possibilidade de previsão legal ou regimental da substituição do parecer da Comissão Mista por ato monocrático de relator designado pelo Presidente da Câmara dos Deputados, uma vez que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos da Resolução nº 1/2002 do Congresso Nacional que admitiam essa hipótese.[119]

O STF decidiu pela necessidade de fiel observância do § 9º do art. 62 da CF, com a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da

Resolução nº 1/2002 do Congresso Nacional, com efeitos *ex nunc* em virtude do elevado número de medidas provisórias editadas, aprovadas e ainda em trâmite, que permitiam a substituição da atuação da Comissão pelo parecer monocrático do relator, determinando sua obrigatoriedade para todas as medidas provisórias editadas após essa decisão. Dessa forma, tornou-se exigível a necessidade de parecer prévio da Comissão Mista sobre a presença dos requisitos constitucionais para edição da medida provisória.[120]

Observe-se que, diferentemente da redação original do texto constitucional, que exigia votação da medida provisória em sessão conjunta do Congresso Nacional, a EC nº 32/01 determina que a votação seja realizada em sessões separadas pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional, iniciando-se pela Câmara dos Deputados. Adotou-se, portanto, a mesma regra geral do processo legislativo ordinário referente aos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, que deverão ser votados inicialmente na Câmara dos Deputados e, posteriormente, no Senado Federal (CF, art. 64, *caput*).

O Plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional decidirá, em apreciação preliminar e por maioria simples, o atendimento ou não dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência de medida provisória, nos termos do § 5º, do art. 62, da Constituição Federal, ou de sua inadequação financeira ou orçamentária, antes do exame de mérito.

Se o Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal decidir no sentido do não atendimento dos pressupostos constitucionais ou da inadequação financeira ou orçamentária da Medida Provisória, esta será arquivada.

Aprovada a medida provisória, será convertida em lei, devendo o Presidente do Senado Federal promulgá-la, uma vez que se consagrou na esfera legislativa essa atribuição ao próprio Poder Legislativo, remetendo ao Presidente da República, que publicará a lei de conversão.

Ressalte-se que, apesar de o prazo de validade das medidas provisórias ter sido ampliado pela EC nº 32/01 para 60 dias, se ela não tiver sido apreciada em até 45 dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, permanecendo, porém, com força de lei.

A EC nº 32/01, portanto, criou nova espécie de *regime de urgência constitucional para medidas provisórias*, pelo qual as duas Casas do Congresso Nacional terão o exíguo prazo de 15 dias para, sucessivamente, a Câmara e o Senado Federal apreciarem o inteiro teor da medida provisória.[121]

Durante o *regime de urgência constitucional* todas as demais deliberações da Casa Legislativa que estiver analisando a medida provisória ficarão sobrestadas, até que seja concluída a votação.[122]

Em decisão inédita, entendeu o Presidente da Câmara dos Deputados, Ilustre professor Michel Temer, que o sobrestamento das deliberações legislativas (§ 6º, art. 62), somente se aplica aos *projetos de lei ordinária*. Esse entendimento foi corroborado por decisão do Ministro Celso de Mello, que negou liminar em medida cautelar em mandado de segurança ajuizado por vários membros do Congresso Nacional.[123] Decisão, posteriormente, referendada e confirmada no mérito pelo Plenário da Corte.[124]

Como destacado pelo Ministro Celso de Mello, "a construção jurídica formulada pelo Senhor Presidente da Câmara dos Deputados, além de propiciar o regular desenvolvimento dos trabalhos legislativos no Congresso Nacional, parece demonstrar reverência ao texto constitucional, pois – reconhecendo a subsistência do bloqueio da pauta daquela Casa legislativa quanto às proposições normativas que veiculem matéria passível de regulação por medidas provisórias (não compreendidas, unicamente, aquelas abrangidas pela cláusula de pré-exclusão inscrita no art. 62, § 1º, da Constituição, na redação dada pela EC nº 32/2001) – preserva, íntegro, o poder ordinário de legislar atribuído ao Parlamento. Mais do que isso, a decisão em causa teria a virtude de devolver, à Câmara dos Deputados, o

poder de agenda, que representa prerrogativa institucional das mais relevantes, capaz de permitir, a essa Casa do Parlamento brasileiro, o poder de selecionar e de apreciar, de modo inteiramente autônomo, as matérias que considere revestidas de importância política, social, cultural, econômica e jurídica para a vida do País, o que ensejará – na visão e na perspectiva do Poder Legislativo (e não nas do Presidente da República) – a formulação e a concretização, pela instância parlamentar, de uma pauta temática própria, sem prejuízo da observância do bloqueio procedimental a que se refere o § 6º do art. 62 da Constituição, considerada, quanto a essa obstrução ritual, a interpretação que lhe deu o Senhor Presidente da Câmara dos Deputados".

O *regime de urgência constitucional para medidas provisórias* poderá, excepcionalmente, estender-se por 75 dias, pois, não sendo suficientes os 15 dias restantes de vigência da medida provisória, haverá possibilidade de uma única reedição por novo prazo de 60 dias, para que a medida provisória tenha sua votação encerrada.

Por lógica, o regime de urgência permanecerá durante o prazo integral da reedição da medida provisória.[125]

Igualmente, no prazo de 60 dias, poderão ocorrer outras três hipóteses: aprovação com alterações, rejeição expressa e rejeição tácita, conforme será analisado a seguir.

4.3.2 Aprovação da medida provisória pelo Congresso Nacional com alterações

A doutrina constitucional, afastando os precedentes iniciais em termos de medidas provisórias, fixou orientação, posteriormente seguida pelas Resoluções nºs 1 e 2, de 1989, e atualmente pela Resolução nº 1/2002, todas do Congresso Nacional, no sentido da possibilidade de apresentação de emendas, facultando ao Parlamento a ampliação ou restrição de seu conteúdo, sob pena de vincular-se, de forma absoluta, o Poder Legislativo à

vontade inicial do Poder Executivo. As emendas, portanto, poderão ser supressivas, aditivas, modificativas, aglutinativas e substitutivas, desde que guardem pertinência temática com a medida provisória editada pelo Presidente da República e submetida à análise pelo Congresso Nacional,[126] ou seja, desde que "a emenda estiver associada ao tema e à finalidade original da medida provisória".[127]

Há a possibilidade de apresentação de emendas parlamentares nos 6 primeiros dias que se seguirem à publicação da medida provisória no Diário Oficial da União, porém, sua apresentação obrigatoriamente deverá ocorrer perante a Comissão Mista.

Exige-se, para a apresentação de emenda parlamentar, a observância de *pertinência temática*, ou seja, são vedadas emendas que versem sobre matéria estranha àquela tratada na medida provisória (vedação ao denominado "*contrabando legislativo")*,[128] cabendo ao Presidente da Comissão o seu indeferimento liminar.

No caso de a comissão mista apresentar parecer pela aprovação da Medida Provisória com emendas, deverá, também, apresentar o projeto de lei de conversão, bem como o projeto de decreto legislativo para regulamentação das relações jurídicas decorrentes da vigência dos textos suprimidos ou alterados (Resolução CN 1/02, § 4º, art. 5º).

Em termos simétricos ao processo legislativo ordinário, nos termos da Resolução nº 01/2002 do Congresso Nacional, havendo modificação no Senado Federal, ainda que decorrente de restabelecimento de matéria ou emenda rejeitada na Câmara dos Deputados, ou de destaque supressivo, será esta encaminhada para exame na Casa iniciadora, sob a forma de emenda, a ser apreciada em turno único, vedadas quaisquer novas alterações.

O Congresso Nacional, aprovando a medida provisória com alterações, estará transformando-a em projeto de lei de conversão, que será enviado, pela Casa onde houver sido concluída a votação, à análise do Presidente da República, para que o sancione ou vete, no exercício discricionário

(conveniência e oportunidade) de suas atribuições constitucionais. Uma vez sancionado o projeto de lei de conversão, o próprio Presidente da República o promulgará e determinará sua publicação.

4.3.3 Rejeição expressa da medida provisória pelo Congresso Nacional

Uma vez rejeitada expressamente pelo Legislativo, a medida provisória perderá seus efeitos retroativamente,[129] cabendo ao Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas dela decorrentes, no prazo de 60 dias.

Rejeitada Medida Provisória por qualquer das Casas, o Presidente da Casa que assim se pronunciar comunicará o fato imediatamente ao Presidente da República, fazendo publicar no *Diário Oficial da União* ato declaratório de rejeição de Medida Provisória.

Importante ressaltar que não existe possibilidade de reedição de medida provisória expressamente rejeitada pelo Congresso Nacional, na mesma sessão legislativa.[130] Neste ponto, filiamo-nos integralmente à opinião consensual da doutrina constitucional brasileira, que enfatiza com veemência a impossibilidade jurídico-constitucional de o Presidente da República editar nova medida provisória cujo texto reproduza, em suas linhas fundamentais, os aspectos essenciais da medida provisória que tenha sido objeto de expressa rejeição parlamentar.[131]

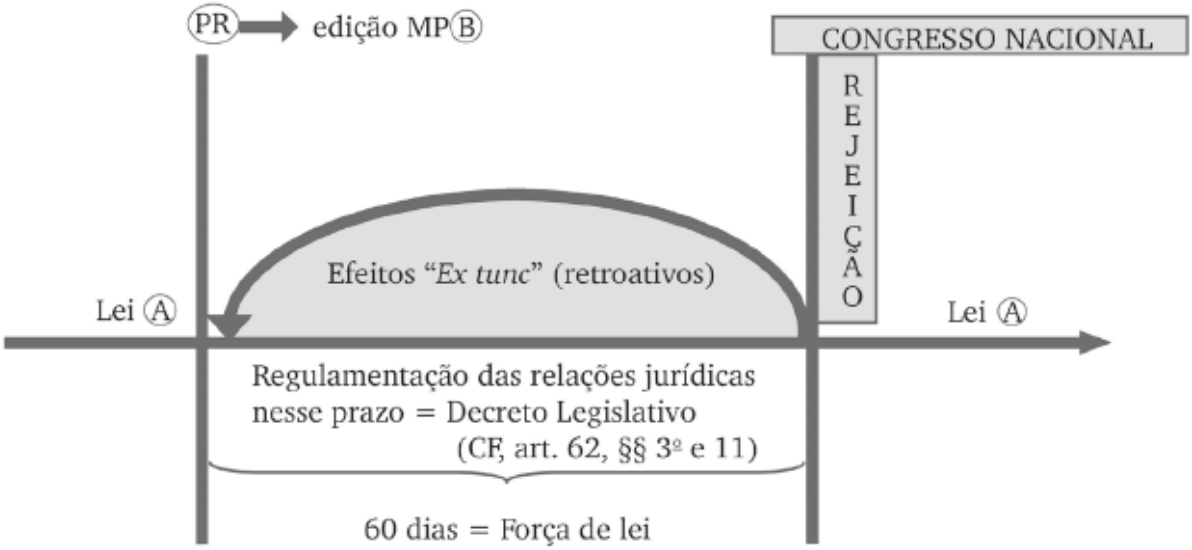
Tratando-se de medida provisória formalmente rejeitada, o Supremo Tribunal Federal não admite sua reedição,[132] pois o Poder Legislativo seria provocado para manifestar-se, novamente, sobre matéria que já houvera rejeitado, e com o gravame da nova e insistente regulamentação de matéria já rejeitada voltar a produzir efeitos, até que fosse, novamente, rejeitada.[133]

A reedição de medida provisória expressamente rejeitada pelo Congresso Nacional configura, inclusive, hipótese de crime de

responsabilidade, no sentido de impedir o livre exercício do Poder Legislativo (CF, art. 85, II), pois o Presidente da República estaria transformando o Congresso em

> "um mero aprovador de sua vontade ou um poder emasculado cuja competência *a posteriori* viraria mera fachada por ocultar a possibilidade ilimitada de o Executivo impor, intermitentemente, as suas decisões".[134]

Esse entendimento foi consagrado pela Emenda Constitucional nº 32/01, que, expressamente, estabeleceu a impossibilidade de reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada (CF, art. 62, § 10).[135]



Lei Ⓐ = Lei anterior cuja eficácia foi suspensa pela Medida Provisória

MPⒷ = Medida Provisória rejeitada

4.3.4 Rejeição tácita da medida provisória não deliberada no prazo de 60 dias pelo Congresso Nacional

A decadência da Medida Provisória, pelo decurso do prazo constitucional, opera a desconstituição, com efeitos retroativos, dos atos produzidos durante sua vigência. Assim, caso o Congresso Nacional não a aprecie em tempo hábil (60 dias), este ato normativo perderá sua eficácia, no que se denomina de *rejeição tácita*.[136] A Constituição de 1988 tomou o cuidado de extinguir a aprovação por *decurso de prazo*, existente no antigo decreto-lei, e que constituía uma aberração legiferante, pois permitia a existência de uma espécie normativa permanente sem que houvesse expressa aprovação do Congresso Nacional. Portanto, a inércia do Poder Legislativo em analisar a medida provisória no prazo constitucional de 60 dias não acarreta sua aprovação *por decurso de prazo*, mas sim sua *rejeição*[137] *tácita*.

A rejeição tácita da medida provisória pelo Congresso Nacional, a partir da Emenda Constitucional nº 32/01, permite uma única prorrogação de sua vigência pelo prazo de 60 dias. Se, porém, após esse novo prazo, igualmente o Poder Legislativo permanecer inerte, a rejeição tácita se tornará definitiva, impedindo a reedição da medida provisória na mesma sessão legislativa.[138]

A reedição da medida provisória, nos termos do § 7º do art. 62 da Constituição Federal, é ato privativo do Presidente da República, que poderá, excepcionalmente, entender que cessaram os motivos de relevância e urgência existentes à época de sua primeira edição.

Dessa forma, o art. 10 da Resolução nº 1/02 do Congresso Nacional, quando prevê que a Medida Provisória cuja votação não estiver encerrada nas 2 Casas do Congresso Nacional, no prazo de 60 (sessenta) dias de sua publicação no Diário Oficial da União, estará automaticamente prorrogada uma única vez em sua vigência por igual período, devendo o Presidente da Mesa do Congresso Nacional comunicar tal ato e publicá-lo no Diário Oficial da União, deve ser compatibilizado com o poder privativo e

discricionário do Presidente da República em editar essa espécie normativa anômala.

4.3.5 Impossibilidade de o Presidente da República retirar da apreciação do Congresso Nacional medida provisória já editada

Ressalte-se a proibição de o Presidente da República retirar da apreciação do Congresso Nacional uma medida provisória que tiver editado, "podendo, entretanto, ab-rogá-la por meio de nova medida provisória, valendo tal ato pela simples suspensão dos efeitos da primeira, efeitos esses que, todavia, o Congresso poderá restabelecer, mediante a rejeição da medida ab-rogatória".[139]

Dessa forma, ao Presidente da República restará a possibilidade, para suspender os efeitos de uma medida provisória, de editar uma nova, que acabe por suspender os efeitos da primeira. Nessa hipótese, o Congresso Nacional poderá agir de três maneiras:[140]

- aprova a segunda medida provisória, transformando-a em lei. Com isso, a revogação da primeira medida provisória torna-se definitiva;
- rejeita a segunda medida provisória e aprova a primeira (que estava com seus efeitos temporariamente suspensos), convertendo-a em lei, quando então retornarão seus efeitos;
- rejeita ambas as medidas provisórias. Nessa hipótese deverá regulamentar as relações jurídicas resultantes através de Decreto-legislativo.

4.3.6 Medida provisória e lei anterior que trate do mesmo assunto

A edição da medida provisória paralisa temporariamente a eficácia da lei que versava a mesma matéria. Se a medida provisória for aprovada, convertendo-se em lei, opera-se a revogação. Se, entretanto, a medida provisória for rejeitada, restaura-se a eficácia da norma anterior. Isto porque, com a rejeição, o Legislativo expediu ato volitivo consistente em repudiar o conteúdo daquela medida provisória, tornando subsistente anterior vontade manifestada de que resultou a lei antes editada.[141]

4.3.7 Efeitos e disciplina no caso de rejeição da medida provisória

A perda retroativa de eficácia jurídica da medida provisória ocorre tanto na hipótese de explícita rejeição do projeto de sua conversão em lei quanto no caso de ausência de deliberação parlamentar no prazo constitucional,[142] devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas dela decorrentes, e o faz através de Decreto-legislativo.[143]

Esse entendimento foi consagrado pela Emenda Constitucional nº 32/01 que, expressamente, determinou no § 3º, do art. 62, que as medidas provisórias perderão eficácia desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de 60 dias, prorrogável uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

Caso, porém, o Congresso Nacional não edite o decreto legislativo no prazo de 60 dias após a rejeição ou perda de sua eficácia, a medida provisória continuará regendo somente as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência.[144]

Dessa forma, a Constituição permite, de forma excepcional e restrita, a permanência dos efeitos *ex nunc* de medida provisória expressa ou

tacitamente rejeitada, sempre em virtude de inércia do Poder Legislativo em editar o referido Decreto Legislativo.

Trata-se de *retorno envergonhado* dos efeitos *ex nunc* resultantes da rejeição do antigo Decreto-lei, que possibilitavam a manutenção da vontade unilateral do Presidente da República, mesmo tendo sido rejeitada pelo Congresso Nacional. Todavia, somente não haverá a perda retroativa de eficácia jurídica da medida provisória se o Poder Legislativo permanecer inerte no referido prazo constitucional.[145]

Além disso, a Emenda Constitucional nº 32/01 estabeleceu que, aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, sua vigência permanecerá integralmente até que seja sancionado ou vetado o projeto.

Esse entendimento já havia sido fixado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o fato de o Congresso Nacional, na apreciação de medida provisória, glosar certos dispositivos não a prejudica, no campo da eficácia temporal, quanto aos que subsistiram, pois a disciplina das relações jurídicas, prevista no art. 62, diz respeito à rejeição total ou à parcial quando autônoma a matéria alcançada.[146]

4.3.8 Medidas provisórias e controle de constitucionalidade

A medida provisória enquanto espécie normativa definitiva e acabada, apesar de seu caráter de temporariedade, estará sujeita ao controle de constitucionalidade, como todas as demais leis e atos normativos.[147] O controle jurisdicional das medidas provisórias é possível, tanto em relação à disciplina dada a matéria tratada pela mesma, quanto em relação aos próprios limites materiais e aos requisitos de relevância e urgência.[148] A essa última forma de controle jurisdicional, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, desde a constituição anterior e a respeito dos antigos

Decretos-leis, é inadmiti-lo, por invasão da esfera discricionária do Poder Executivo,[149] salvo quando flagrante o desvio de finalidade ou abuso de poder de legislar.[150] A hipótese, portanto, é possível para evitar arbitraridade, porém, excepcional.[151] Nossa Corte Suprema entende que "os requisitos de relevância e urgência da matéria seriam passíveis de controle pelo STF, desde que houvesse demonstração cabal da sua inexistência".[152]

Nesse sentido, o Plenário do STF, em decisão unânime, deferiu o pedido de medida cautelar, para suspender medida provisória, em face da inexistência de relevância e urgência, afirmando que

> "Medida provisória: excepcionalidade da censura jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição: raia, no entanto, pela irrisão a afirmação de urgência para as alterações questionadas à disciplina legal da ação rescisória, quando, segundo a doutrina e a jurisprudência, sua aplicação à rescisão de sentenças já transitadas em julgado, quanto a uma delas – a criação de novo caso de rescindibilidade – é pacificamente inadmissível e quanto à outra – a ampliação do prazo de decadência – é pelo menos duvidosa".[153]

Da mesma forma, o Pretório Excelso concedeu medida liminar entendendo que "a edição de medida provisória faz-se no campo da excepcionalidade. Leitura equidistante do artigo 62 da Carta Política da República revela a necessidade de concorrerem requisitos, a saber: a relevância e a urgência do trato da matéria de forma excepcional, ou seja, pelo próprio Presidente da República e em detrimento da atuação dos representantes do povo e dos Estados, ou seja, das Câmaras Legislativas. Pois bem, na espécie, não estão presentes estas condições, no que modificada a lei que já se encontrava em vigor desde 1992".[154]

Portanto, os requisitos de *relevância* e *urgência*, em regra, somente deverão ser analisados, primeiramente, pelo próprio Presidente da

República, no momento da edição da medida provisória, e, posteriormente, pelo Congresso Nacional, que poderá deixar de convertê-la em lei, por ausência dos pressupostos constitucionais.[155] Excepcionalmente, porém, quando presente desvio de finalidade ou abuso de poder de legislar, por flagrante inocorrência da urgência e relevância, poderá o Poder Judiciário adentrar a esfera discricionária do Presidente da República, garantindo-se a supremacia constitucional.[156] Como ressaltado pelo Ministro Celso de Mello, "A mera possibilidade de avaliação arbitrária daqueles pressupostos (relevância e urgência), pelo Chefe do Poder Executivo, constitui razão bastante para justificar o controle jurisdicional. O reconhecimento de imunidade jurisdicional, que pré-excluísse de apreciação judicial o exame de tais pressupostos, caso admitido fosse, implicaria consagrar, de modo inaceitável, em favor do Presidente da República, uma ilimitada expansão de seu poder para editar medidas provisórias, sem qualquer possibilidade de controle, o que se revelaria incompatível com o nosso sistema constitucional".[157]

O Supremo Tribunal Federal já fixou o entendimento de que, se a medida provisória, no caso de não manifestação do Congresso, vier a ser reeditada, ou vier a ser convertida em lei, será necessário que o autor adite pedido de extensão da ação direta proposta à nova medida provisória ou à lei de conversão, para que a inconstitucionalidade arguida possa ser apreciada, inclusive no tocante à medida liminar requerida. Tal posicionamento decorre da circunstância de que a ação direta de inconstitucionalidade perde o seu objeto quando o ato normativo impugnado deixa de vigorar, o que ocorre com a medida provisória que, para não ter sua eficácia temporária desconstituída *ex tunc*, necessita de que seu conteúdo seja objeto de nova medida provisória ou de lei de conversão, hipóteses em que o ato normativo em vigor será essa nova medida provisória ou a lei de conversão.[158]

A conversão da medida provisória em lei, sem alterações em seu conteúdo, não acarretará a prejudicialidade da ação direta de inconstitucionalidade material dela, posto que sua aprovação e promulgação integrais apenas transformaram-se em espécie normativa definitiva, com eficácia *ex tunc* e sem solução de continuidade, preservado seu conteúdo original.[159]

Ressalte-se, porém, que haverá necessidade de o autor da ação direta aditar seu pedido, juntando o texto definitivo da lei de conversão.

Observe-se, ainda, que, a conversão da medida provisória em lei não afastará a possibilidade de análise judicial da presença dos indispensáveis requisitos formais necessários à edição das medidas provisórias, cuja ausência acarretará sua nulidade, sem possibilidade de convalidação.[160] O STF passou a entender que a lei de conversão não convalida os vícios existentes na medida provisória.[161]

4.3.9 Estados-membros e municípios – possibilidade de edição de medidas provisórias

Conforme já estudado em tópico anterior, o Supremo Tribunal Federal considera as regras básicas de processo legislativo previstas na Constituição Federal como modelos obrigatórios às Constituições Estaduais.[162] Tal entendimento, que igualmente se aplica às Leis Orgânicas dos Municípios, acaba por permitir que no âmbito estadual e municipal haja previsão de medidas provisórias a serem editadas, respectivamente, pelo Governador do Estado ou Prefeito Municipal e analisadas pelo Poder Legislativo local, desde que, no primeiro caso, exista previsão expressa na Constituição Estadual[163] e no segundo, previsão nessa e na respectiva Lei Orgânica do Município.[164] Além disto, será obrigatória a observância do modelo básico da Constituição Federal.[165]

Ressalte-se, ainda, que diferentemente da Constituição anterior, que proibia expressamente a adoção pelos Estados-membros dos decretos-lei, esta silencia a respeito.

Como ressalta Roque Carrazza,

> "nada impede, porém, que exercitando seus poderes constituintes decorrentes, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal prevejam a edição de medidas provisórias, respectivamente, estaduais, municipais e distritais. A elas, *mutatis mutandis*, devem ser aplicados os princípios e limitações que cercam as medidas provisórias federais".[166]

Assim, somente a título de exemplo, trazemos à colação três Constituições Estaduais que preveem a possibilidade de edição de medidas provisórias.

A Constituição do Estado de Tocantins, nos §§ 3º e 4º, do art. 27, prescreve que, em caso de relevância e urgência, o governador do Estado poderá adotar medidas provisórias com força de lei, devendo submetê-las de imediato à Assembleia Legislativa, que, estando em recesso, será convocada imediatamente para se reunir no prazo de cinco dias. Além disso, seguindo o modelo federal, as medidas provisórias perderão eficácia desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de 30 dias, a partir de sua publicação, devendo a Assembleia Legislativa disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.[167]

Igualmente, a Constituição do Estado de Santa Catarina prevê, no art. 51, que, em caso de relevância e urgência, o governador do Estado poderá adotar medidas provisórias com força de lei, devendo submetê-las de imediato à Assembleia Legislativa, que estando em recesso, será convocada imediatamente para se reunir no prazo de cinco dias. Além disso, disciplina que as medidas provisórias perderão eficácia desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de 30 dias, a partir de sua publicação, devendo

a Assembleia Legislativa disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes. A Constituição de Santa Catarina inova ao vedar a edição de medida provisória sobre matéria que não possa ser objeto de lei delegada, bem como a reedição de matéria objeto de medida provisória não deliberada ou rejeitada pela Assembleia Legislativa.[168]

Por sua vez, a Constituição do Estado do Acre, além de prever a possibilidade de edição de medidas provisórias estaduais – com o mesmo modelo federal expressamente prevê que se não forem apreciadas pela Assembleia Legislativa nem convertidas em lei não poderão ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Com a edição da EC nº 32/01, o modelo federal foi alterado, consagrando-se maior respeito aos direitos fundamentais e à Separação dos Poderes. Consequentemente, as previsões das constituições estaduais somente serão recepcionadas se não contrariarem os novos dispositivos do art. 62, devendo haver integral adequação às novas normas constitucionais.[169]

4.3.10 Medida provisória e decreto-lei

O confronto entre o decreto-lei e a medida provisória possibilita analisar algumas diferenças entre as duas espécies normativas, uma das quais não mais existente em nossa Constituição Federal (decreto-lei).

Os pressupostos de expedição do decreto-lei eram apresentados alternativamente ("em caso de urgência **ou** de interesse público relevante"), ao passo que os da medida provisória são indicados cumulativamente ("em caso de relevância e urgência").

O decreto-lei estava subordinado a uma condição (a inocorrência de aumento de despesa) e apontava as matérias que podiam ter por objeto, enquanto a medida provisória não depende de nenhuma condição financeira e pode, em princípio, versar sobre toda e qualquer matéria, ressalvadas as

vedações estabelecidas nos diversos parágrafos do art. 62, a partir da EC nº 32/01.

O decreto-lei, em caso de ausência de manifestação do Congresso Nacional, era havido como definitivamente aprovado ("**decurso de prazo**") e a medida provisória, para ser convertida em lei, necessita de aprovação expressa do Congresso Nacional.

A rejeição do decreto-lei não acarretava a nulidade dos atos praticados durante sua vigência ao passo que a medida provisória não tem eficácia, desde a edição, se não for convertida em lei, cabendo ao Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas dela decorrentes. Somente em caso de inércia do CN, no prazo de 60 dias, as medidas provisórias rejeitadas terão efeitos "ex nunc", assemelhando-se aos antigos Decretos-leis.

Por fim, o decreto-lei somente poderia ser aprovado ou rejeitado "**in totum**", não permitindo a apresentação de emendas por parte dos parlamentares, o mesmo não ocorrendo com as medidas provisórias.

4.3.11 Limites materiais à edição de medidas provisórias

O art. 62 da Constituição Federal não previa, originariamente, vedação material à edição da medida provisória. Com a promulgação das Emendas Constitucionais nºs 6 e 7, foi criado o art. 246, que vedava, expressamente, a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição Federal cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995.

Essa vedação material, porém, foi alterada com a edição da Emenda Constitucional nº 32/01, que, modificando a redação do art. 246, estabeleceu termo final para essa proibição, determinando que o prazo final para a vedação à adoção de medidas provisórias na regulamentação de

artigos da Constituição, cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1º de janeiro de 1995, seja a data de sua própria promulgação, ou seja, 11 de setembro de 2001.[170]

Portanto, a partir dessa data, o Presidente da República poderá retornar à utilização de medidas provisórias, nas hipóteses de relevância e urgência, para regulamentar artigo da Constituição alterado por emenda constitucional promulgada após 11 de setembro de 2001.

A Emenda Constitucional nº 32/01, além dessa alteração, trouxe grandes e significativas limitações materiais à edição de medidas provisórias.

Primeiramente, o legislador reformador, seguindo a linha lógica e coerente do art. 68 da Constituição Federal, estabeleceu as mesmas limitações materiais à edição de medidas provisórias já existentes em relação às leis delegadas, ou seja, a proibição de o Presidente da República editá-las sobre matéria relativa a: nacionalidade, cidadania, direitos políticos e direito eleitoral; organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º.

Ora, se o legislador constituinte entendeu indelegáveis essas matérias pelo Poder Legislativo ao Poder Executivo, lógica e coerentemente, não seria cabível manter a possibilidade de o Presidente da República, unilateralmente por medidas provisórias, discipliná-las.

A possibilidade de edição de medidas provisórias em matéria penal,[171] tributária e nos casos em que o legislador constituinte reservou à edição de lei complementar sempre foi assunto muito discutido na doutrina e acabou por ser regulamentada pela Emenda Constitucional nº 32/01.

Celso de Mello Filho coloca-se contra a possibilidade de edição de medida provisória em matéria penal, afirmando que

> "a privação, mesmo cautelar, da liberdade individual, a tipificação de novas entidades delituosas e a cominação de penas não podem constituir objeto de medidas provisórias, em face, até, da irreversibilidade das situações geradas por essa espécie normativa".[172]

Igualmente, Alberto Silva Franco afirma que

> "com tais características, pode a medida provisória servir de instrumento normativo adequado à abordagem da disciplina penal? A resposta à indagação só poderá ser negativa. Tal como o decreto-lei, a medida provisória ocupa um lugar de inferioridade, em relação à lei em sentido estrito. Não se argumente com o fato de que o texto constitucional relativo à medida provisória não sofre nenhuma restrição em seu raio de incidência. O dispositivo não pode ser interpretado isoladamente, mas deve ser submetido a uma interpretação sistemática para a qual contribuem outros princípios constitucionais tais como o da legalidade e da separação de poderes".[173]

Parece-nos assistir razão aos citados autores, uma vez que a Constituição Federal exige lei formal para a previsão da existência de crimes e penas (CF, art. 5º, inc. XXXIX – princípio da reserva legal). Além disso, em um Estado democrático de direito jamais haveria a possibilidade de conciliação do *status libertatis* do cidadão e com o princípio da segurança jurídica com a criação de crimes e sanções penais discricionariamente por uma única pessoa – Presidente da República – por meio de uma espécie normativa temporária e, portanto, de duração efêmera.[174]

Anote-se, porém, que, em decisão de 14-12-89, porém só publicada em 19-9-97, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos,

vencidos os Ministros Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, indeferiu medida cautelar que impugnava, dentre outros pontos, a *criação de tipo penal por medida provisória* (MP nº 111/89), alegando que "embora seja relevante juridicamente a arguição de inconstitucionalidade da criação de delito por Medida Provisória, não está presente o requisito da conveniência, pois o art. 4º da citada Medida Provisória, impugnado sob esse fundamento, apenas se destina a coibir abuso de autoridades contra a liberdade individual".[175] Ressalte-se, porém, que a Medida Provisória nº 111, editada em 27-11-1989, que dispôs basicamente sobre a prisão temporária, além de ter feito alterações na lei de abuso de autoridade, no sentido de criação de tipo penal, submetida no prazo de 30 dias ao Congresso Nacional, foi convertida no Projeto de Lei de conversão nº 039/89, que, posteriormente aprovado, transformou-se na Lei nº 7.960/89.[176] Em virtude disso, o Pretório Excelso considerou prejudicada a ação direta de inconstitucionalidade nº 162-1/DF, ficando impedido de analisar definitivamente o mérito da questão: *possibilidade ou não de criação de tipos penais por medidas provisórias*.[177]

A Emenda Constitucional nº 32/01, em defesa dos direitos fundamentais e atendendo aos reclamos da doutrina, consagrou a absoluta vedação à edição de medidas provisórias sobre matéria de direito penal e processual penal.

A vedação constitucional atual em matéria de direito penal é absoluta, não se permitindo, tampouco, a edição de medidas provisórias sobre matéria penal benéfica.[178]

Por igual, na órbita tributária, a norma constitucional exige a anterioridade da lei.[179] E medida provisória não é lei, mas espécie normativa excepcional, transitoriamente investida de "força de lei". Como salientado por Marcelo Figueiredo, a imediatidade das medidas provisórias é incompatível com as normas tributárias,[180] que não podem conter disposições que levem a situações irreversíveis.[181]

No mesmo sentido, pronunciamento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo afirmou que

> "o artigo 150, inciso I, da Constituição Federal, veda com força de garantia dada ao contribuinte, 'à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios *exigir* ou *aumentar* tributo sem lei anterior que o estabeleça' e, no inciso III, veda a cobrança de tributos, item *a*, 'em relação aos fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado'. Não se dispensa, pois, ao tributo a reserva legal, o princípio da legalidade, que não poderia abranger a medida provisória, que não é lei, ainda que se equipare à mesma, até pela diversidade quanto ao âmbito de iniciativa e de processo legislativo".[182]

Conclui-se, portanto, como Roque Carrazza, que em relação aos tributos submetidos ao princípio da anterioridade, as medidas provisórias inequivocamente não os podem criar ou aumentar.[183]

Em relação à matéria tributária, ressalte-se, pela relevância da decisão, que o Supremo Tribunal Federal, excepcionalmente e em sede de medida liminar, admitiu a edição de medida provisória para determinar a extensão, aos proventos dos servidores públicos inativos, *da incidência de contribuição para o custeio da previdência social*, observando, porém, a obrigatoriedade do cumprimento do prazo de noventa dias para sua exigibilidade, nos termos do art. 195, § 6º, da Constituição Federal.[184]

O Supremo Tribunal Federal, também em sede liminar, admitiu a instituição de tributos por medida provisória, pois conforme ressaltado pelo Ministro-relator Octavio Gallotti "tendo força de lei, é meio hábil, a medida provisória, para instituir tributos, e contribuições sociais, a exemplo do que já sucedia com os decretos-lei do regime ultrapassado como sempre esta

Corte entendeu",[185] porém, ressalvou a obrigatoriedade do respeito ao art. 150, inc. III, *a*, da Constituição Federal.[186]

Igualmente, porém em *decisão definitiva de mérito*, o Plenário do STF julgou parcialmente inconstitucional a medida provisória nº 628, de 23-9-94 e suas sucessivas reedições até a medida provisória nº 1.482-34, de 14-3-97, entendendo, apesar da possibilidade de instituição de tributos, absolutamente necessário o respeito, por parte das medidas provisórias, *do princípio da anterioridade* do Direito Tributário.[187]

Assim, no Pretório Excelso já se encontra pacificada a plena e legítima possibilidade de disciplinar matéria de natureza tributária por meio de medidas provisórias, que por previsão constitucional têm força de lei.[188]

A Emenda Constitucional nº 32/01, seguindo essa orientação do STF, determinou possível a edição de medidas provisórias para instituição ou majoração de impostos, desde que respeitado o princípio da anterioridade.

Observe-se, porém, que a atual redação do § 2º, do art. 62, representou grande avanço em relação à posição jurisprudencial anterior, pois, enquanto o STF entendia satisfeito o princípio da anterioridade tributária desde que a primeira medida provisória que tratasse da instituição ou majoração de impostos tivesse sido editada no exercício financeiro anterior, a redação dada pela Emenda Constitucional nº 32/01 exige que a medida provisória tenha sido convertida em lei até o último dia do exercício financeiro anterior, para que possa produzir efeitos.

Além disso, em respeito ao princípio da segurança jurídica e receando repetição de absurdos planos econômicos, a Constituição passou a vedar a edição de medidas provisórias que visem à detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro.

Ainda, vedou-se a edição de medidas provisórias sobre matéria já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República, hipótese que consistiria em flagrante desrespeito à Separação de Poderes. Nessa hipótese,

o texto constitucional veda a edição de medida provisória "na pendência de sanção ou veto pelo Chefe do Executivo", não estando vedado, portanto, a edição de medida provisória no mesmo dia em que o Presidente da República já efetivou a sanção ou o veto de projeto de lei com conteúdo semelhante.[189]

No tocante à edição de medida provisória em matéria reservada à lei complementar, parece-nos que assiste razão a Marcelo Figueiredo[190] e Leon Frejda Szklarowsky,[191] que afirmam a impossibilidade desta hipótese, uma vez que o legislador constituinte originário expressamente estabeleceu uma reserva de competência à edição de lei complementar, a ser deliberada por maioria absoluta dos membros de ambas as Casas Legislativas, incompatível, pois, com a unipessoalidade na edição das medidas provisórias.[192] Além disso, como afirma Marco Aurélio Greco, o "art. 62 prevê a conversão da medida provisória em lei e não em lei complementar".[193]

Esse entendimento foi consagrado pela Emenda Constitucional nº 32/01, que passou a vedar expressamente a edição de medidas provisórias sobre matéria reservada a lei complementar.

Entre as várias e salutares alterações propostas pela Emenda Constitucional nº 32/01 ao art. 62 da Constituição Federal, a vedação de edição de medidas provisórias em matéria processual civil,[194] de maneira salutar à Democracia e à Separação de Poderes, reiterou a impossibilidade de utilização desse mecanismo para restringir a concessão de medidas cautelares e liminares pelo Poder Judiciário.

4.4 Lei delegada

Lei delegada é ato normativo elaborado e editado pelo Presidente da República, em razão de autorização do Poder Legislativo, e nos limites postos por este, constituindo-se verdadeira delegação externa da função

legiferante e aceita modernamente, desde que com limitações, como mecanismo necessário para possibilitar a eficiência do Estado e sua necessidade de maior agilidade e celeridade.

Nelson de Souza Sampaio nos expõe as razões de expansão da legislação delegada, resumidas em relatório apresentado pelo *Committee on Ministers Powers*, da Grã-Bretanha, em 1932: falta de tempo do Parlamento, pela sobrecarga de matérias; caráter técnico de certos assuntos; aspectos imprevisíveis de certas matérias a ser reguladas; exigência de flexibilidade de certas regulamentações; possibilidade de fazerem-se experimentos através da legislação delegada; situações extraordinárias ou de emergência.[195]

4.4.1 Natureza jurídica

Apesar da necessidade de aprovação pelo Congresso Nacional de uma resolução, autorizando o Presidente da República a editá-la, a lei delegada, quanto ao conteúdo e à eficácia, tem sua natureza jurídica idêntica às demais previstas no art. 59 da Constituição Federal, qual seja, espécie ou ato normativo primário, derivado de pronto da Constituição.

4.4.2 Processo legislativo especial da lei delegada

As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional, assim a iniciativa exclusiva e discricionariamente exercida pelo Chefe do Poder Executivo é denominada *iniciativa solicitadora.*

Esta solicitação, que deverá indicar o assunto referente à lei a ser editada, sofre algumas vedações materiais, pois não serão objeto de delegação: os atos de competência exclusiva do Congresso, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e a

matéria reservada a lei complementar. Igualmente, veda-se a delegação em matéria referente a legislação sobre organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais e planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos (CF, art. 68, § 1º).

Uma vez encaminhada a solicitação ao Congresso Nacional, a mesma será submetida a votação pelas Casas do Congresso Nacional, em sessão bicameral conjunta ou separadamente, e em sendo aprovada por maioria simples, terá a forma de resolução, que especificará obrigatoriamente as regras sobre seu conteúdo e os termos de seu exercício.

O Congresso Nacional poderá estabelecer as restrições de conteúdo e exercício que entender necessárias, tais como o termo de caducidade da habilitação, linhas gerais da lei, período de vigência, entre outras.

Ressalte-se, pela importância, o caráter temporário da delegação, que jamais poderá ultrapassar a legislatura, sob pena de importar em abdicação ou renúncia do Poder Legislativo a sua função constitucional, o que não será permitido. Esta característica de irrenunciabilidade da função legiferante permite que, mesmo durante o prazo concedido ao Presidente da República para editar a lei delegada, o Congresso Nacional discipline a matéria por meio de lei ordinária. Além disso, nada impedirá que, antes de encerrado o prazo fixado na resolução, o Legislativo desfaça a delegação.

Retornando a resolução ao Presidente da República, este elaborará o texto normativo, promulgando-o e determinando sua publicação, uma vez que se a ratificação parlamentar não for exigida, todo o restante do processo legislativo se esgotará no interior do Poder Executivo (*delegação típica ou própria*).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho aponta a possibilidade de o Presidente editar mais de uma lei sobre a matéria durante o prazo fixado pelo Congresso Nacional, posição que não encontra acolhida por parte de Clèmerson Merlin Clève, que entende ser a delegação legislativa concedida

de forma expressa para matéria concreta e com fixação do prazo para seu exercício, esgotando-se pelo uso que dela faça o Governo, mediante a promulgação e publicação da norma correspondente. Entendemos que a resolução do Congresso Nacional deverá fixar a possibilidade de edição de mais de uma lei delegada a partir daquela delegação, sendo o seu silêncio proibitivo.

O Presidente da República poderá, outrossim, não editar nenhuma lei delegada, uma vez que a delegação legislativa não tem força vinculante para o Poder Executivo.

Haverá, entretanto, a possibilidade de o Congresso Nacional estabelecer na resolução que concede a delegação a determinação de que o projeto elaborado pelo Presidente da República deverá retornar ao Legislativo para apreciação em votação única, vedada a apresentação de qualquer emenda, no que se denomina *delegação atípica ou imprópria.* Nestes casos, se o Parlamento aprovar *in totum* o projeto, o Presidente da República efetivará a promulgação e determinará sua publicação. Se ocorrer o contrário, rejeição integral do projeto de lei, este será arquivado, somente podendo ser reapresentado nos termos do art. 67 da Constituição Federal.

4.4.3 O poder do Congresso Nacional de sustar a lei delegada

A Constituição Federal determina ser de competência exclusiva do Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem os limites de delegação legislativa (CF, art. 49, V).

Dessa forma, extrapolando o Presidente da República os limites fixados na resolução concedente da delegação legislativa, poderá o Congresso Nacional, através da aprovação de decreto legislativo, sustar a referida lei delegada, paralisando seus efeitos normais. A sustação não será retroativa, operando, portanto, *ex nunc*, ou seja, a partir da publicação do

Decreto Legislativo,[196] uma vez que não houve declaração de nulidade da lei delegada, mas sustação de seus efeitos.

Anote-se que a existência desta espécie de controle legislativo não impedirá a eventual declaração de inconstitucionalidade por parte do Poder Judiciário, por desrespeito aos requisitos formais do processo legislativo da lei delegada, expressamente previstos no art. 68 da Constituição Federal, existindo, dessa forma, um duplo controle repressivo da constitucionalidade da edição das leis delegadas.

Ressalte-se, por fim, que a eventual declaração direta de inconstitucionalidade da lei delegada, por parte do Supremo Tribunal Federal, diferentemente da sustação levada a termo pelo Congresso Nacional, terá efeitos retroativos, operando *ex tunc*, ou seja, desde a própria edição daquela espécie normativa.

4.5 Decreto legislativo

4.5.1 Conceito

Decreto legislativo é a espécie normativa destinada a veicular as matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional, previstas, basicamente, no art. 49 da Constituição Federal. Além destas matérias, também é de competência do decreto legislativo a regulamentação exigida no art. 62, da citada Carta (EC nº 32/01).

Assim, os decretos legislativos constituem, igualmente às demais espécies previstas no art. 59 da Constituição Federal, atos normativos primários veiculadores da competência exclusiva do Congresso Nacional, cujo procedimento não é tratado pela Constituição Federal, cabendo ao próprio Congresso discipliná-lo.

4.5.2 Processo legislativo especial previsto para a elaboração do decreto legislativo

De ressaltar, que os decretos legislativos serão, obrigatoriamente, instruídos, discutidos e votados em ambas as casas legislativas, no sistema bicameral; e se aprovados, serão promulgados pelo Presidente do Senado Federal, na qualidade de Presidente do Congresso Nacional, que determinará sua publicação.[197]

Não haverá participação do Presidente da República no processo legislativo de elaboração de decretos legislativos, e, consequentemente, inexistirá veto ou sanção, por tratar-se de matérias de competência do Poder Legislativo.

4.5.3 Tratados e atos internacionais e incorporação com status ordinário ou constitucional (direitos humanos)

A EC nº 45/04 concedeu ao Congresso Nacional, somente na hipótese de tratados e convenções internacionais que versem sobre Direitos Humanos, a possibilidade de incorporação com *status* ordinário (CF, art. 49, I) ou com *status* constitucional (CF, § 3º, art. 5º).

Em regra, o Congresso Nacional poderá aprovar os tratados e atos internacionais mediante a edição de decreto legislativo (CF, art. 49, I), ato que dispensa sanção ou promulgação por parte do Presidente da República. O decreto legislativo, portanto, contém aprovação do Congresso Nacional ao tratado e simultaneamente a autorização para que o Presidente da República o ratifique em nome da República Federativa do Brasil, por meio da edição de um decreto presidencial.

Ressalte-se que a edição do decreto legislativo, aprovando o tratado, não contém, todavia, uma ordem de execução do tratado no Território

Nacional, uma vez que somente ao Presidente da República cabe decidir sobre sua ratificação. Com a promulgação do tratado através de decreto do Chefe do Executivo recebe esse ato normativo a ordem de execução, passando, assim, a ser aplicado de forma geral e obrigatória.[198]

São, pois, três fases para a incorporação de um ato ou tratado internacional em nosso ordenamento jurídico interno:[199]

- *1ª fase*: compete privativamente ao Presidente da República celebrar todos os tratados, convenções e atos internacionais (CF, art. 84, VIII);
- *2ª fase*: é de competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (CF, art. 49, I). A deliberação do Parlamento será realizada através da aprovação de um *decreto legislativo*, devidamente promulgado pelo Presidente do Senado Federal e publicado;
- *3ª fase*: edição de um decreto do Presidente da República, promulgando o ato ou tratado internacional devidamente ratificado pelo Congresso Nacional. É nesse momento que adquire executoriedade interna a norma inserida pelo ato ou tratado internacional, podendo, inclusive, ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade.

Podemos, dessa forma, apontar as características essenciais da incorporação no plano do direito interno de atos ou tratados internacionais:[200]

- A norma internacional contida em um ato ou tratado do qual o Brasil seja signatário (CF, art. 84, VIII), por si só, não dispõe de qualquer vigência e eficácia no direito interno;[201]

- O direito constitucional brasileiro não exige a edição de lei formal para a incorporação do ato ou tratado internacional (dualismo extremado);
- A incorporação do ato ou tratado internacional, no âmbito do direito interno, exige primeiramente a aprovação de um decreto legislativo pelo Congresso Nacional, e posteriormente a promulgação do Presidente da República, via decreto, do texto convencional (dualismo moderado);
- A simples aprovação do ato ou tratado internacional por meio de decreto legislativo, devidamente promulgado pelo presidente do Senado Federal e publicado, não assegura a incorporação da norma ao direito interno;
- Após a aprovação realizada pelo Congresso Nacional, será a promulgação do chefe do Poder Executivo que garantirá a aplicação imediata da norma na legislação interna;
- As normas previstas nos atos, tratados, convenções ou pactos internacionais devidamente aprovadas pelo Poder Legislativo e promulgadas pelo Presidente da República, inclusive quando preveem normas sobre direitos fundamentais, ingressam no ordenamento jurídico como *atos normativos infraconstitucionais*,[202] salvo na hipótese do § 3º, do art. 5º, pelo qual a EC nº 45/04 estabeleceu que 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. A Constituição portuguesa contém em seu art. 8º regra absolutamente semelhante em relação aos tratados e atos internacionais, sendo que Canotilho e Moreira assim concluem: “as normas de direito internacional público vigoram na ordem interna com a mesma relevância das normas

> de direito interno, desde logo quanto à *subordinação à Constituição* – sendo, pois, inconstitucionais se infringirem as normas da Constituição ou seus princípios".[203] Igualmente, analisando a Constituição argentina, afirma Quiroga Lavié que, se o tratado vulnera a Constituição, não pode ser aplicado; porém, se não há incompatibilidade com as normas constitucionais, o tratado devidamente incorporado terá plena vigência, com hierarquia equivalente às leis federais.[204]

Ressaltem-se dois pontos de extrema importância: *a necessidade de ratificação pelo Parlamento dos atos e tratados internacionais* e a *supremacia constitucional sobre as normas que ingressam no ordenamento jurídico por meio de atos e tratados internacionais.*

A necessidade de ratificação pelo Parlamento dos atos e tratados internacionais, consagrada no art. 49, I, da Constituição Federal, segue a tendência do direito comparado. Assim, verifica-se essa regra, por exemplo, nos arts. 93 e 94 da Constituição espanhola de 1978; no art. 75, item 22, da Constituição da Nação Argentina, inclusive após a Reforma de 1994; nos arts. 85, item 5, e 89 da Constituição suíça; art. 59, item 2, da Lei Fundamental alemã de 1949; arts. 48 e 50 da Lei Constitucional Federal da Áustria, de 1929; 167, item 2, da Constituição da Bélgica, de 1994; art. 55 da Constituição da República Francesa de 1958; art. 28 da Constituição da Grécia de 1975.

Igualmente, a consagração da *supremacia das normas constitucionais em relação aos atos e tratados internacionais* devidamente incorporados no ordenamento jurídico nacional permanece como regra no direito comparado, mesmo em algumas constituições que adotaram novas regras objetivando a maior efetividade dos direitos fundamentais.

Assim, após a Reforma de 1994, a Constituição da Nação Argentina, incorporou em seu texto vários tratados referentes a direitos humanos,[205] e

passou a permitir a possibilidade de incorporação, com *status* constitucional, de outros tratados que versem sobre direitos humanos, desde que, sua ratificação pelo Poder Legislativo seja realizada por *quorum* idêntico ao destinado a Emendas Constitucionais.[206]

Esse mesmo mecanismo foi adotado no Brasil pela EC nº 45/04, ao permitir no § 3º, do art. 5º, a aprovação pelo Congresso Nacional de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, ou seja, pelo mesmo *processo legislativo especial* das emendas à Constituição; quando, então, uma vez incorporados, serão equivalentes às emendas constitucionais.

A opção de incorporação de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, nos termos do art. 49, I ou do § 3º, do art. 5º, será discricionária do Congresso Nacional.

Igualmente, no mesmo sentido de conceder maior efetividade aos direitos humanos fundamentais, a Constituição Espanhola de 1978 determina em seu art. 10, item 2, que as normas relativas a direitos fundamentais e as liberdades públicas, desde que reconhecidas pelo próprio texto constitucional, deverão ser interpretadas em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os tratados e acordo internacionais sobre as mesmas matérias ratificadas pela Espanha.[207] Trata-se de direcionamento interpretativo, pois em seu art. 95 continua a consagrar a supremacia das normas constitucionais, ao afirmar que a celebração de um tratado internacional que contenha estipulações contrárias à Constituição exigirá prévia revisão constitucional.[208]

Por fim, importante destacar que a Lei Fundamental Alemã, em seu art. 24, item 1, autoriza o Parlamento a transferir direitos de soberania para organizações supranacionais, garantindo assim, nessas hipóteses, maior hierarquia na recepção dos tratados internacionais. Essa possibilidade, porém, não afastou a supremacia das normas constitucionais, pois em seu

art. 79, a Lei Fundamental alemã exige *quorum* de reforma constitucional para que o tratado adquira *status* constitucional.[209]

Observe-se, porém, que o Supremo Tribunal Federal alterou seu tradicional posicionamento, passando a proclamar – por maioria – o *status da supralegalidade* dos tratados internacionais incorporados no ordenamento jurídico brasileiro antes da EC nº 45/04.

A Corte decidiu, em relação à vedação da prisão civil do depositário infiel, que "a circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia (art. 7º, 7), conduz à inexistência de balizas visando à eficácia do que previsto no art. 5º, LXVII, da CF"; concluindo, que "com a introdução do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional, restaram derrogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel".[210]

Dessa forma, o STF manteve a supremacia das normas constitucionais sobre o referido Pacto, porém inclinou-se pela interpretação da revogação das normas infraconstitucionais que disciplinavam a referida prisão civil, tendo, inclusive, revogado sua Súmula 619 do STF ("A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito").

4.6 Resolução

4.6.1 Conceito

Resolução é ato do Congresso Nacional ou de qualquer de suas casas, tomado por procedimento diferente do previsto para a elaboração das leis, destinado a regular matéria de competência do Congresso Nacional ou de competência privativa do Senado Federal[211] ou da Câmara dos

Deputados,[212] mas em regra com efeitos internos; excepcionalmente, porém, também prevê a constituição resolução com efeitos externos, como a que dispõe sobre a delegação legislativa.

As resoluções constituem, igualmente às demais espécies previstas no art. 59 da Constituição Federal, atos normativos primários, e disporá sobre a regulação de determinadas matérias pelo Congresso Nacional, não incluídas no campo de incidência dos decretos legislativos (arts. 49 e 62, §§ 1º a 12, da CF) e da lei, além das matérias privativas da Câmara dos Deputados (art. 51, da CF) e do Senado Federal (art. 52, da CF).

4.6.2 Espécies

Anna Cândida da Cunha Ferraz subdivide a resolução em espécies, dependendo da finalidade pretendida. Assim, poderão ser *atos políticos* (resolução senatorial que referenda nomeações), *ato deliberativo* (fixação de alíquotas), *ato de coparticipação na função judicial* (suspensão de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal) e *ato-condição da função legislativa* (autorização ao Executivo para elaborar lei delegada: habilita a produção da lei delegada).[213]

4.6.3 Processo legislativo especial para a elaboração das resoluções

A Constituição Federal não estabelece o processo legislativo para a elaboração da espécie normativa resolução, cabendo ao regimento interno de cada uma das Casas, bem como do Congresso Nacional, discipliná-lo.

Porém, nesta fixação ressaltam alguns preceitos básicos. Primeiramente, por óbvio, a resolução isolada de uma das casas legislativas, somente por ela será instruída, discutida e votada, cabendo ao seu Presidente[214] promulgá-la e determinar a publicação. No caso de resolução do Congresso Nacional, a aprovação deverá ser bicameral, cabendo ao

Presidente do Senado, no exercício da presidência do Congresso Nacional, a promulgação.

Por fim, da mesma forma que no processo legislativo do decreto legislativo, não haverá participação do Presidente da República no processo legislativo de elaboração de resoluções, e, consequentemente, inexistirá veto ou sanção, por tratar-se de matérias de competência do Poder Legislativo.

4.7 Leis orçamentárias

A Constituição Federal prevê, em matéria orçamentária, que o Congresso Nacional, a partir de leis de iniciativa do Poder Executivo, estabelecerá o plano plurianual; as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais.[215]

A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada. Além disso, servirá de paradigma para a elaboração de planos e programas nacionais, regionais e setoriais, conforme previstos na constituição.

A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da Administração Pública federal, estabelecerá as diretrizes de política fiscal e respectivas metas, em consonância com trajetória sustentável da dívida pública, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.[216]

A lei orçamentária anual compreenderá o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta

ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

Importante ressaltar que a lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos disciplinados em lei.

O legislador constituinte reservou à lei complementar a disposição sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual; e o estabelecimento de normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos, que deverão seguir os princípios orçamentários.[217]

A EC nº 100, de 26-6-2019, com as complementações da EC nº 102, de 26-9-2019, e a EC nº 105, de 12-12-2019, e 126, de 21-12-2022, reforçaram a previsão constitucional de orçamento impositivo trazida pela EC nº 86, de 17-3-2015.[218]

A EC nº 126, de 21 de dezembro de 2022, alterou a EC nº 86/15, estabelecendo que as emendas individuais ao projeto de lei orçamentária serão aprovadas no limite de 2% (dois por cento) da receita corrente líquida do exercício anterior ao do encaminhamento do projeto, observado que a metade desse percentual será destinada a ações e serviços públicos de saúde. Desse limite de 2%, 1,55% (um inteiro e cinquenta e cinco centésimos por cento) caberá às emendas de Deputados e 0,45% (quarenta e cinco centésimos por cento), às de Senadores. Observe-se que continua sendo obrigatória a execução orçamentária e financeira das programações oriundas de emendas individuais, em montante correspondente ao referido

limite, conforme os critérios para a execução equitativa da programação definidos em lei complementar.

Lei complementar deverá dispor sobre critérios para a execução equitativa, além de procedimentos que serão adotados quando houver impedimentos legais e técnicos, cumprimento de restos a pagar e limitação das programações de caráter obrigatório, para a realização do disposto nas referidas emendas constitucionais.

Em complementação à previsão de orçamento impositivo, foi editada a EC 105, de 12 de dezembro de 2019,[219] autorizando a transferência de recursos federais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios mediante emendas ao projeto de lei orçamentária.[220]

A partir da entrada em vigor da EC 105/19, as emendas individuais impositivas apresentadas ao projeto de lei orçamentária anual poderão alocar recursos a Estados, ao Distrito Federal e a Municípios por meio de (a) transferência especial; ou (b) transferência com finalidade definida.

Na hipótese de *transferência especial*, os recursos deverão ser repassados diretamente ao ente federado beneficiado, independentemente de celebração de convênio ou de instrumento congênere e pertencerão ao ente federado no ato da efetiva transferência financeira. Sua aplicação deverá ser em programações finalísticas das áreas de competência do Poder Executivo do ente federado beneficiado, sendo que, pelo menos 70% (setenta por cento) das transferências especiais deverão ser aplicadas em despesas de capital. O ente federado beneficiado da transferência especial poderá firmar contratos de cooperação técnica para fins de subsidiar o acompanhamento da execução orçamentária na aplicação dos recursos.

Na hipótese de *transferência com finalidade definida*, os recursos serão vinculados à programação estabelecida na emenda parlamentar; e aplicados nas áreas de competência constitucional da União.

A EC 105/19 estabelece expressamente que os recursos transferidos mediante emendas impositivas não integrarão a receita do Estado, do

Distrito Federal e dos Municípios para fins de repartição e para o cálculo dos limites da despesa com pessoal ativo e inativo, e de endividamento do ente federado.

A EC 105/19 traz, ainda, importantes vedações na aplicação dos recursos federais transferidos mediante emendas impositivas; que não poderão ser utilizados para pagamento de: (a) despesas com pessoal e encargos sociais relativas a ativos e inativos, e com pensionistas; (b) encargos referentes ao serviço da dívida.[221]

Importante ressaltar que a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016, instituiu um novo regime no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, estabelecendo, para cada exercício, limites individualizados para as despesas primárias do Poder Executivo; do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Conselho Nacional de Justiça, da Justiça do Trabalho, da Justiça Federal, da Justiça Militar da União, da Justiça Eleitoral e da Justiça do Distrito Federal e Territórios, no âmbito do Poder Judiciário; do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Tribunal de Contas da União, no âmbito do Poder Legislativo; do Ministério Público da União e do Conselho Nacional do Ministério Público; e da Defensoria Pública da União.

O descumprimento dos limites individualizados acarretará sanções, vedando a concessão, a qualquer título, de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração de membros de Poder ou de órgão, de servidores e empregados públicos e militares, exceto dos derivados de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal decorrente de atos anteriores à entrada em vigor desta Emenda Constitucional; criação de cargo, emprego ou função que implique aumento de despesa; alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa; admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, ressalvadas as reposições de cargos de chefia e de direção que não acarretem aumento de despesa e aquelas decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios; realização

de concurso público, exceto para as reposições de algumas vacâncias essenciais; criação ou majoração de auxílios, vantagens, bônus, abonos, verbas de representação ou benefícios de qualquer natureza em favor de membros de Poder, do Ministério Público ou da Defensoria Pública e de servidores e empregados públicos e militares; criação de despesa obrigatória; e adoção de medida que implique reajuste de despesa obrigatória acima da variação da inflação, observada a preservação do poder aquisitivo do salário mínimo.

O descumprimento dos limites individualizados também acarretará vedações em relação à criação ou expansão de programas e linhas de financiamento, bem como a remissão, renegociação ou refinanciamento de dívidas que impliquem ampliação das despesas com subsídios e subvenções; e a concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária, ficando, igualmente, vedada a concessão da revisão geral prevista no inciso X do art. 37 da Constituição Federal.

Ressalte-se, ainda, que a nova emenda constitucional autorizou o Presidente da República, com a limitação de uma única alteração por mandato presidencial, a propor, a partir do décimo exercício da vigência do novo regime fiscal, projeto de lei complementar para alteração do método de correção dos limites.

Observe-se, ainda, que, nos termos da EC nº 128, de 22 de dezembro de 2022, a lei não imporá nem transferirá qualquer encargo financeiro decorrente da prestação de serviço público, inclusive despesas de pessoal e seus encargos, para a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios, sem a previsão de fonte orçamentária e financeira necessária à realização da despesa ou sem a previsão da correspondente transferência de recursos financeiros necessários ao seu custeio, ressalvadas as obrigações assumidas espontaneamente pelos entes federados e aquelas decorrentes da fixação do salário mínimo, na forma do inciso IV do *caput* do art. 7º da Constituição Federal.

As leis orçamentárias, nos termos da EC nº 109, de 15 de março de 2021, devem observar, no que couber, os resultados do monitoramento e da avaliação das políticas públicas previstos no § 16 do artigo 37 da Constituição Federal.

4.7.1 Processo legislativo especial para as leis relativas ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais

Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum (CF, art. 166).

A Constituição Federal, seguindo a tradição constitucional, aderiu ao princípio universal de iniciativa da proposta orçamentária ao Poder Executivo. Assim, o art. 84, XXIII, prevê competir ao Presidente da República, privativamente, enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento. O Presidente da República poderá, ainda, enviar mensagem ao Congresso Nacional para propor modificação nos citados projetos enquanto não iniciada a votação, na Comissão mista, da parte cuja alteração é proposta. Esta iniciativa privativa do Presidente da República caracteriza-se por ser uma *iniciativa legislativa vinculada*, uma vez que deverá ser remetida ao Congresso Nacional no tempo estabelecido pela própria Constituição Federal.

No caso de projeto de lei orçamentária, haverá necessidade de acompanhamento de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia. Além disso, os

orçamentos deverão ser compatibilizados com o plano plurianual, tendo por finalidade a redução das desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional.

A EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016, determinou que a mensagem de encaminhamento do projeto de lei orçamentária, obrigatoriamente, deverá demonstrar os valores máximos de programação compatíveis com os limites individualizados do novo regime no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União.

Apresentado o projeto de lei, caberá a uma comissão mista permanente de Senadores e deputados examinar e emitir parecer sobre os referidos projetos. Além disso, esta comissão deverá examinar e emitir parecer sobre os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos na Constituição e exercer o acompanhamento e a fiscalização orçamentária.

A comissão mista permanente possui também atividade fiscalizatória, pois diante de indícios de despesas não autorizadas, ainda que sob forma de investimentos não programados ou de subsídios não aprovados, poderá solicitar à autoridade governamental responsável que, no prazo de cinco dias, preste os esclarecimentos necessários. Não prestados os esclarecimentos, ou considerados estes insuficientes, a comissão solicitará ao Tribunal pronunciamento conclusivo sobre a matéria, no prazo de 30 dias, que se entender irregular a despesa, devolverá o caso à Comissão, que, se julgar que o gasto possa causar dano irreparável ou grave lesão à economia pública, proporá ao Congresso Nacional sua sustação (CF, art. 72).

As regras gerais de processo legislativo, estudadas anteriormente, terão aplicabilidade subsidiária aos projetos de lei relativos à matéria orçamentária, desde que não contrariem disposições expressas sobre o assunto.

4.7.2 Possibilidade de apresentação de emendas aos projetos de leis orçamentárias

As emendas serão apresentadas na comissão mista, que sobre elas emitirá parecer, e apreciadas, na forma regimental, pelo plenário das duas casas do Congresso Nacional.

As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas presentes três requisitos.

O primeiro exige a compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

Além disso, as emendas deverão indicar os recursos necessários,[222] admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre: dotações para pessoal e seus encargos; serviço da dívida; transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal.

Por fim, o último requisito exige que as emendas apresentadas sejam relacionadas com a correção de erros ou omissões ou com os dispositivos do texto do projeto de lei.

Em relação às emendas destinadas à alteração do projeto de lei de diretrizes orçamentárias, somente poderão ser aprovadas se compatíveis com o plano plurianual.

O projeto de lei referente ao plano plurianual, por sua vez, não poderá sofrer emendas que lhe aumentem as despesas.

4.7.3 Rejeição do projeto de lei de diretrizes orçamentárias e do projeto de lei orçamentária

Não há possibilidade de o Congresso Nacional rejeitar o projeto de lei de diretrizes orçamentárias, uma vez que a Constituição Federal determina em seu art. 57, § 2º, que "*a sessão legislativa não será interrompida sem a aprovação do projeto de lei de diretrizes orçamentárias*".

Diferente é a hipótese de apreciação do projeto de lei orçamentária, em que a interpretação do art. 166, § 8º, da Constituição Federal permite concluir pela possibilidade de rejeição total ou parcial do projeto,[223] afirmando que os recursos que, em decorrência de veto, emenda ou rejeição do projeto de lei orçamentária anual, ficarem sem despesas correspondentes poderão ser utilizados, conforme o caso, mediante créditos especiais ou suplementares, *com prévia e específica autorização legislativa.*

Entendendo não ser possível ao Congresso Nacional rejeitar integralmente o projeto de lei orçamentária, sob pena de paralisação da máquina estatal, Adilson Abreu Dallari salienta que

> "o que é uma rejeição senão a forma mais radical de emendar, suprimindo totalmente a regra inicialmente proposta! Ora, se a constituição restringe o poder de emenda, que somente pode ser exercido dentro de certos limites, evidentemente proíbe, implicitamente, a emenda total, radical, modificadora absoluta do texto inicialmente proposto (...). Em resumo, ao dever imposto pela Constituição ao Chefe do Executivo de elaborar e enviar o projeto da lei orçamentária corresponde o dever imposto ao Legislativo de examiná-lo, alterá-lo (se for o caso) e aprová-lo, sem possibilidade de rejeição total".[224]

Não nos parece que o legislador constituinte quis dar esse alcance ao texto magno, mesmo porque, sem expressa determinação constitucional não há como suprimir-se a independência do poder legislativo ao analisar um projeto de lei, quer aprovando-o, quer rejeitando-o, total ou parcialmente.

Saliente-se, porém, o caráter de excepcionalidade que deve envolver a demora ou a não aprovação do projeto de lei orçamentária, pois consequentemente a Administração Pública ficará sem orçamento para as despesas do ano vindouro. Assim, prevê a Constituição que, ocorrendo essa hipótese, as despesas que não puderem efetivar-se sem prévia autorização legislativa terão que sê-lo, especificadamente, mediante a existência do caso concreto e mediante leis de abertura de créditos especiais.

Por fim, ressalte-se que, apesar do posicionamento doutrinário pela impossibilidade de aprovação de lei orçamentária no mesmo exercício financeiro a que se refere[225] na prática, não raro isso ocorre, sendo a lei orçamentária promulgada e publicada no próprio exercício financeiro a que servirá.

[1] STF – AgR nº 2.950/RJ – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 fev. 2007, p. 16; STF – Pleno – ADI nº 2.564/DF – Rel. Min. Ellen Gracie, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 fev. 2004, p. 21.

[2] STF – Pleno – ADC nº 12/DF – medida cautelar, Rel. Min. Carlos Britto, decisão: 16-2-2006.

[3] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de*... Op. cit. p. 19.

[4] KELSEN, Hans. *General theory of law state*. Londres: Harvard University Press, 1949. p. 130.

[5] STF – Pleno – MS nº 22503-3/DF – Rel. p/Acórdão: Min. Maurício Corrêa, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 jun. 1997, p. 24.872. Sobre a possibilidade de controle difuso da constitucionalidade *do devido processo legislativo,* por meio de mandado de segurança ajuizado por membro do Congresso Nacional, cf.: Capítulo 12 – Itens 9.1.5 e 9.1.6.

[6] Neste sentido: STF – Pleno – Adin nº 822/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; *RTJ* 150/482.

[7] STF – Pleno – Adin nº 1.254-1/RJ – Medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, seção I, 18 ago. 1995, p. 24.894. No mesmo sentido, os seguintes precedentes: Adin nº 822-RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; Adin nº 774, Rel. Min. Celso de Mello; Adin nº 582-SP, Rel. Min. Néri da Silveira (*RTJ* 138/76); Adin nº 152/MG, Rel. Min. Ilmar Galvão (*RTJ* 141/355); Adin nº 645-DF, Rel. Min. Ilmar Galvão (*RTJ* 140/457).

[8] Nesse sentido: STF – Pleno – RE 212.596/SP – Rel. Min. Cezar Peluso, decisão: 27-9-2006 – *Informativo STF* nº 442, p. 1. No regime constitucional anterior: CF/67-69: art. 51 – O Presidente da República poderá enviar ao Congresso Nacional projetos de lei sobre qualquer matéria, os quais, se o solicitar, serão apreciados dentro de quarenta e cinco dias, a contar do seu recebimento na Câmara dos Deputados, e de igual prazo no Senado Federal. § 1º A solicitação do prazo mencionado neste artigo poderá ser feita depois da remessa do projeto e em qualquer fase de seu andamento. § 2º Se o Presidente da República julgar urgente o projeto, poderá solicitar que a sua apreciação seja feita em sessão conjunta do Congresso Nacional, dentro do prazo de quarenta dias. § 3º *Na falta de deliberação dentro dos prazos estabelecidos neste artigo e no parágrafo anterior, cada projeto será incluído automaticamente na ordem do dia, em regime de urgência, nas dez sessões subsequentes em dias sucessivos;*

se, ao final dessas, não for apreciado, considerar-se-á definitivamente aprovado. Igualmente, o art. 55 da constituição anterior, referindo-se ao processo legislativo do antigo Decreto-lei, remetia-o ao § 3º, do art. 51.

[9] FERRAZ, Anna Cândida Cunha; ALMEIDA, Fernanda Menezes de. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, jun. 1995, p. 45 ss.

[10] Por exemplo: Apesar de inexistir sob a vigência da Constituição de 1988 a espécie normativa Decreto-lei, o Código Penal continua em vigor, uma vez que foi material e formalmente recepcionado, sob a nova roupagem de lei ordinária. Outro exemplo é lembrado por Michel Temer: "O Dec. 24.643, de 1934, é o Código de Águas. Foi produzido ao tempo em que os decretos do Poder Executivo tinham força de lei. Foi recebido por todas as ordens constitucionais posteriores. Hoje a disciplina dessa matéria é fornecida pela lei; daí sua natureza legal" (*Elementos*... Op. cit. p. 39).

[11] STF – RExtr. nº 384.327-3/DF – Rel. Min. Nelson Jobim, *Diário da Justiça*, Seção I, 3 set. 2003, p. 61. STF – Medida cautelar em Ação Cautelar nº 586-8/SP – Rel. Min. Nelson Jobim, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 fev. 2005, p. 35.

[12] Rousseau critica esta autonomia, afirmando que "a soberania não pode ser representada pela mesma razão por que não pode ser alienada; consiste ela essencialmente na vontade geral, e a vontade geral não se representa: ou é ela mesma ou diferente; não há meio-termo. Os deputados do povo não são nem podem ser seus representantes, eles são unicamente seus comissários; nada podem decidir em definitivo. Toda lei que o povo não tenha pessoalmente ratificado é nula; não é uma lei" (*Contrato social*, Op. cit. v. 3, cap. XV).

[13] Não se adota modernamente a teoria do mandato imperativo, pelo qual os representados elegiam seus representantes no Parlamento, determinando-lhes, rigidamente, as atribuições que podiam exercer.

[14] Poderíamos, ainda, complementando esta classificação tradicional, considerar como hipóteses de processos legislativos especiais aqueles previstos para as Leis Orgânicas dos Municípios (CF, art. 29) e Lei Orgânica do Distrito Federal (CF, art. 32).

[15] O STF declarou constitucional a tramitação de projeto de lei por meio de sistema de deliberação remota instituído em razão da pandemia do novo coronavírus (STF – Pleno – ADI 6442/DF, ADI 6447/DF, ADI 6450/DF, ADI 6525/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento virtual finalizado em 13-3-2021).

[16] STF – Pleno – ADI 4223, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 13-3-2020.

[17] Conferir novas redações dos arts. 48, XV, e 96, II, *b*, dadas pela EC nº 41/03. Foi revogada a previsão de fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, por lei de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal, que havia sido criada pela EC nº 19/98, porém jamais utilizada.

[18] CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas...* Op. cit. p. 39.

[19] STF – Pleno – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.051-4/SC, Rel. Min. Maurício Corrêa, v.u., no *Diário da Justiça*, 13 out. 1995, p. 34.249.

[20] No caso concreto, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou inconstitucional o art. 58, *caput* e seu § 1º, da Constituição do Estado de Pernambuco, que determinou o aumento do número de desembargadores sem proposta do Tribunal de Justiça (STF – Pleno – Adin nº 274-1/PE, Rel. Min. Octavio Gallotti, v.m., *Diário da Justiça*, seção 1, 5 maio 1995, p. 11.903). EMENTA: Tribunal de Justiça. Composição. Aumento de desembargadores pela Assembleia Constituinte Estadual independente de iniciativa do Judiciário. Inconstitucionalidade.

[21] A EC nº 32, de 11 de setembro de 2001, alterou parcialmente a redação do art. 61, em sua alínea *e*, do inciso II, § 1º. Conferir: STF – Pleno – ADI 2807, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 3-3-2020.

[22] Neste sentido: STF – Pleno – Adin nº 1.1961-1/RO – medida liminar – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 24 mar. 1995, p. 6.804 e STF – Pleno – Adin nº 1.197-9/RO – medida liminar – Rel. Min. Carlos Velloso.

[23] STF – ADI 3176/AP – Rel. Min. Cezar Peluso, decisão: 30-6-2011.

[24] STF – Pleno – Adin nº 864-1/RS – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 13 set. 1996, p. 33.231; STF – Pleno – Adin nº 248-I/RJ – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, 8 abr. 1994.

[25] STF – Pleno – MS nº 22.185-2/RO – medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção 1, 4 abr. 1995, p. 8.272.

[26] Nesse sentido, conferir, em relação ao Estado de Santa Catarina: STF – "Competência exclusiva do Poder Executivo iniciar o processo legislativo das matérias pertinentes ao Plano Plurianual, às Diretrizes Orçamentárias e aos Orçamentos Anuais" (STF – Pleno – ADIn nº 1.759-1/SC – Rel. Min. Néri da Silveira – *Diário da Justiça*, Seção I, 6 abr. 2001, p. 66). No mesmo sentido: STF – "Considerando que não há reserva de iniciativa do chefe do Poder Executivo para

a propositura de leis referentes à matéria tributária, o Tribunal indeferiu pedido de medida cautelar em ação direta ajuizada pelo Governador do Estado do Espírito Santo contra a Lei 6.486/2000, do mesmo Estado, que, alterando o art. 3º da Lei 3.829/85, reduziu o valor da alíquota do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores – IPVA. À primeira vista, o Tribunal entendeu não haver relevância jurídica na tese de inconstitucionalidade em que se alegava ofensa ao art. 61, § 1º, II, *b*, da CF – que confere ao Presidente da República a iniciativa privativa das leis que disponham sobre 'organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios'; – dado que tal dispositivo refere-se exclusivamente aos territórios federais. Precedentes citados: ADinMC 2.304-RS (*DJU* de 15-12-2000); ADinMC 352-DF (*DJU* de 8-3-1991)" (STF – Pleno – ADinMC nº 2.392/ES – Rel. Min. Moreira Alves, 28-3-2001 – *Informativo STF* nº 222, 26 a 30 mar. 2001, p. 1).

[27] Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal: "Processo legislativo: matéria tributária: inexistência de reserva de iniciativa do Executivo, sendo impertinente a invocação do art. 61, § 1º, II, *b*, da Constituição, que diz respeito exclusivamente aos Territórios Federais" (STF – Pleno – ADin nº 2.304-7/RS – Medida Liminar – Rel. Min. Sepúlveda Pertence. *Diário da Justiça*, Seção I, 15 dez. 2000, p. 61).

[28] STF – Pleno – ADin nº 724-6/RS – medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 27 abr. 2001, p. 56-57.

[29] STF – Pleno – ADI 5002, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 18-8-2020.

[30] STF – Pleno – ADI 2583/RS e ADI 2813/RS – Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão: 1º-8-2011; STF – 1ª T. – Rextr. nº 140542-2/RJ – Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, Seção I, 25 out. 1996, p. 41.038; *RTJ* 157/465.

[31] STF – Pleno – ADI nº 3926/SC – Rel. Min. Marco Aurélio – 5-8-2015 (ADI-3926).

[32] "É formalmente inconstitucional norma resultante de emenda parlamentar que estende a outras categorias de servidores públicos vantagens remuneratórias que o projeto de lei encaminhado pelo Executivo concedia, de forma restrita, a determinado segmento do funcionalismo. Ofensa aos arts. 61, § 1º, I, *a* e *c*, e 63, I, da CF. Adin 816-SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, 22-8-96." – *Informativo STF*, Brasília, 19 a 23 ago. 1996.

[33] STF – Pleno – Adin nº 873/RS – Medida Cautelar – Rel. Min. Paulo Brossard; *RTJ* 148/701.

[34] STF, Pleno, ADI 3.114, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 24-8-2005, *DJ* de 7-4-2006. Conferir, ainda: STF, Pleno, ADI 2.583, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 1º-8-2011, *DJE* de 26-8-2011.

[35] Súmula 5: "A sanção do projeto supre a falta de iniciativa do Poder Executivo".

[36] *RTJ* 69/629 – EMENTA: "A sanção não supre a falta de iniciativa *ex vi* do disposto no art. 57, parágrafo único, da Constituição, que alterou o direito anterior." No mesmo sentido: *RTJ* 157/460.

[37] Neste sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF – Pleno – Adin nº 1.201-1/RO – medida liminar – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção 1, 9 jun. 1995, p. 17.227).

[38] CAETANO, Marcelo. *Direito...* Op. cit. v. 2, p. 34; MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e pareceres...* Op. cit. v. 8. p. 22-36.

[39] Não há reserva de iniciativa para a deflagração do processo legislativo sobre aposentadoria compulsória por idade dos membros do Ministério Público (§ 4º do art. 129 e do inc. VI do art. 93 da Constituição da República) (STF, ADI 5490, Pleno, Rel. Min. Carmen Lúcia, Sessão Virtual de 8 a 19-11-2019).

[40] *RTJ* 147/126.

[41] STF – Pleno – ADI 5281/RO, ADI 5324/RO, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento virtual finalizado em 11-5-2021.

[42] STF – Pleno – ADI 5351/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento virtual finalizado em 18-6-2021.

[43] Voto do Rel. Min. Sepúlveda Pertence no MS 21.239; *RTJ* 147/126.

[44] STF – Pleno – ADI 5351/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento virtual finalizado em 18-6-2021.

[45] Pleno, ADI 825/AP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 25-10-2018.

[46] Nesse sentido: *RTJ* 150/374; 157/460; 163/530, STF – Pleno – Adin nº 1.396/SC – Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 8 jun. 1998 – *Informativo STF* nº 114, jun. 1998. Observe se que, apesar desses precedentes referirem se à antiga redação do inciso XI, do art. 37, da CF, parece nos totalmente aplicável na situação atual.

[47] Decisão administrativa do Supremo Tribunal Federal, comunicada pela Presidência à Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo e divulgada pela Associação Paulista do Ministério Público em jun. 1998. Para conferir a íntegra da decisão, ver Capítulo 9, item 3.1.

[48] O art. 32 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados estabelece as Comissões Permanentes e respectivos campos temáticos ou áreas de atividade, sendo elas: Comissão de Agricultura e Política Rural, Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias, Comissão de Defesa Nacional, Comissão de Economia, Indústria e Comércio, Comissão de Educação, Cultura e Desporto, Comissão de Finanças e Tributação, Comissão de Minas e Energia, Comissão de Relações Exteriores, Comissão de Seguridade Social e Família, Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público e Comissão de Viação e Transporte, Desenvolvimento Urbano e Interior. Por sua vez, o art. 72, do Regimento Interno do Senado Federal, estabelece as seguintes comissões permanentes: Comissão de Assuntos Econômicos, Comissão de Assuntos Sociais, Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, Comissão de Educação, Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional e Comissão de Serviços de Infraestrutura.

[49] Art. 32, III, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados e art. 101 do Regimento Interno do Senado Federal.

[50] "Temos dois gêneros de votação: o ostensivo, subdividido em simbólico e nominal; e o secreto. O simbólico realiza-se, geralmente, conservando-se sentados os parlamentares favoráveis ao projeto, e levantando-se os contrários. Na votação nominal, os congressistas respondem *sim* ou *não* ao projeto, à medida que são chamados. A votação secreta verifica-se por meio de cédulas, que são lançadas em urna colocada em cabine indevassável. No Senado, também se pode votar secretamente por meio elétrico, e, nas comissões, com esferas" (SAMPAIO, Nelson de Souza. *O processo legislativo*. Op. cit. p. 121).

[51] Assim, por exemplo, se estiverem presentes os 513 deputados federais, teremos *quorum* para instalação da sessão, e para a aprovação do projeto de lei ordinária haverá necessidade da maioria dos presentes, ou seja, 257 deputados. Porém, se estiverem presentes 300 deputados federais, igualmente teremos *quorum* para instalação da sessão, porém a aprovação do projeto de lei ordinária dar-se-ia com 151 votos.

[52] No entendimento do STF, quando a "alteração não importou em mudança substancial do sentido do texto", não há necessidade de retorno à Casa Inicial (STF – Pleno – Adin nº 2.666-6/DF – Rel. Min. Ellen Gracie, *Diário da Justiça*, Seção 1, 6 dez. 2002, p. 51; STF – Pleno – Adin nº 2.238-5 – Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, Seção I, 21 maio 2002, p. 65).

[53] Arts. 285, 286 e 287 do Regimento Interno do Senado Federal. Conferir, nesse sentido: STF – Pleno – medida cautelar – Adin nº 2.182-6/DF – Rel. Min. Maurício Corrêa, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 mar. 2004, p. 16.

[54] Conferir, a respeito: STF – Pleno – ADI 2.182/DF – Rel. p/Acórdão Min. Carmem Lúcia, *DJe*, 9-9-2010.

[55] RTJ 182/3; RTJ 188/1; STF – Pleno – medida cautelar – Adin nº 3.472/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence – *Informativo STF* nº 392, p. 3.

[56] STF – Adin nº 1393-9/DF – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 out. 1996, p. 38.138.

[57] O Ministro Celso de Mello Filho salienta que se constarem no autógrafo normas, que, no processo de elaboração legislativa, haviam sido formalmente excluídas, mediante emenda supressiva, do texto do projeto apreciado pelo Congresso Nacional, "haverá transgressão à disciplina constitucional do processo de formação das leis, pois o Presidente da República não pode sancionar texto de projeto de lei cujo autógrafo contenha, indevidamente, cláusulas que foram expressamente suprimidas pelo Congresso Nacional, na fase da deliberação parlamentar", sob pena de inconstitucionalidade (STF – Adin nº 1393-9/DF – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 out. 1996, p. 38.138).

[58] Conferir em relação à possibilidade de emendas parlamentares: STF, Pleno, ADI 3.114, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 24-8-2005, *DJ* de 7-4-2006; STF, Pleno, ADI 2.583, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 1º-8-2011, *DJE* de 26-8-2011.

[59] STF – Pleno – ADI nº 973-7/AP – medida cautelar – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 dez. 2006, p. 34.

[60] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 205.

[61] O regime de urgência constitucional não exclui o pedido de urgência para apreciação de determinado projeto de lei no âmbito de cada uma das Casas Legislativas, porém essa disciplina é regimental. O Regimento Interno do Senado Federal prevê a possibilidade de urgência no art. 336, enquanto o Regimento Interno da Câmara dos Deputados disciplina o assunto no art. 152.

[62] STF – Adin nº 1393-9/DF – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 out. 1996, p. 38.138.

[63] CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Técnica legislativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 92.

[64] STF – Pleno – ADPF 714, 715 e 718 MC-Ref, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 31-8-2020. A medida cautelar foi confirmada no julgamento de mérito ocorrido em sessão virtual finalizada em 13-2-2021.

[65] Apesar das diferenças existentes entre o parlamentarismo português e o presidencialismo brasileiro, também lá o Presidente da República tem a importante função de vetar os projetos de lei. Como salientam Canotilho e Moreira, "assume naturalmente importância decisiva o veto dos diplomas da Assembleia da República e do Governo (CRP, art. 139), que é um acto livre do Presidente da República, tanto mais que, em muitos casos, a superação parlamentar do veto requer uma maioria exigente, ao passo que o Governo não tem nenhum meio de o ultrapassar" (*Os poderes do presidente*... Op. cit. p. 53).

[66] RODRIGUES, Ernesto. *O veto no direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 160.

[67] No direito brasileiro: Pinto Ferreira, Alcino Pinto Falcão. No direito comparado: Georges Burdeau (*Droit constitutionnel et institutions politiques*. 7. ed. Paris: Librarie Générale de Droit et de Jurisprudence, p. 230); Joseph Barthélemy (*Le rôle du pouvoir exécutif dans les républiques modernes*. Paris: Giard et Brière, 1906, p. 157), Manuel Garcia Pelayo (*Derecho constitucional comparado*. 3. ed. Madri: Revista do Ocidente, 1953, p. 184).

[68] No direito brasileiro: Oswaldo Trigueiro (*Os poderes do presidente da república:* estudos sobre a constituição brasileira. Rio de Janeiro: FGV, s. d. p. 79); Manoel Gonçalves Ferreira Filho. No direito comparado: Antonio Amorth (*Corso di diritto constituzionale comparato.* Milão: Antonino Giuffrè, 1947. p. 67); Henry Campbell Black (*The relation of the executive power to legislation.* USA: Princeton University Press, 1919. p. 101). Nesse sentido, conferir: STF – medida cautelar – Mandado de Segurança nº 24.675-8/DF – Rel. Min. Cezar Peluzo, *Diário da Justiça*, Seção I, 18 mar. 2004, p. 11.

[69] Assim se manifestam Pontes de Miranda e Bernard Schwartz (*Direito constitucional americano.* Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 129-131).

[70] STF, Pleno, ADPF 893/DF, Red. p/Acórdão Min. Roberto Barroso, SV de 10 a 20 de junho de 2022.

[71] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Processo...* Op. cit. p. 217.

[72] STF – Pleno – ADPF 714, 715 e 718 MC-Ref, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 31-8-2020.

[73] STF – Pleno – RE 706103 – Tema 595, Rel. Min. Luiz Fux, j. 27-4-2020.

[74] EC nº 76, de 28 de novembro de 2013.

[75] Neste sentido: STF – Pleno – Adin nº 1.254-1/RJ – medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 18 ago. 1995, p. 24.894.

[76] Conferir EC nº 32/01, que deu nova redação ao § 6º, do art. 66.

[77] STF, Pleno, MS 31816 AgR-MC/DF, rel. orig. Min. Luiz Fux, red. p/ o acórdão Min. Teori Zavascki, 27-2-2013.

[78] MELLO FILHO, José Celso. *Constituição...* Op. cit. p. 227.

[79] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Processo...* Op. cit. p. 241.

[80] Esta opinião é compartilhada por José Afonso da Silva, Michel Temer, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Pontes de Miranda, entre outros ilustres constitucionalistas. **Em posição contrária**, entendendo que a promulgação incide sobre o projeto de lei, transformando-o em lei, podemos citar, dentre outros preclaros juristas Nelson de Souza Sampaio, para quem a promulgação é o ato que transforma o projeto em lei, sendo ato essencial para o nascimento da lei.

[81] Lei Complementar nº 95, de 26-2-1998, que dispõe sobre o assunto.

[82] SAMPAIO, Nelson de Souza. Op. cit. p. 101.

[83] DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 141.

[84] *RTJ* 136/25.

[85] Neste sentido, voto do Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal: “Atos de revisão constitucional – tanto quanto as emendas à Constituição – podem, assim, também incidir no vício de inconstitucionalidade, configurando este *pela inobservância de limitações jurídicas superiormente estabelecidas no texto da Carta Política* por deliberação do órgão exercente das funções constituintes primárias ou originárias (BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Coimbra: Atlântica, 1977. p. 52-54; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, t. 2, item 2, 1988. p. 287-294; DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 97; CANOTILHO, J. J. Gomes Canotilho. *Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1987. p. 756-758; SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 58-60, entre outros) in *RTJ* 153/786.

[86] STF – Pleno – Adin nº 829-3/DF – Rel. Min. Moreira Alves – decisão 14-4-93. A citada ação direta de inconstitucionalidade referia-se à Emenda Constitucional nº 2, de 25-8-1992; STF – Pleno – Adin nº 939-7/DF – Rel. Min. Sydney Sanches, *Ementário STF* nº 1730-10 (medida cautelar in *RTJ* 150/68), referente à Emenda

Constitucional nº 3, de 17-3-1993; STF – Pleno Adin nº 1.805/DF – medida cautelar – Rel. Min. Néri da Silveira, 26-3-98 – *Informativo STF* nº 104, capa, referente à Emenda Constitucional nº 16, de 4-6-1997. STF – Pleno – Adin nº 1.946/DF – medida cautelar – Rel. Min. Sydney Sanches, 7-4-99 – *Informativo STF* nº 144, referente à Emenda Constitucional nº 20, de 15-12-98 (Reforma Previdenciária).

[87] STF – RE 587.008, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 2-2-2011, Plenário, *DJE* de 6-5-2011, com repercussão geral.

[88] STF – "Mandado de segurança contra ato da Mesa do Congresso que admitiu a deliberação de proposta de emenda constitucional que a impetração alega ser tendente à abolição da república (Obs.: na vigência da Constituição anterior, a matéria 'república' também era cláusula pétrea). Cabimento do mandado de segurança em hipóteses em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando sua apresentação (como é o caso previsto no parágrafo único do artigo 57) ou a sua deliberação (como na espécie). Nesses casos, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer – em face da gravidade das deliberações, se consumadas – que sequer se chegue à deliberação proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, se ocorrente, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente a Constituição" (*RTJ* 99/1031) – Conferir a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade, via mandado de segurança ajuizado por parlamentar, durante o processo legislativo, Capítulo 12, itens 9.1.5 e 9.1.6.

[89] STF – Pleno – ADI 5935, Rel. Min. Edson Fachin, j. 22-5-2020.

[90] STF – Pleno – Adin nº 939-7/DF – Rel. Min. Sydney Sanches – medida cautelar – *RTJ* 150/68-69.

[91] Trecho do voto do Min. Celso de Mello, Serviço de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *ementário* nº 1730-10/STF.

[92] Trecho do voto, no já citado *ementário* nº 1730-10.

[93] Trecho do voto, no já citado *ementário* nº 1730-10: "Tivemos, Senhor Presidente, o estabelecimento de direitos e garantias de uma forma geral. Refiro-me àqueles previstos no rol, que não é exaustivo, do art. 5º da Carta, os que estão contidos, sob a nomenclatura direitos sociais", no art. 7º e, também, em outros dispositivos da Lei Básica Federal, isto sem considerar a regra do § 2º, do art. 5º, segundo o qual "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não

excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados...” Houve o agasalho, portanto, de direitos e garantias explícitos e de direitos e garantias implícitos. **Na doutrina, no mesmo sentido:** DANTAS, Ivo. *Constituição...* Op. cit. p. 308.

94 MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de...* Op. cit. p. 95.

95 STF, Pleno, ADI 6453/RO, Rel. Min. Rosa Weber, 11-2-2022.

96 Sobre o alcance dessa limitação conferir importantíssima decisão do Supremo Tribunal Federal: Pleno – MS nº 22.503-3, Rel. para Acórdão Min. Maurício Corrêa, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 jun. 1997, p. 24.872. Nesse julgado o STF reafirmou a existência do direito público subjetivo de não serem os congressistas obrigados a votar proposta de emenda constitucional que tiver violado esse preceito constitucional (cf. Capítulo 12 – itens 9.1.5 e 9.1.6).

97 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...* Op. cit. p. 1.135.

98 Idem. p. 528.

99 Idem. p. 192-195, 208-209.

100 SAMPAIO, Nelson de Souza. *O poder de reforma constitucional moderno*. 2. ed. Salvador: Imprensa Oficial, 1961. p. 40, 80, 88.

101 O STF declarou constitucional a tramitação de projeto de lei por meio de sistema de deliberação remota instituído em razão da pandemia do novo coronavírus (STF – Pleno – ADI 6442/DF, ADI 6447/DF, ADI 6450/DF, ADI 6525/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento virtual finalizado em 13-3-2021).

102 REALE, Miguel. *Parlamentarismo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1962. p. 110.

103 STF, Pleno, ADI 5003/SC, rel. Min. Luiz Fux, j. 5-12-2019; STF – 2ª T. – RE nº 510.348-0/GO – Rel. Min. Cezar Peluso, *Diário da Justiça*, Seção I, 11 dez. 2006, p. 60.

104 Dagoberto Liberato Cantizano discorda desse posicionamento e afirma que: “Da análise de nosso Sistema Constitucional se pode concluir, como fizeram diversos mestres de renome, que são tidas como *leis complementares* aquelas a que a Constituição fez menção expressa, como também admitir, como o fazemos, que aquela enumeração não é exaustiva, pois nenhum dispositivo expresso (como o da Constituição francesa) existe que impeça a elaboração de outras *leis complementares,* desde que elas tenham assento em preceito não autoaplicável (ou não autoexecutável) da Constituição Brasileira e venham a ser aprovadas pela

maioria absoluta indicada em seu art. 50 (atual art. 69).” (In: *O processo legislativo nas constituições brasileiras e no direito comparado.* Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 227.)

[105] “A lei ordinária que dispõe a respeito de matéria reservada à lei complementar usurpa competência fixada na Constituição Federal, incidindo no vício de inconstitucionalidade” (STJ – 2ª T. – Resp. nº 92.508/DF – Rel. Min. Ari Pargendler, *Diário da Justiça*, Seção I, 25 ago. 1997, p. 39.337). Por outro lado, não é inconstitucional a edição de lei formalmente complementar em assunto materialmente de lei ordinária (*RTJ* 156/721, Rel. Min. Moreira Alves; STF – Pleno – AI nº 457.926-6/MG – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 set. 2006, p. 38).

[106] Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Haroldo Valadão, Pontes de Miranda, Wilson Accioli, Nelson Sampaio, Geraldo Ataliba, entre outros ilustres juristas.

[107] Celso Bastos, Michel Temer, igualmente, entre outros ilustres juristas. Afirmando a inexistência de vínculo hierárquico entre lei complementar e lei ordinária: STF – 2ª T. – RE nº 488.033-4/RS – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 out. 2006, p. 103.

[108] Em face da Constituição de 1988, que não previu a existência de decreto-lei como espécie normativa, a argumentação terá validade para as medidas provisórias.

[109] Hoje substituído pela medida provisória.

[110] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo...* Op. cit. p. 236-237.

[111] No sentido desse argumento: STF – Pleno – AI nº 457.926-6/MG – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 set. 2006, p. 38. No mesmo sentido, decidiu o STF, afirmando “a inexistência de vínculo hierárquico-normativo entre a lei complementar e a lei ordinária”, pois “espécies legislativas que possuem campos de atuação materialmente distintos” (STF – 2ª T. – RE 587.648 ED/RS – RIO GRANDE DO SUL – Rel. Min. Celso de Mello, *DJe*, 16-12-2010).

[112] Nesse sentido, posicionou-se o Supremo Tribunal Federal: Pleno – Adin nº 1570/DF – Rel. Min. Maurício Corrêa, decisão: 12-2-2004, *Informativo STF* nº 336. Celso Bastos, apesar de posicionar-se pela ausência de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, expõe que “... o que vier disposto em lei complementar legítima não pode ser infringido pelas leis ordinárias. Trata-se, portanto, de um caso manifesto de reserva de matérias. As leis complementares tornam-se as únicas aptas a versar certas matérias. Daí por que qualquer

contrariedade que venham a encontrar por parte das demais leis tem por causa, muito certamente, o estarem estas leis indevidamente invadindo o campo material próprio das leis complementares" (*Curso de direito financeiro e de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 166). A discussão sobre a possibilidade de lei ordinária alterar lei complementar considerada materialmente ordinária está sendo discutida no Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF – 2ª T. – RE nº 487.201-3/ES – Rel. Min. Eros Grau, *Diário da Justiça*, Seção I, 11 set. 2006, p. 94). Conferir, ainda, sobre essa questão: STF – Pleno – RE nº 487.725-2/SP – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 14 set. 2006, p. 97.

[113] RAMOS, Saulo. Medida Provisória. *A nova ordem constitucional*: aspectos polêmicos. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 530.

[114] STF – Pleno – Repercussão Geral – RE nº 592377/RS – Rel. orig. Min. Marco Aurélio – Red. p/ o acórdão Min. Teori Zavascki – 4-2-2015 (RE-592377).

[115] O STF declarou constitucional o Ato Conjunto das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal n. 1/2020, que regulamentou o procedimento das medidas provisórias pelo Sistema de Deliberação Remota (SRF) instituído em razão da pandemia do novo coronavírus (STF – Pleno – ADI 6751/DF, ADPF 661/DF, ADPF 663/DF, rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamentos virtuais finalizados em 3-9-2021).

[116] A disciplina anterior do processo legislativo das medidas provisórias estava regulamentada nas Resoluções nºs 1 e 2/89 do Congresso Nacional.

[117] Art. 18, parágrafo único, da Resolução nº 1/02 do Congresso Nacional.

[118] STF – Pleno – ADI 4029/DF – Rel. Min. Luiz Fux, 7 e 8-3-2012.

[119] STF – Pleno – ADI 4029/DF – Rel. Min. Luiz Fux, 7 e 8-3-2012.

[120] STF – Pleno – ADI 4029/DF – Rel. Min. Luiz Fux, 7 e 8-3-2012.

[121] STF – ADI nº 3.146/DF – Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão: 19-12-2006 – *Informativo STF* nº 453, p. 3.

[122] Cf. STF – Pleno – Adin nº 3.146/DF – Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão: 11-5-2006.

[123] Med. Caut. em Mandado de Segurança 27.931-1/DF, decisão: 27-3-2009.

[124] STF – Pleno – MS 27931/DF – Rel. Min. Celso de Mello – julgamento: 29-6-2017.

[125] Nesse sentido, o § 2º do art. 10 da Res. 01/02 do Congresso Nacional – A prorrogação do prazo de vigência de Medida Provisória não restaura os prazos da Casa do Congresso Nacional que estiver em atraso.

[126] STF – Pleno – ADI nº 5127/DF – Rel. orig. Min. Rosa Weber – Red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin – 15-10-2015 (ADI-5127).

[127] STF – Pleno – ADI 6928/DF, Rel. Min Cármen Lúcia, julgamento virtual finalizado em 22-11-2021.

[128] STF – Pleno – ADI 5012/DF – Rel. Min. Rosa Weber – julgamento: 16-3-2017.

[129] Da mesma forma, a Constituição Italiana prevê a perda da eficácia com efeitos retroativos, se não houver conversão em sessenta dias da data de sua publicação (art. 77).

[130] STF, ADI 5709, 5716, 5717, 5726/DF, Pleno, rel. Min. Rosa Weber, j. 27.3.19; STF, ADIs 6062, 6172, 6173, 6174/DF, Pleno, rel. Min. Roberto Barroso, j. 1-8-19.

[131] STF – Pleno – Adin nº 293-7/600-DF – Medida Liminar, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

[132] STF – Pleno – Adin nº 295-3/DF – Medida Liminar, j. 22-6-90 – Rel. Min. Paulo Brossard.

[133] STF – Pleno – Adin nº 293/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, seção I, 16 abr. 1993, p. 6.429.

[134] FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Interpretação e estudos...* Op. cit. p. 93-94.

[135] STF – Pleno – ADI 3964/DF – medida cautelar – Rel. Min. Carlos Britto, decisão: 12-12-2007. *Informativo STF* nº 492.

[136] STF – Pleno – Adin nº 365-8/600-DF – medida liminar, Rel. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, 1º out. 1990. No mesmo sentido: STF – Pleno – Adin nº 295-DF, Rel. Min. Paulo Brossard.

[137] Sobre a inconstitucionalidade de previsão de aprovação legislativa por *decurso de prazo*, conferir: STF – Pleno – RE nº 212.596/SP – Rel. Min. Cezar Peluso, decisão: 27-9-2006, *Informativo STF* nº 442.

[138] O entendimento anterior à edição da Emenda Constitucional nº 32/01 permitia que houvesse sucessivas reedições de medidas provisórias rejeitadas tacitamente. Conferir, na doutrina: HORTA, Raul Machado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, nº 107, p. 13. Na jurisprudência: STF – Pleno – Adin nº 1.250-9/DF – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 set. 1995, p. 28.252; STF – Pleno – Adin nº 293-7/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence; STF – Pleno – Adin nº 295-3 – Rel. Min. Carlos Velloso. Observe-se que o ex-Ministro Paulo Brossard foi mais contundente, ao concluir, categoricamente, que “a medida provisória não convertida em lei, seja por desaprovação formal,

seja por não apreciação no prazo de 30 dias não pode ser reeditada" (cf. Adin 295-3-DF, Pleno, em 22-6-90). No mesmo sentido, Hugo de Brito Machado, para quem, "terminado o prazo de trinta dias sem que seja apreciada pelo Congresso Nacional a medida provisória, não pode o Presidente da República editar outra com o mesmo teor. Se o fizer, estará violando duplamente a Constituição" (*Os princípios jurídicos da tributação na constituição de 1988.* São Paulo: Atlas, 1990. p. 31). Conferir, ainda, Súmula STF 651: "A medida provisória não apreciada pelo Congresso Nacional podia, até a EC 32/98, ser reeditada dentro do seu prazo de eficácia de trinta dias, mantidos os efeitos de lei desde a primeira edição."

139 STF – Adin nº 1.315-7/DF – medida liminar – Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, 22 set. 1995, p. 30.590, onde o Tribunal, por decisão unânime, referendou a decisão do Presidente-Ministro Sepúlveda Pertence. No mesmo sentido: *RTJ* 157/856. Conferir ainda: STF – Pleno – ADI nº 2984 – medida cautelar – Rel. Min. Ellen Gracie, *Diário da Justiça*, Seção I, 14 maio 2004.

140 Cf. a respeito *RTJ* 151/331.

141 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. As medidas provisórias com força de lei. *Repertório IOB de Jurisprudência*. 1ª quinzena de março de 1989, nº 05/89. p. 88 ss. Conferir: STF – Pleno – ADI nº 1.665 – medida cautelar – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 8 maio 1998.

142 STF – Pleno – Adin nº 293/DF – *Diário da Justiça*, Seção I, 18 jun. 1993, p. 12.109.

143 Res. 1/89 do Congresso Nacional. Este posicionamento é condenado por parte da doutrina, para quem o Congresso Nacional deve cumprir sua obrigação por meio de lei ordinária, inclusive, para permitir a sua apreciação pelo Chefe do Poder Executivo (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *As medidas provisórias e a CF de 1988.* Curitiba: Juruá, 1991. p. 72. SILVA, José Afonso, *Curso...* Op. cit. p. 465).

144 Conferir a respeito: STF – Pleno – ADPF nº 84 AgR/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 31-5-2006. *Informativo STF* nº 429.

145 Em relação à possibilidade de controle jurisdicional da transformação dos efeitos da rejeição de medida provisória de *ex tunc* para *ex nunc*, em virtude da inércia do Congresso Nacional, conferir: STF – Pleno – ADPF nº 84 AgR/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 31-5-2006 – *Informativo STF* nº 429, Seção I, p. 1.

146 STF – 2ª T. – RExtr. nº 177.375-8, Rel. Min. Marco Aurélio, v.u., *Diário da Justiça*, seção I, 2 mar. 1995, p. 4.031.

[147] STF – Pleno – Adin nº 295-3/DF – medida liminar, j. 22-6-90 – Rel. Min. Paulo Brossard.

[148] CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa...* Op. cit. p. 182.

[149] *RTJ* 44/54; 62/819 e *RDA* 125/89.

[150] STF – Pleno – ADI nº 4.049 MC/DF – Rel. Min. Carlos Britto, decisão: 5-11-2008. No mesmo sentido: "Os conceitos de relevância e de urgência a que se refere o art. 62 da Constituição, como pressupostos para a edição de Medidas Provisórias, decorrem, em princípio, do Juízo discricionário de oportunidade e de valor do Presidente da República, mas admitem o controle judiciário quanto ao excesso do poder de legislar, o que, no caso, não se evidencia de pronto" (STF – Pleno – Adin nº 162-1/DF – medida liminar – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 set. 1997, capa). Conferir, ainda, nesse sentido: "A jurisprudência do STF, tem considerado da competência da Presidência da República e do Congresso Nacional a avaliação subjetiva da urgência da Medida Provisória. É de se exceptuar, apenas, a hipótese em que a falta de urgência possa ser constatada objetivamente. E, no caso, não há evidência objetiva da falta de urgência, sendo a relevância da Medida Provisória incontestável" (STF – Pleno – Adin nº 1.516-8 – medida liminar – Rel. Min. Sydney Sanches, *Diário da Justiça*, Seção I, 13 ago. 1999, p. 3).

[151] STF – Pleno – ADPF 84, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 15-5-2020; STF – Pleno – ADI 4101, Rel. Min. Luiz Fux, j. 16-6-2020; STF – Pleno – ADI 6096, Rel. Min. Edson Fachin, j. 13-10-2020; STF – Pleno – ADI 2736/DF – Rel. Min. Cezar Peluso, 8-9-2010. STF – Pleno – ADI 4029/DF – Rel. Min. Luiz Fux, 7 e 8-3-2012.

[152] STF – Pleno – Repercussão Geral – RE nº 592377/RS – Rel. orig. Min. Marco Aurélio – Red. p/ o acórdão Min. Teori Zavascki – 4-2-2015 (RE-592377).

[153] STF – Adin nº 1.753 1/DF – medida liminar – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 12 jun. 1998, p. 51: Trata se do art. 4º da MP nº 1.632 1, de 9 4 98, que ampliou o prazo de decadência de dois para cinco anos, quando proposta a ação rescisória pela União, os Estados, o DF ou os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas (art. 4º) e criou, em favor das mesmas entidades públicas, de uma nova hipótese de rescindibilidade das sentenças – indenizações expropriatórias ou similares flagrantemente superior ao preço de mercado (art. 4º, parágrafo único).

[154] STF – Pleno – Adin nº 1.849 0/DF – medida liminar – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 4 ago. 1998. Cf. ainda, em relação ao mesmo caso, STF – Pleno – Adin nº 1.849 0 – medida liminar – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário*

da Justiça, Seção I, 27 ago. 1998, capa, onde a medida liminar foi mantida até deliberação futura do plenário.

155 STF – "Contrariamente ao sustentado na inicial, não cabe ao Poder Judiciário aquilatar a presença ou não, dos critérios de relevância e urgência exigidos pela Constituição para a edição da medida provisória (cf. ADIs 162, 526, 1.397 e 1.417)" (Pleno – Adin nº 1.667-9 – medida liminar – Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, Seção I, 21 nov. 1997, p. 60.586). No mesmo sentido, afirmou o Supremo Tribunal Federal: "pacífica a jurisprudência da Corte, no sentido de lhe descaber o exame da relevância e da urgência, como requisitos da Medida Provisória (art. 62 da CF), quando dependam de avaliação subjetiva – e não meramente objetiva – como ocorre no caso presente" (STF – Pleno – Adin nº 1.754-9/DF – medida liminar – Rel. Min. Sydney Sanches, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 ago. 1999, p. 5).

156 Nesse sentido decidiu o STF que "Requisitos de urgência e relevância: caráter político: em princípio, a sua apreciação fica por conta dos Poderes Executivo e Legislativo. Todavia, se tais requisitos – relevância e urgência – evidenciarem-se improcedentes, no controle judicial, o Tribunal deverá decidir pela ilegitimidade constitucional da medida provisória" (STF – Pleno – Adin nº 1.647-4/PA – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 26 mar. 1999, capa). No mesmo sentido: STF – 2ª T. – Rextr. nº 222.719-1/PB – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 26 mar. 1999, p. 19. STF – Pleno – ADI nº 2213/DF – medida cautelar – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 23 abr. 2004, p. 7.

157 *RTJ* 151/331 355.

158 STF – Pleno – Adin nº 1.250-9/DF, Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 set. 1995, p. 28.252; STF – Pleno – Adin nº 1.125-1 – medida liminar – Rel. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 31 mar. 1995, p. 7.773.

159 Nesse sentido: *RTJ* 140/797.

160 STF – Pleno – MC/DF e Adin nº 3.100 MC/DF – Rel. Min. Gilmar Mendes, *Informativo STF* nº 355, p. 2. Em sentido contrário: "A conversão da medida provisória em lei prejudica o debate jurisdicional acerca da 'relevância e urgência' dessa espécie de ato normativo" (STF – Pleno – ADI 1.721-3/DF – Rel. Min. Carlos Britto, *Diário da Justiça*, Seção I, 29 jun 2007, p. 20).

161 STF – Pleno – ADI nº 4.048/DF – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 15-5-08.

[162] Neste sentido: STF – Pleno – Adin nº 822/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; *RTJ* 150/482.

[163] O Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da adoção da medida provisória pelos Estados-membros, tendo afirmando que "podem os Estados-membros editar medidas provisórias em face do princípio da simetria, obedecidas as regras básicas do processo legislativo no âmbito da União (CF, artigo 62). 2. Constitui forma de restrição não prevista no vigente sistema constitucional pátrio (CF, § 1º do artigo 25) qualquer limitação imposta às unidades federadas para a edição de medidas provisórias. Legitimidade e facultatividade de sua adoção pelos Estados-membros, a exemplo da União Federal" (STF – Pleno – Adin nº 425-5/TO – Rel. Min. Maurício Corrêa, *Diário da Justiça*, Seção I, 18 fev. 2004, p. 18). No mesmo sentido: STF – Pleno – ADI nº 2391/SC – Rel. Min. Ellen Gracie, decisão: 16-8-2006 – *Informativo STF* nº 436.

[164] Analisando hipótese em que a Lei Orgânica Municipal não previa a possibilidade do Prefeito Municipal editar medidas provisórias, o STJ entendeu que não pratica o crime de prevaricação o alcaide que edita, ilegalmente, medida provisória, pois, apesar de ferir os princípios da legalidade e moralidade administrativas, o fato será atípico por ausência do elemento do tipo *ato de ofício* (STJ – 6ª T. – Resp. nº 78.425/RS – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, *Diário da Justiça*, Seção I, 8 set. 1997, p. 42.611).

[165] SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Medidas provisórias*. São Paulo: RT, 1991. p. 72. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *As medidas provisórias...* Op. cit. p. 94. Cf. ainda: STF – Adin nº 1181-2/TO – Rel. Min. Maurício Corrêa, *Diário da Justiça*, Seção I, 18 jun. 1997, p. 27.966.

[166] CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 2. ed. São Paulo: RT, 1991. p. 157, nota 28.

[167] Nesse sentido decidiu, por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal: "Ação direta de inconstitucionalidade. §§ 3º e 4º do art. 27 da Constituição do Estado de Tocantins. Adoção de Medida Provisória no âmbito estadual. Pedido de liminar. Não ocorrência, no caso, dos requisitos da concessão cautelar. Pedido de liminar indeferido" (STF – Pleno – Adin nº 812-9/TO – medida liminar – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 14 maio 1993). Conforme destacou o relator, "Não havendo, na atual Constituição, a proibição de os Estados-membros adotarem a figura da medida provisória, ao contrário do que sucedia com a do Decreto-lei em face da Emenda Constitucional nº 1/69 (art. 200, parágrafo único), e, pelo menos num exame superficial como é o requerido quando do julgamento

de pedido liminar, não ocorrendo fortes indícios de que esse instituto atende a peculiaridades excepcionais do plano federal que impeçam seja ele tido do modelo susceptível de inclusão no processo legislativo estadual, não se caracteriza, no caso, a relevância jurídica necessária à concessão da medida excepcional que é a suspensão provisória da eficácia de norma jurídica" (Serviço de Jurisprudência do STF – *Ementário* nº 1703-1).

[168] Cf. STF – 2ª T. – Rextr. nº 211.414 0/SC – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 15 abr. 1998, p. 49; STF – 2ª T. – Agravo de Instrumento nº 208.307 1/SC – Rel. Min. Marco Aurélio. Nesses julgados, o Supremo Tribunal Federal analisou recursos que versavam sobre a Medida Provisória nº 61/95, editada pelo Governador de Santa Catarina. Conferir, ainda, decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário analisando a medida provisória estadual nº 61/95 do Estado de Santa Catarina: STF – 2ª T. – AI nº 210.979 3/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 16 abr. 1998, p. 38; STF – 2ª T. – AI nº 210.879 9/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 16 abr. 1998. p. 37.

[169] STF – Pleno – ADI 2.391-8/SC – Rel. Min. Ellen Gracie, decisão: 16-8-2006.

[170] Conferir, a respeito: STF – Pleno – Adin (MC) nº 3090/DF e Adin (MC) nº 3100/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 4-2-2004, *Informativo STF* nº 335; STF – Pleno – medida cautelar – Adin nº 3.090-6/DF – Rel. Min. Gilmar Mendes, *Diário da Justiça* – Seção I, 12 fev. 2004, p. 280, e, no mérito: *Informativo STF* nº 444, p. 1, decisão: 11-10-2006.

[171] Lembremo-nos de que as medidas provisórias n°s 153 e 156, de 15 de março de 1990, tratavam de matéria penal, tendo sua inconstitucionalidade arguida pelo Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal. Ocorre, que uma nova medida provisória a de nº 175, de 27-3-1990, tornou sem efeito as anteriores, fazendo com que a Adin perdesse seu objeto (Cf. STF – Pleno – Adin nº 221-0/DF – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, 22 out. 1993 – *Ementário STF* nº 1722-1). Ocorre, porém, que existe no ordenamento jurídico tipo penal criado a partir de medida provisória, posteriormente convertida em lei. A Medida provisória nº 10, editada em 21-10-1988 (*Diário Oficial da União*, 24 out. 1988, p. 922) previa em seu art. 8º que "constitui crime, punível com pena de reclusão de 3 (três) meses a 1 (um) ano, a violação do disposto nas alíneas 'a' e 'b', do item IV, do art. 1º" (Fica proibido pescar mediante a utilização de: explosivos ou de substâncias que, em contato com a água, produzam efeito semelhante; substâncias tóxicas). Essa medida provisória, editada pelo então Presidente em

exercício, deputado Ulisses Guimarães, foi convertida na Lei nº 7.679, de 23-11-1988, que manteve o tipo penal em seu art. 8º (*Diário Oficial da União*, 24 nov.1990, p. 993). Cf., ainda, sobre matéria penal veiculada em medidas provisórias: PALOTTI JÚNIOR, Osvaldo. Medida provisória e direito penal: uma convivência impossível. In: vários autores. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 275-277.

172 MELLO FILHO, Celso de. Medidas provisórias. *Revista PGE/SP*, jun. 1990.

173 FRANCO, Alberto Silva. *LEX-RJTJESP* 123/16.

174 Fernando Luiz Ximenes Rocha aponta que "inegavelmente, vem-se firmando, entre os nossos mais nomeados doutrinadores, tanto constitucionais como penalistas, a interpretação no sentido de que, à luz dos princípios e regras contidos em nossa Lei Maior, não comporta incursionar as medidas provisórias no campo do Direito Penal, notadamente no que concerne à criação de tipos e sanções penais. Essa tem sido, na verdade, a orientação largamente predominante, por ser, sem sombra de dúvida, a única compatível com a proclamação dos direitos e garantias individuais e com os fundamentos do Estado democrático de direito" (Medida provisória em matéria penal. In: vários autores. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 203).

175 STF – Pleno – Adin nº 162-1/DF – medida liminar – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 set. 1997, capa.

176 Cf. *Levantamento e reedições de medidas provisórias*. Brasília: Senado Federal, 1999. p. 231 e 267.

177 Cf. STF – Pleno – Adin nº 162-1/DF – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário de Justiça*, Seção I, 19 set. 1997, p. 45.582 e STF – Serviço de Jurisprudência – *Ementários* nº 1883-01 e nº 1714-1.

178 Conferir, sobre essa importante distinção em face das medidas provisórias, voto do Ministro Sepúlveda Pertence: STF – Rextr. nº 254.818-PR – Rel. Min. Sepúlveda Pertence. *Informativo STF* nº 220, p. 2, 21 de março de 2001.

179 Conferir despacho do Ministro Celso de Mello, onde a matéria é detalhadamente analisada na doutrina e jurisprudência (STF – 1ª T. – Rextr. nº 239.286-6/PR – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 18 nov. 1999, p. 51).

[180] FIGUEIREDO, Marcelo. *A medida provisória na constituição*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 42.

[181] GRECO, Marco Aurélio. *Medidas provisórias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 37.

[182] TJ/SP – Adin nº 11.643-0/0.

[183] CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito...* Op. cit. p. 159.

[184] STF – Pleno – Adin nº 1441-2/DF – medida liminar – Rel. Min. Octavio Gallotti, *Diário da Justiça*, Seção I, 18 out. 1996 e STF – MS 22654-4 – medida liminar – Rel. Min. Maurício Corrêa, *Diário da Justiça*, Seção I, 26 nov. 1996, p. 46.421. Ressalte-se, ainda, como decidido pelo Supremo Tribunal Federal que "uma vez convertida a medida provisória em lei, no prazo previsto no parágrafo único do artigo 62 da Carta Política da República, conta-se a partir da veiculação da primeira o período de noventa dias de que cogita o § 6º do artigo 195, também da Constituição Federal. A circunstância de a lei de conversão haver sido publicada após os trinta dias não prejudica a contagem, considerado como termo inicial a data em que divulgada a medida provisória" (STF – Rextr. nº 168.421-6 – Rel. Min. Marco Aurélio – *Informativo STF* nº 104 – p. 4).

[185] STF – Pleno – Adin nº 1417-0/DF – medida liminar – Rel. Min. Octavio Gallotti – *Ementário* nº 1.829-01, cujo teor da ementa afirma: "Medida provisória. Impropriedade, na fase de julgamento cautelar, da aferição do pressuposto de urgência que envolve, em última análise, a afirmação de abuso de poder discricionário, na sua edição. Legitimidade, ao primeiro exame, da instituição de tributos por medida provisória com força de lei, e, ainda, de cometimento da fiscalização de contribuições previdenciárias à Secretaria da Receita Federal. Identidade de fato gerador. Arguição que perde relevo perante o art. 154, I, referente a exações não previstas na Constituição, ao passo que cuida ela do chamado PIS/PASEP no art. 239, além de autorizar, no art. 195, I, a cobrança de contribuições sociais da espécie da conhecida como pela sigla COFINS. Liminar concedida, em parte, para suspender o efeito retroativo imprimido, à cobrança, pelas expressões contidas no art. 17 da MP nº 1.325-96."

[186] Conforme destacou o Ministro Octavio Gallotti, "É, contudo, inegável o relevo da arguição de retroatividade da cobrança, expressamente estipulada na cláusula final do art. 17 do ato impugnado, em confronto com o princípio consagrado no art. 150, III, *a*, da Constituição" (trecho do voto do Min. relator – Adin nº 1.417-0/DF – *Ementário* nº 1.829-01).

[187] STF – “Ementa: Previdência social: contribuição social do servidor público: restabelecimento do sistema de alíquotas progressivas pela Mprov. 560, de 26-7-94, e suas sucessivas reedições, com vigência retroativa a 1-7-94 quando cessara à da L. 8.688/93, que inicialmente havia instituído: violação, no ponto, pela Mprov 560/94 e suas reedições, da regra da anterioridade mitigada do art. 195, § 6º da Constituição; consequente inconstitucionalidade da mencionada regra de vigência que, dada a solução de continuidade ocorrida, independe da existência ou não da majoração das alíquotas em relação àquelas fixadas na lei cuja vigência já se exaurira” (Pleno – Adin nº 1.135-9/DF – Rel. p/Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 5 dez 1997, p. 63.903).

[188] STF – Pleno – Adin nº 1.667-9/DF – medida liminar – Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, Seção 1, 21 nov. 1997, p. 60.586.

[189] STF – Pleno – ADI 2601/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 19-8-2021.

[190] Op. cit. p. 35.

[191] Leon Frejda Szklarowsky lembra que “apenas o Ministro Moreira Alves e o juiz Hugo de Brito Machado defendem a tese de que a medida provisória pode veicular matéria de lei complementar” (Op. cit. p. 77).

[192] Nesse sentido, o entendimento do Supremo Tribunal Federal: “Embora válido o argumento de que M.P. não pode tratar de matéria submetida pela Constituição Federal a Lei Complementar, é de se considerar que, no caso, a Constituição Federal não exige Lei Complementar para alterações no Código Florestal, ao menos as concernentes à Floresta Amazônica” (STF – Pleno – Adin nº 1.516-8 – medida liminar – Rel. Min. Sydney Sanches, *Diário da Justiça*, Seção I, 13 ago. 1999, p. 3).

[193] Op. cit. p. 36.

[194] STF, Pleno, RE 581.160, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 20-6-2012, *DJE* de 23-8-2012, com repercussão geral; STF, Pleno, ADI 2.736, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 8-9-2010, *DJE* de 29-3-2011.

[195] SAMPAIO, Nelson de Souza. *O processo...* Op. cit. p. 75.

[196] FERRAZ, Anna Cândida Cunha. *Conflito entre...* Op. cit. p. 145.

[197] Art. 48, nº XXVIII, do Regimento Interno do Senado Federal: Compete ao Presidente do Senado Federal promulgar as resoluções do Senado e os Decretos Legislativos.

[198] RODAS**,** João Grandino. *Tratados internacionais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 52.

[199] STF – Adin nº 1.480-3 – medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, 17 jul. 1996.

[200] REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 83-84. ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. *Manual de direito internacional público.* 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 26. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 82. ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, nº 130, p. 77, 1996.

[201] FERREIRA, Gilmar Mendes. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 168. O autor cita, inclusive, precedente do Supremo Tribunal Federal: *RTJ* 95/980.

[202] STF – 2ª T. – *Habeas corpus* nº 73044-2/SP – Rel. Maurício Corrêa, *Diário da Justiça*, Seção I, 20 set. 1996, p. 34.534.

[203] CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição*... Op. cit. p. 85.

[204] LAVIÉ, Humberto Quiroga. *Derecho constitucional.* 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 425.

[205] Art. 75 item 22 da Constituição da Nação Argentina, após afirmar competir ao Congresso aprovar tratados concluídos com as demais nações e com as organizações internacionais, incorpora em seu próprio texto uma série de declarações de direitos fundamentais, afirmando que “em suas condições de vigência tem hierarquia constitucional, não derrogando, porém, qualquer artigo da primeira parte da Constituição (*Parte primera – Declaraciones, derechos y garantías*) e devendo entender-se complementares aos direitos e garantias por ela reconhecidos”.

[206] Constituição da Nação Argentina: Art. 75, item 22 – “Hierarquia constitucional – Os demais tratados e convenções sobre direitos humanos, devidamente aprovados pelo Congresso, requerem o voto de dois terços da totalidade dos membros da cada Câmara para gozarem de hierarquia constitucional”. Note-se que para que houvesse possibilidade de aplicação dessa mesma hipótese no Brasil, haveria necessidade da Constituição Federal prever a incorporação dos tratados pelo Congresso Nacional, por 3/5, em dois turnos de votação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, nos termos de seu art. 60.

[207] O Supremo Tribunal Constitucional Espanhol proclama que os atos e tratados internacionais que versam sobre direitos humanos não têm hierarquia constitucional (STC 245/1991, FJ 3º; STC 38/1981, FJ 4º; STC 38/1985, FJ 4º; STC 254/1993, FJ 6º), mas sim que os mesmos devem servir de vetores de interpretação para os direitos fundamentais previstos na Constituição Espanhola.

[208] Assim, afirma o Tribunal Constitucional Espanhol que "uma coisa é dizer que os Tratados internacionais a que se refere o texto devam orientar a interpretação dos preceitos constitucionais relativos a direitos fundamentais, outra muito distinta é erigir as normas internacionais em normas fundamentais que possam sustentar exclusivamente uma pretensão de amparo, afirmação esta última que levaria à vulneração do art. 53.2, pois fora de nossa Constituição *não há de admitir-se a existência de norma fundamental alguma"* (STC 84/1989, FJ 5º. No mesmo sentido outras decisões do STC espanhol: STC 120/1990, FJ 3º; STC 64/1991, FJ 4º a; STC 233/1993, FJ 1º). Para conferir os acórdãos: LLORENTE, Francisco Rubio. *Derechos fundamentales y principios constitucionales*. Barcelona: Ariel Derecho, 1995, p. 79 e ss.).

[209] Note-se, ainda, que em defesa da supremacia constitucional, a Lei Fundamental alemã prevê algumas cláusulas pétreas: "art. 79 – item 3: Não é permitida qualquer modificação desta Lei Fundamental que afete a divisão da Federação em estados, ou o princípio da cooperação dos estados na legislação, ou os princípios consignados nos artigos 1º a 20 (Direitos Fundamentais)".

[210] STF – Pleno – HC nº 87.585/TO – Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 3-12-2008. Ficaram vencidos, por qualificarem os tratados internacionais definidores de direitos fundamentais com *status constitucional*, após a EC 45/04, os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau.

[211] Regimento Interno do Senado Federal, art. 213, *c*.

[212] Regimento Interno da Câmara dos Deputados, art. 110, III.

[213] FERRAZ, Anna Cândida Cunha. *Conflito entre...* Op. cit. p. 129.

[214] Determina o art. 200, § 2º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados: As resoluções da Câmara serão promulgadas pelo Presidente no prazo de duas sessões após o recebimento dos autógrafos; não o fazendo, caberá aos Vice-Presidentes, segundo a sua numeração ordinal, exercer essa atribuição. De igual forma, determina o art. 48, nº 28, do Regimento Interno do Senado Federal: Compete ao Presidente do Senado Federal promulgar as resoluções do Senado e os Decretos Legislativos.

[215] Observe-se que a iniciativa exclusiva do Poder Executivo é obrigatória para os Estados e Municípios. Nesse sentido, conferir, em relação ao Estado de Santa Catarina: STF – "Competência exclusiva do Poder Executivo iniciar o processo legislativo das matérias pertinentes ao Plano Plurianual, às Diretrizes Orçamentárias e aos Orçamentos Anuais" (STF – Pleno – Adin nº 1.759-1/SC – Rel. Min. Néri da Silveira – *Diário da Justiça*, Seção I, 6 abr. 2001, p. 66).

[216] Emenda Constitucional nº 109, de 15 de março de 2021.

[217] Em relação à LRF: STF – Pleno – ADI 2238, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 24-6-2020. Conferir, ainda: STF – Pleno – ADPF 584, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 21-2-2020.

[218] Conferir a análise da Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados. Nota Técnica nº 8/2019 – Comentários às disposições da PEC nº 34/2019, de 15 de abril de 2019, de autoria dos consultores Eugênio Greggianin, Graciano Rocha Mendes, Ricardo Volpe e Wagner Jr.

[219] O artigo 3º da EC 105/19 estabeleceu que entraria em vigor em 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua publicação.

[220] O STF declarou a inconstitucionalidade das normas estaduais que haviam criado a impositividade da lei orçamentária antes do advento das Emendas Constitucionais 86/2015 e 100/2019 (STF – Pleno – ADI 5274/SC, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento virtual finalizado em 18-10-2021).

[221] O STF concedeu medida cautelar para afastar a aplicação de norma estadual que estabeleceu limites para aprovação de emendas parlamentares impositivas em patamar diferente do imposto pelo art. 166 da Constituição Federal (STF – Pleno – ADI 6670 MC/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento virtual finalizado em 30-4-2021).

[222] É a exceção prevista no art. 63, I, *in fine*, da Constituição Federal, permitindo-se a apresentação de emendas que aumentem a despesa do projeto original.

[223] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários...* Op. cit. v. 3. p. 152; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários*... Op. cit. v. 6. t. 2. p. 325; CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Técnica*... Op. cit. p. 115; SILVA, José Afonso da. *Curso*... Op. cit. 631; CEPAM – Fundação Prefeito Faria Lima. *Breves anotações à constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990. p. 392.

[224] DALLARI, Adilson Abreu. Lei orçamentária: processo legislativo. *Revista de informação legislativa*. Brasília: Senado, nº 129, p. 159-160, 1996.

[225] SAMPAIO, Nelson de Souza. *O processo...* Op. cit. p. 175 e SILVA, José Afonso da. *Curso*... Op. cit. p. 631.



Controle de Constitucionalidade 12

1 IDEIA CENTRAL

A ideia de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais.[1]

Em primeiro lugar, a existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupando a constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo. Além disso, nas constituições rígidas se verifica a superioridade da norma magna em relação àquelas produzidas pelo Poder Legislativo, no exercício da função legiferante ordinária.[2] Dessa forma, nelas o fundamento do controle é o de que nenhum ato normativo, que lógica e necessariamente dela decorre, pode modificá-la ou suprimi-la.[3]

A ideia de intersecção entre controle de constitucionalidade e constituições rígidas é tamanha que o Estado onde inexistir o controle, a Constituição será flexível, por mais que ela se denomine rígida, pois o Poder Constituinte ilimitado estará em mãos do legislador ordinário.

A supremacia constitucional adquiriu tamanha importância nos Estados Democráticos de Direito, que Cappelletti afirmou que o nascimento e expansão dos sistemas de justiça constitucional após a Segunda Guerra

Mundial foi um dos fenômenos de maior relevância na evolução de inúmeros países europeus.[4]

Alessandro Pizzorusso aponta a primordial finalidade de controle de constitucionalidade, qual seja, a proteção dos direitos fundamentais, afirmando que, na organização da justiça constitucional italiana, apesar da inexistência de procedimentos específicos, como o *recurso de amparo* ou a *Verfassungsbeschwerde* alemã, o controle desenrola-se nos próprios processos ordinários civis, penais ou administrativos de forma incidental, pela remessa dos autos à Corte Constitucional, concebido para resolver uma questão prejudicial para a decisão do procedimento em curso, garantindo-se, igualmente, a supremacia dos direitos constitucionalmente protegidos.[5]

Klaus Schlaih, analisando a proteção dos direitos fundamentais pelos demais órgãos do Poder Judiciário alemão aponta que a plena possibilidade dessa hipótese constitui-se uma das inovações mais importantes da jurisprudência tedesca, pois os tribunais têm o direito e são chamados a aplicar diretamente a Constituição quando necessário, interpretando as leis ordinárias de acordo com o Direito Constitucional.[6]

O controle difuso de constitucionalidade no direito alemão caracteriza-se pela previsão da denominada "questão de inconstitucionalidade" (*Richterklage*). Os tribunais alemães, quando considerarem inconstitucional uma lei, de cuja validade dependa a decisão, terão de suspender o processo e submeter a questão à decisão do Tribunal Constitucional Federal, quando se tratar da violação da Lei Fundamental.

O controle difuso de constitucionalidade alemão, apesar de mitigado em relação ao norte-americano, permite a análise sobre a constitucionalidade das leis por todos os juízes e tribunais, porém, a *declaração de inconstitucionalidade das leis* é primazia do Tribunal Constitucional Federal, pois como adverte Otto Bachof,

> "seria inexacto falar de um *monopólio de controlo* dos tribunais constitucionais, pois o controlo cabe em primeiro lugar ao tribunal de instância, só tendo este de submeter a questão ao tribunal constitucional depois de haver ele próprio negado constitucionalmente".[7]

Em síntese, como ensina Cappelletti, ao analisar a jurisdição constitucional alemã, "todos os juízes, e não apenas os juízes superiores, são legitimados a dirigir-se à Corte Constitucional, limitadamente às leis relevantes nos casos concretos submetidos a seu julgamento; e este julgamento será suspenso, enquanto a Corte Constitucional não tiver decidido a questão prejudicial de constitucionalidade".[8]

O controle de constitucionalidade configura-se, portanto, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito.[9]

2 CONCEITO

Controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais.

Dessa forma, no sistema constitucional brasileiro somente as normas constitucionais positivadas podem ser utilizadas como paradigma para a análise da constitucionalidade de leis ou atos normativos estatais (*bloco de constitucionalidade*).[10]

Ressalte-se que, se possível for, a fim de garantir-se a compatibilidade das leis e atos normativos com as normas constitucionais, deverá ser

utilizada a técnica da interpretação conforme, que será posteriormente analisada.

3 PRESSUPOSTOS OU REQUISITOS DE CONSTITUCIONALIDADE DAS ESPÉCIES NORMATIVAS

A análise da constitucionalidade das espécies normativas (art. 59 da CF) consubstancia-se em compará-las com determinados requisitos formais e materiais, a fim de verificar-se sua compatibilidade com as normas constitucionais.

3.1 Requisitos formais

O art. 5º, II, da Constituição Federal, consagra o princípio da legalidade ao determinar que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*. Como garantia de respeito a este princípio básico em um Estado Democrático de Direito, a própria Constituição prevê regras básicas na feitura das espécies normativas. Assim, o processo legislativo é verdadeiro corolário do princípio da legalidade, como analisado no capítulo sobre direitos fundamentais, que deve ser entendido como *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de espécie normativa devidamente elaborada de acordo com as regras de processo legislativo constitucional* (arts. 59 a 69, da Constituição Federal).

Assim sendo, a inobservância das normas constitucionais de processo legislativo tem como consequência a inconstitucionalidade formal da lei ou ato normativo produzido, possibilitando pleno controle repressivo de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, tanto pelo método difuso quanto pelo método concentrado.

3.1.1 Subjetivos

Referem-se à fase introdutória do processo legislativo, ou seja, à questão de iniciativa. Qualquer espécie normativa editada em desrespeito ao processo legislativo, mais especificamente, inobservando aquele que detinha o poder de iniciativa legislativa para determinado assunto, apresentará flagrante vício de inconstitucionalidade.

Assim, por exemplo, lei ordinária, decorrente de projeto de lei apresentado por deputado federal, aprovada para majoração do salário do funcionalismo público federal, será inconstitucional, por vício formal subjetivo, pois a Constituição Federal prevê expressa e privativa competência do Presidente da República para apresentação da matéria perante o Congresso Nacional (art. 61, § 1º, II, *a*).

3.1.2 Objetivos

Referem-se às duas outras fases do processo legislativo: constitutiva e complementar. Assim, toda e qualquer espécie normativa deverá respeitar todo o trâmite constitucional previsto nos arts. 60 a 69.

Por exemplo, um projeto de lei complementar aprovado por maioria simples na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, sancionado, promulgado e publicado, apresenta um vício formal objetivo de inconstitucionalidade, uma vez que foi desrespeitado o *quorum* mínimo de aprovação, previsto no art. 69, qual seja, a maioria absoluta.

3.2 Requisitos substanciais ou materiais

Trata-se da verificação material da compatibilidade do objeto da lei ou do ato normativo com a Constituição Federal.

4 O DESCUMPRIMENTO DA LEI OU DO ATO NORMATIVO INCONSTITUCIONAL PELO PODER EXECUTIVO

O Poder Executivo, assim como os demais Poderes de Estado, está obrigado a pautar sua conduta pela estrita legalidade, observando, primeiramente, como primado do Estado de Direito Democrático, as normas constitucionais.[11] Dessa forma, não há como exigir-se do chefe do Poder Executivo o cumprimento de uma lei ou ato normativo que entenda flagrantemente inconstitucional, podendo e devendo, licitamente, negar-se cumprimento,[12] sem prejuízo do exame posterior pelo Judiciário.[13] Porém, como recorda Elival da Silva Ramos,

> "por se tratar de medida extremamente grave e com ampla repercussão nas relações entre os Poderes, cabe restringi-la apenas ao Chefe do Poder Executivo, negando-se a possibilidade de qualquer funcionário administrativo subalterno descumprir a lei sob a alegação de inconstitucionalidade. Sempre que um funcionário subordinado vislumbrar o vício de inconstitucionalidade legislativa deverá propor a submissão da matéria ao titular do Poder, até para fins de uniformidade da ação administrativa".[14]

Portanto, poderá o Chefe do Poder Executivo determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos normativos que considerar inconstitucionais.[15]

5 ESPÉCIES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

5.1 Em relação ao momento de realização

A presente classificação pauta-se pelo ingresso da lei ou ato normativo no ordenamento jurídico. Assim, enquanto o *controle preventivo* pretende impedir que alguma norma maculada pela eiva da inconstitucionalidade ingresse no ordenamento jurídico, o *controle repressivo* busca dele expurgar a norma editada em desrespeito à Constituição. Tradicionalmente e em regra, no direito constitucional pátrio, o Judiciário realiza o controle repressivo de constitucionalidade, ou seja, retira do ordenamento jurídico uma lei ou ato normativo contrários à Constituição. Por sua vez, os poderes Executivo e Legislativo realizam o chamado controle preventivo, evitando que uma espécie normativa inconstitucional passe a ter vigência e eficácia no ordenamento jurídico.

5.2 Controle repressivo em relação ao órgão controlador

5.2.1 Político

Ocorre em Estados onde o órgão que garante a supremacia da constituição sobre o ordenamento jurídico é distinto dos demais Poderes do Estado.

5.2.2 Judiciário ou jurídico

É a verificação da adequação (compatibilidade) de atos normativos com a constituição feita pelos órgãos integrantes do Poder Judiciário. É a regra adotada pelo Brasil.

5.2.3 Misto

Esta espécie de controle existe quando a constituição submete certas leis e atos normativos ao controle político e outras ao controle jurisdicional.

5.3 Modelos clássicos de controle de constitucionalidade

Apesar da diversidade de modelos,[16] historicamente, é possível identificar três grandes modelos de justiça constitucional, com base nos sistemas jurídicos adotados pelos diversos ordenamentos para garantia da supremacia da Constituição: *modelo norte-americano, modelo austríaco* e *modelo francês.*[17]

O direito norte-americano – em 1803, no célebre caso Marbury *v.* Madison, relatado pelo *Chief Justice* da Corte Suprema John Marshall – afirmou a supremacia jurisdicional sobre todos os atos dos poderes constituídos, inclusive sobre o Congresso dos Estados Unidos da América, permitindo-se ao Poder Judiciário, mediante casos concretos postos em julgamento, interpretar a Carta Magna, adequando e compatibilizando os demais atos normativos com suas superiores normas.

Posteriormente, em 1920, a Constituição austríaca criou, de forma inédita, um tribunal – Tribunal Constitucional – com exclusividade para o exercício do controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos, em oposição ao sistema adotado pelos Estados Unidos, pois não se pretendia a resolução dos casos concretos, mas a anulação genérica da lei ou ato normativo incompatível com as normas constitucionais.[18]

No entanto, a consagração efetiva da necessidade de sujeição da vontade parlamentar às normas constitucionais, com a consequente criação dos Tribunais Constitucionais europeus, ocorreu após a constatação de verdadeira crise na democracia representativa e do consequente distanciamento entre a vontade popular e as emanações dos órgãos legislativos, duramente sentida durante o período nazista.

A inexistência de um controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e atos normativos e de mecanismos que impedissem a criação de uma ditadura da maioria auxiliou na criação do Estado Totalitário alemão, sem que houvesse quebra da legalidade formal, demonstrando a necessidade da adoção do *judicial review* pela Lei Fundamental alemã de 1949.

Otto Bachof afirma que

> "o facto de haver sido justamente um acto do legislativo – a chamada lei de autorização – que desarticulou (*aus den Angeln gehoben hat*) definitivamente, e sob uma aparência de preservação da legalidade, a Constituição da República de Weimar pode ter contribuído para dotar o Tribunal Constitucional Federal, como guarda da Constituição, de poderes extraordinariamente amplos precisamente face ao legislador".[19]

Como salienta García de Enterría,

> "o fracasso do sistema weimariano de justiça constitucional (especialmente visível no famoso juízo de 1932, sobre o chamado golpe de Estado do Reich contra a Prússia de Von Papen, legitimado nas Ordenações presidenciais autorizadas pelo famoso artigo 48 da Constituição), levou a República Federal alemã, surgida no segundo pós-guerra, sensibilizada pela perversão do ordenamento jurídico ocorrida no nazismo, a adotar, com algumas variantes importantes, o sistema kelsiano".[20]

O controle exercido pelos Tribunais Constitucionais, longe de configurar um desrespeito à vontade popular emanada por órgãos eleitos, seja no Executivo seja no Legislativo, constitui um delicado sistema de complementaridade entre a Democracia e o Estado de Direito, que para

manter-se balanceado, deve possuir claras e precisas regras sobre sua composição, competências e poderes.

O modelo francês prevê um controle de constitucionalidade preventivo a ser realizado pelo Conselho Constitucional, que, no transcurso do processo legislativo, poderá, desde que provocado pelo Governo, ou pelo presidente de qualquer das Casas legislativas, analisar a constitucionalidade de uma proposição ou de uma emenda, antes de sua promulgação, devendo pronunciar-se no prazo de oito dias.[21]

Ressalte-se, porém, a excepcionalidade prevista no art. 37.2 da Constituição francesa, que previu uma forma de controle repressivo de constitucionalidade. Trata-se da possibilidade de o Conselho Constitucional francês analisar abstratamente a repartição constitucional de competências entre o Governo e o Parlamento. Como salienta Favoreu, "o sistema de repartição de competências entre a lei e o regulamento provocou, por fim, o surgimento na França de um controle de constitucionalidade das leis".[22]

Em 23 de julho de 2008, a Constituição francesa foi alterada, tendo o Presidente da República promulgado lei de revisão constitucional "*de modernisation des institutions de la Vème République*" (da modernização das instituições da Quinta República) nº 2008-724, resultado de detalhado trabalho de Comitê de Especialistas apresentado pelo Governo ao Parlamento em 23 de abril de 2008 e aprovado pela *Assemblée Nationale* (Assembleia Nacional) e *Sénat* (Senado).

A lei de revisão constitucional consagrou na França o tradicional *controle abstrato de constitucionalidade,* passando a permitir a denominada exceção de inconstitucionalidade (*exception d'inconstitutionnalité*) e concedendo ao Conselho Constitucional o poder para o exercício do controle repressivo, nos moldes teorizados por Hans Kelsen.[23]

A Constituição Francesa, com as subsequentes modificações da lei de revisão constitucional, passou a determinar que qualquer dispositivo legal declarado inconstitucional repressivamente pelo Conselho Constitucional,

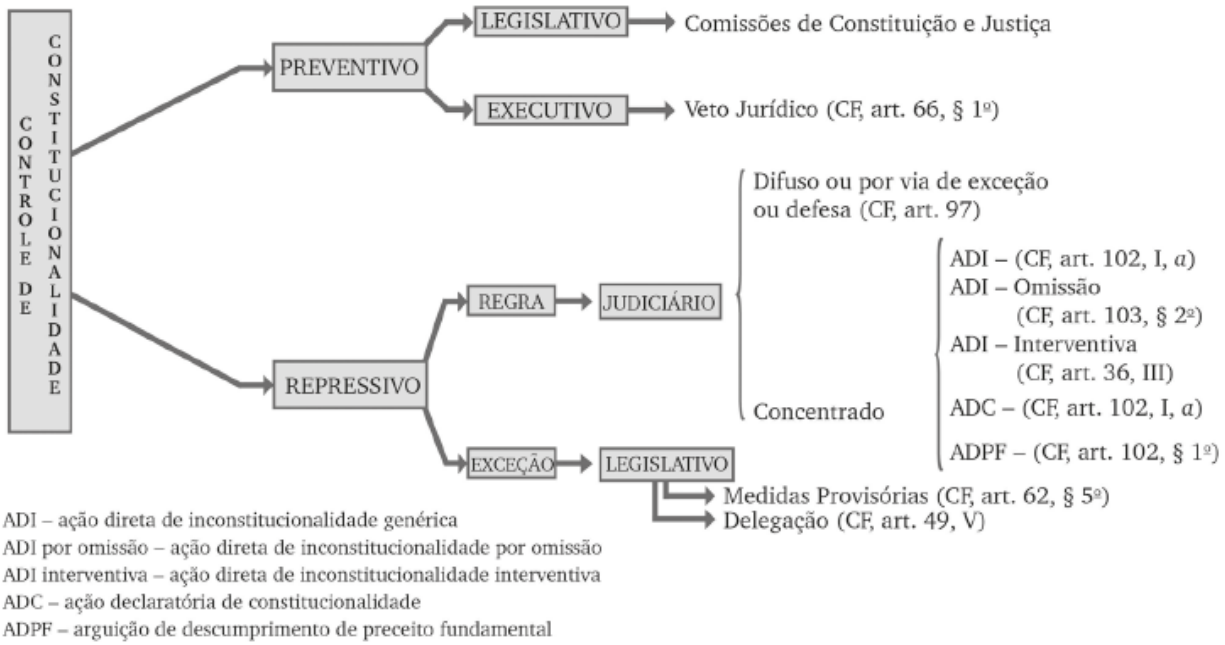
por provocação do Conselho de Estado (*Conseil d'Etat*) ou da Corte de Cassação (*Cour de Cassation*), será expurgado do ordenamento jurídico com efeitos *erga omnes, não* retroativos (*ex nunc*), repristinatórios e vinculantes para todas as autoridades administrativas e jurisdicionais.

A ampliação da importância da Jurisdição Constitucional como instrumento de efetividade dos Direitos Fundamentais foi, igualmente, reconhecida pelo Reino Unido, que estabeleceu com o *Constitutional Reform Act 2005*, pela primeira vez em sua história, uma Suprema Corte independente e separada da Câmara dos Lordes, com sistema diferenciado de nomeações, orçamento, infraestrutura e recursos humanos próprios, com sede em Londres, e cuja competência vem definida em sua seção 40.[24]

O *Constitutional Reform Act 2005* estabelece que a *Supreme Court* deverá ser composta por 12 (doze) Juízes, selecionados por uma Comissão de Nomeações Judicial independente, responsável pela recomendação ao Ministro da Justiça, que os nomeará e, conforme ensina Jeffrey Jowell,[25] terão o título de *Justices of the Supreme Court*.

Em face das tradições britânicas, a *Supreme Court* não possui propriamente a competência de exercer difusa ou concentradamente o controle de constitucionalidade da Constituição não escrita inglesa, mas sim de exercitar "declarações de incompatibilidade", sem efeitos vinculantes ou revogatórios, das novas leis ou atos normativos aprovados pelo Parlamento ou pelo Gabinete, possibilitando seu retorno ao órgão legislativo ou administrativo para manutenção, alteração ou revogação.

5.4 Controle de constitucionalidade no Brasil



ADI – ação direta de inconstitucionalidade genérica
ADI por omissão – ação direta de inconstitucionalidade por omissão
ADI interventiva – ação direta de inconstitucionalidade interventiva
ADC – ação declaratória de constitucionalidade
ADPF – arguição de descumprimento de preceito fundamental

6 CONTROLE PREVENTIVO

Como afirmado anteriormente, o princípio da legalidade e o processo legislativo constitucional são corolários; dessa forma, para que qualquer espécie normativa ingresse no ordenamento jurídico, deverá submeter-se a todo o procedimento previsto constitucionalmente.

Dentro deste procedimento, podemos vislumbrar duas hipóteses de controle preventivo de constitucionalidade, que buscam *evitar* o ingresso no ordenamento jurídico de leis inconstitucionais: as comissões de constituição e justiça e o veto jurídico.

6.1 Comissões de constituição e justiça

A primeira hipótese de controle de constitucionalidade preventivo refere-se às comissões permanentes de constituição e justiça cuja função precípua é analisar a compatibilidade do projeto de lei ou proposta de emenda constitucional apresentados com o texto da Constituição Federal.

O art. 58 da Constituição Federal prevê a criação de comissões constituídas na forma do respectivo regimento ou do ato de que resultar sua criação e com as atribuições neles previstas.

Esta hipótese de controle poderá ser realizada, também, pelo plenário da casa legislativa, quando houver rejeição do projeto de lei por inconstitucionalidade.

O art. 32, IV, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados criou a comissão de constituição e justiça e de redação, estabelecendo seu campo temático e sua área de atividade em aspectos constitucionais, legais, jurídicos, regimentais e de técnicas legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas comissões, para efeito de admissibilidade e tramitação.

Por sua vez, o Regimento Interno do Senado Federal prevê, no art. 101, a existência da comissão de constituição, justiça e cidadania, com competência para opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas por deliberação do plenário, por despacho do Presidente, por consulta de qualquer comissão, ou quando em virtude desses aspectos houver recurso de decisão terminativa de comissão para o plenário.

6.2 Veto jurídico

A segunda hipótese encontra-se na participação do chefe do Poder Executivo no processo legislativo. O Presidente da República poderá vetar o projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional por entendê-lo inconstitucional (CF, art. 66, § 1º). É o chamado veto jurídico.

Assim, no Brasil o controle preventivo de constitucionalidade é realizado sempre dentro do processo legislativo, em uma das hipóteses pelo Poder Legislativo (comissões de constituição e justiça) e em outra pelo Poder Executivo (veto jurídico).

7 CONTROLE REPRESSIVO DE CONSTITUCIONALIDADE

No direito constitucional brasileiro, em regra, foi adotado o controle de constitucionalidade repressivo jurídico ou judiciário, em que é o próprio Poder Judiciário quem realiza o controle da lei ou do ato normativo, já editados, perante a Constituição Federal, para retirá-los do ordenamento jurídico, desde que contrários à Carta Magna.

Há dois sistemas ou métodos de controle Judiciário de Constitucionalidade repressiva. O primeiro denomina-se reservado ou concentrado (via de ação), e o segundo, difuso ou aberto (via de exceção ou defesa).

Excepcionalmente, porém, a Constituição Federal previu duas hipóteses em que o controle de constitucionalidade repressivo será realizado pelo próprio Poder Legislativo. Em ambas as hipóteses, o Poder Legislativo poderá *retirar* normas editadas, com plena vigência e eficácia, do ordenamento jurídico, que deixarão de produzir seus efeitos, por apresentarem um vício de inconstitucionalidade.

Vejamos primeiramente as exceções.

8 CONTROLE REPRESSIVO REALIZADO PELO PODER LEGISLATIVO

8.1 Art. 49, V, da Constituição Federal

A primeira hipótese refere-se ao art. 49, V, da Constituição Federal, que prevê competir ao Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

Em ambas as ocasiões, o Congresso Nacional editará um decreto legislativo sustando ou o decreto presidencial (CF, art. 84, IV) ou a lei delegada (CF, art. 68), por desrespeito à forma constitucional prevista para suas edições.

8.2 Art. 62 da Constituição Federal

Uma vez editada a medida provisória pelo Presidente da República, nos termos do art. 62 da Constituição Federal, ela terá vigência e eficácia imediata, e força de lei, pelo prazo de 60 (sessenta) dias, devendo ser submetida de imediato ao Congresso Nacional, que poderá aprová-la, convertendo-a em lei, ou rejeitá-la.

Na hipótese de o Congresso Nacional rejeitar a medida provisória, com base em inconstitucionalidade apontada no parecer da comissão mista, estará exercendo controle de constitucionalidade repressivo, pois retirará do ordenamento jurídico a medida provisória flagrantemente inconstitucional.

Note-se que, enquanto espécie normativa, a medida provisória, uma vez editada, está perfeita e acabada, já tendo ingressado no ordenamento jurídico com força de lei independentemente de sua natureza temporária. Assim, o fato de o Congresso Nacional rejeitá-la, impedindo que se converta em lei, ou mesmo que fosse reeditada por ausência de deliberação, em face da flagrante inconstitucionalidade, consubstancia-se em controle repressivo.

Consagrando a ideia de existência de controle de constitucionalidade repressivo exercido em relação às medidas provisórias, por tratar-se de atos normativos perfeitos e acabados, *apesar do caráter temporário*, o Supremo Tribunal Federal admite serem as mesmas objeto de ação direta de inconstitucionalidade, ressaltando que a edição de medida provisória, pelo Presidente da República, reveste-se de dois momentos significativos e inconfundíveis: o primeiro diz respeito a um *ato normativo, com eficácia*

imediata de lei; o segundo é a sujeição desse ato ao Congresso Nacional, para que este não apenas ratifique seus efeitos imediatos produzidos, mas a converta em lei, com eficácia, definitiva. Dessa maneira, esse ato normativo poderá ser objeto de controle repressivo de constitucionalidade,[26] seja por via de ação direta de inconstitucionalidade, seja por parte do Poder Legislativo.

9 CONTROLE REPRESSIVO REALIZADO PELO PODER JUDICIÁRIO

No Brasil, o controle de constitucionalidade repressivo judiciário é misto, ou seja, é exercido tanto da forma concentrada, quanto da forma difusa.

O art. 102, I, *a*, da CF afirma competir ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, 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.

Por sua vez, o art. 97 estende a possibilidade do controle difuso também aos Tribunais, estabelecendo, porém, uma regra, ao afirmar que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

9.1 Difuso ou aberto

Também conhecido como controle por via de exceção ou defesa, caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal.[27]

A ideia de controle de constitucionalidade realizado por todos os órgãos do Poder Judiciário nasceu do caso Madison *versus* Marbury (1803), em que o Juiz Marshall da Suprema Corte Americana afirmou que é próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei. E ao fazê-lo, em caso de contradição entre a legislação e a Constituição, o tribunal deve aplicar esta última por ser superior a qualquer lei ordinária do Poder Legislativo.[28]

Na via de exceção, a pronúncia do Judiciário, sobre a inconstitucionalidade, não é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito. Nesta via, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei maior. Entretanto, este ato ou lei permanecem válidos no que se refere à sua força obrigatória com relação a terceiros.

Cappelletti resume o sistema comum de controle de constitucionalidade dos países da *common law*, denominando-os de *descentralizado* ou *difuso*, confiado a todos os tribunais do país. Estes tribunais, em qualquer processo, têm a faculdade e a obrigação de não aplicar a um caso concreto as leis e atos normativos que considerem inconstitucionais. Este controle não acarreta a anulação da lei ou do ato normativo com efeitos *erga omnes,* aplicando-se somente ao caso concreto em que a norma foi julgada inconstitucional.[29]

O *Chief Justice* Marshall indagou-se:

> "Para que um juiz juraria desincumbir-se de seus deveres conforme a Constituição dos Estados Unidos, se aquela Constituição não formar regra para seu Governo? Se estiver muito acima dele, e não puder ser por ele inspecionada"?

Tendo respondido que

> "se tal for o real estado das coisas, este será o pior dos vexames solenes. Prescrever ou realizar esta profanação torna-se igualmente um crime. Não é, também, inteiramente indigno de observação, que ao declarar qual será a lei suprema do País, a própria Constituição seja primeiramente mencionada: e não as leis dos Estados Unidos, geralmente, mas aquelas apenas que foram feitas em obediência à Constituição, gozarão daquele respeito. Portanto, a fraseologia particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e fortifica o princípio, considerado essencial a todas as Constituições escritas, de que uma lei em choque com a Constituição é revogada e que os tribunais, assim como outros departamentos, são ligados por aquele instrumento. A norma deve ser anulada".[30]

Após o caso Marbury *versus* Madison, a Corte somente voltou a declarar a inconstitucionalidade de uma lei federal em 1857, no caso Dred Scott, quando entendeu incompatível com a Constituição a seção 8ª do *Missouri Compromise Act,* de 1850, que proibira a escravidão nos territórios.

Entendeu o então *Chief Justice* Taney, relator do caso, que esse dispositivo era contrário à 5ª Emenda ("ninguém poderá ser privado da vida, liberdade ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização"), pois, se fosse aplicado, estaria permitindo que um cidadão (*proprietário do escravo*) pudesse ser privado de seus bens e de sua propriedade (*escravo*), sem o devido processo legal. Essa decisão entendeu que os escravos deveriam ser considerados como propriedade e não como cidadãos.[31] Como lembra Lêda Boechat, "foi tão grande a perda de prestígio da Corte, que ela custaria a recuperar a confiança popular depois dessa decisão".[32]

Durante esse intervalo de tempo, constituído pelas decisões Marbury *v.* Madison e Scott v. Sandford, porém, a Suprema Corte firmou-se, sob a Presidência de Marshall, no exercício do controle de legalidade dos atos governamentais, decidindo sobre a ilegalidade dos atos presidenciais por violação expressa de legislação específica do Congresso (caso Little *versus* Barreme – 1804), e ainda firmando sua competência para analisar a constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais, concedida pelo Congresso, na Seção 25 da Lei Judiciária de 1789, nos casos Warre *versus* Hylton (1797), Fletcher *versus* Pech (1810), Martin *versus* Hunter's Lessee (1816) e Cohens *versus* Virginia (1821).[33]

Essa consolidação da Corte de Marshall garantiu, efetivamente, ao Judiciário norte-americano seu lugar entre os Poderes de Estado, pois como salienta Henry Abraham,

> "a principal arma à disposição da Corte Suprema na disputa ou no jogo da *separação de poderes com controles e avaliações* tem sido seu poder dominante de revisão judicial, poder somente existente no Judiciário de pouco países".[34]

No Brasil, a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade existe desde a primeira Constituição republicana de 1891, que em seu artigo 59,[35] como ressaltou Rui Barbosa,

> "obriga esse tribunal a negar validade às leis federaes, quando contrarias à Constituição, e as leis federaes são contrarias à Constituição, quando o Poder Legislativo, adoptando taes leis, não se teve nos limites, em que a Constituição o autoriza a legislar, isto é, transpassou a competência, em que a Constituição o circunscreve".[36]

Ressalte-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, sob inspiração norte-americana, nasceu com o papel de intérprete máximo da Constituição republicana, e o controle difuso de constitucionalidade instalou-se de forma efetiva no Brasil, com a Lei Federal nº 221, de 1894, que concedeu competência aos juízes e tribunais para apreciarem a validade das leis e regulamentos e deixarem de aplicá-los aos casos concretos, se fossem manifestamente inconstitucionais.[37]

Importante ressaltar que a via de defesa poderá ser utilizada, também, através das ações constitucionais do *habeas corpus*, e do mandado de segurança ou ações ordinárias.[38] Não sendo possível, porém, utilizar o HC como via adequada para obter a declaração concentrada de inconstitucionalidade de lei em tese.

O controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente, deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo pois objeto principal da ação.[39]

9.1.1 Questão do art. 97 – cláusula de reserva de plenário

A inconstitucionalidade de qualquer ato normativo estatal só pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta da totalidade dos membros do tribunal ou, onde houver, dos integrantes do respectivo órgão especial, sob pena de absoluta nulidade da decisão emanada do órgão fraccionário (turma, câmara ou seção), em respeito à previsão do art. 97 da Constituição Federal.

Esta verdadeira *cláusula de reserva de plenário* atua como verdadeira condição de eficácia jurídica da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público, aplicando-se para todos os tribunais, via difusa, e para o Supremo Tribunal Federal, também no controle concentrado.[40]

Ressalte-se, inclusive, que na hipótese de não se obter maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado, apesar da existência de maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal não pronunciará juízo de constitucionalidade ou inconstitucionalidade com efeitos vinculantes, mantendo-se, porém, a vigência e eficácia da lei.[41] A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente proclamado que a desconsideração do princípio em causa gera, como inevitável efeito consequencial, a nulidade absoluta da decisão judicial colegiada que, emanando de órgão meramente fracionário, haja declarado a inconstitucionalidade de determinado ato estatal.[42]

O Supremo Tribunal Federal, porém, entende, excepcionalmente, dispensável a aplicação do art. 97 da Constituição Federal, desde que presentes dois requisitos:

a. existência anterior de pronunciamento da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal;
b. existência, no âmbito do tribunal *a quo*, e em relação àquele mesmo ato do Poder Público, de uma decisão plenária que haja apreciado a controvérsia constitucional, ainda que desse pronunciamento não tenha resultado o formal reconhecimento da inconstitucionalidade da regra estatal questionada.[43]

Dessa forma, conforme entendimento da Corte Suprema, “versando a controvérsia sobre ato normativo já declarado inconstitucional pelo guardião maior da Carta Política da República – o Supremo Tribunal

Federal – descabe o deslocamento previsto no art. 97 do referido Diploma maior. O julgamento de plano pelo órgão fracionado homenageia não só a racionalidade, como também implica interpretação teleológica do art. 97 em comento, evitando a burocratização dos atos judiciais no que nefasta ao princípio da economia e da celeridade. A razão de ser do preceito está na necessidade de evitar-se que órgãos fracionados apreciem, pela primeira vez, a pecha de inconstitucionalidade arguida em relação a um certo ato normativo".[44]

O STF, no sentido de reforçar a exigência constitucional, editou a Súmula Vinculante 10, com o seguinte teor: "Viola a cláusula de reserva de Plenário (CF, artigo 97) a decisão do 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."[45]

A *cláusula de reserva de plenário* não veda a possibilidade de o juiz monocrático declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público,[46] mas, sim, determina uma regra especial aos tribunais para garantia de maior segurança jurídica. Além disso, não se aplica para a declaração de *constitucionalidade* dos órgãos fracionários dos tribunais.[47]

9.1.2 Controle difuso e Senado Federal (art. 52, X, CF)

O Supremo Tribunal Federal, decidindo o caso concreto poderá, incidentalmente, declarar, por maioria absoluta de seus membros, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo do Poder Público (CF, art. 97; RISTF, arts. 176 e 177).[48]

A partir disso, poderá oficiar o Senado Federal, para que este, nos termos do art. 52, X, da Constituição, através da espécie normativa resolução, suspenda a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.[49]

Esse verdadeiro mecanismo de ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade, surgido na Constituição de 1934 e somente aplicável ao controle difuso (uma vez que no controle concentrado os efeitos da decisão são *erga omnes* e vinculantes),[50] tem por finalidade transformar em *erga omnes* os efeitos intrapartes da declaração realizada perante o julgamento de um caso concreto pelo STF, bem como em suspender os efeitos da lei viciada, para que não mais continue prejudicando a segurança jurídica.[51]

O Regimento Interno do Senado Federal prevê, em seu art. 386, que o Senado conhecerá da declaração, proferida em decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, de inconstitucionalidade, total ou parcial de lei mediante: comunicação do Presidente do Tribunal; representação do Procurador-Geral da República; projeto de resolução de iniciativa da comissão de constituição, justiça e cidadania.

A comunicação, a representação e o projeto acima referidos deverão ser instruídos com o texto da lei cuja execução se deva suspender, do acórdão do Supremo Tribunal Federal, do parecer do Procurador-Geral da República e da versão do registro taquigráfico do julgamento. Uma vez lida em plenário, a comunicação ou representação será encaminhada à comissão de constituição, justiça e cidadania, que formulará projeto de resolução suspendendo a execução da lei, no todo ou em parte.

Há, doutrinariamente, discussões sobre a natureza dessa atribuição do Senado Federal ser discricionária[52] ou vinculada,[53] ou seja, sobre a possibilidade de o Senado Federal não suspender a executoriedade da lei declarada inconstitucional, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, pela via de defesa.

Ocorre que tanto o Supremo Tribunal Federal,[54] quanto o Senado Federal,[55] entendem que esse não está obrigado a proceder à edição da resolução suspensiva do ato estatal cuja inconstitucionalidade, em caráter irrecorrível, foi declarada *in concreto* pelo Supremo Tribunal; sendo, pois,

ato discricionário do Poder Legislativo, classificado como deliberação essencialmente política, de alcance normativo,[56] no sentido referido por Paulo Brossard, de que

> "tudo está a indicar que o Senado é o juiz exclusivo do momento em que convém exercer a competência, a ele e só a ele atribuída, de suspender lei ou decreto declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. No exercício dessa competência cabe-lhe proceder com equilíbrio e isenção, sobretudo com prudência, como convém à tarefa delicada e relevante, assim para os indivíduos, como para a ordem jurídica".[57]

Assim, ao Senado Federal não só cumpre examinar o aspecto formal da decisão declaratória da inconstitucionalidade, verificando se ela foi tomada por *quorum* suficiente e é definitiva, mas também indagar da conveniência dessa suspensão.

A declaração de inconstitucionalidade é do Supremo, mas a suspensão é função do Senado. Sem a declaração, o Senado não se movimenta, pois não lhe é dado suspender a execução de lei ou decreto não declarado inconstitucional,[58] porém a tarefa constitucional de ampliação desses efeitos é sua, no exercício de sua atividade legiferante.[59]

Porém, se o Senado Federal, repita-se, *discricionariamente,* editar a resolução suspendendo no todo ou em parte lei declarada incidentalmente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, terá exaurido sua competência constitucional, não havendo possibilidade, *a posteriori*, de alterar seu entendimento para tornar sem efeito ou mesmo modificar o sentido da resolução.[60]

Ressalte-se, por fim, que essa competência do Senado Federal aplica-se à suspensão no todo ou em parte, tanto de lei federal, quanto de leis

estaduais, distritais ou municipais, declaradas, incidentalmente, inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.[61]

Observe-se, porém, que, a partir da EC nº 45/04, nas questões constitucionais de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal, analisando incidentalmente a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, poderá, imediatamente e respeitados os requisitos do art. 103-A da Constituição Federal, editar Súmula vinculante, que deverá guardar *estrita especificidade* com o assunto tratado, permitindo que se evite a demora na prestação jurisdicional em inúmeras e infrutíferas ações idênticas sobre o mesmo assunto.

Não mais será necessária a aplicação do art. 52, X, da Constituição Federal – *cuja efetividade, até hoje, sempre foi reduzidíssima* –, pois, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, o próprio Supremo Tribunal Federal poderá editar Súmula sobre a validade, a interpretação e a eficácia dessas normas, evitando que a questão controvertida continue a acarretar insegurança jurídica e multiplicidade de processos sobre questão idêntica.

9.1.3 Efeitos da declaração de inconstitucionalidade – controle difuso

A. Entre as partes do processo (ex tunc)

Declarada *incidenter tantum* a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal, desfaz-se, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as consequências dele derivadas,[62] uma vez que os atos inconstitucionais são nulos e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados. Porém, tais efeitos *ex tunc* (retroativos)

somente tem aplicação para as partes e no processo em que houve a citada declaração.

A natureza jurídica da lei ou ato normativo inconstitucional é de ato nulo, ou, como bem salientou o Ministro Celso de Mello, "a lei inconstitucional nasce morta".[63]

Em relação à limitação temporal de efeitos no controle difuso, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, em regra, "não se aplica o efeito *ex tunc* à declaração de inconstitucionalidade em processo de controle difuso".[64] Porém, como salienta o Ministro Gilmar Mendes, é possível a aplicação da limitação temporal de efeitos no sistema difuso,[65] apontando, inclusive, a "impossibilidade de declaração de efeitos retroativos para o caso de declaração de nulidade de contratos trabalhistas".[66]

Entendemos que, excepcionalmente, com base nos princípios da segurança jurídica e na boa-fé, será possível, no caso concreto, a declaração de inconstitucionalidade incidental com efeitos *ex nunc*, desde que razões de ordem pública ou social exijam.[67]

O Supremo Tribunal Federal decidiu, nesse sentido, "em face do princípio da segurança jurídica"; tendo o Ministro Gilmar Mendes destacado, ainda, que "a despeito de a ordem jurídica brasileira não possuir preceitos semelhantes aos da alemã, no sentido da intangibilidade dos atos não mais suscetíveis de impugnação, não se deveria supor que a declaração de nulidade afetasse todos os atos praticados com fundamento em lei inconstitucional. Nesse sentido, haver-se-ia de conceder proteção ao ato singular, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, procedendo-se à diferenciação entre o efeito da decisão no plano normativo e no plano das fórmulas de preclusão".[68] Igualmente, afirmou o Ministro Carlos Britto que o STF "pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação dos respectivos efeitos".[69]

Em relação à manipulação de efeitos no controle concentrado (art. 27 da Lei nº 9.868/99), denominada de modulação ou limitação temporal pelo

Supremo Tribunal Federal, conferir item 10.9, neste capítulo.

*B. Para os demais (*ex nunc*)*

A Constituição Federal, porém, previu um mecanismo de *ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal* (CF, art. 52, X). Assim, ocorrendo essa declaração, conforme já visto, o Senado Federal poderá editar uma resolução suspendendo a execução, no todo ou em parte, da lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, que terá efeitos *erga omnes*, porém, *ex nunc*, ou seja, a partir da publicação da citada resolução senatorial.

9.1.4 Controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública

O controle de constitucionalidade difuso, conforme já estudado, caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente, poderá analisar a constitucionalidade ou não de lei ou do ato normativo – seja ele municipal, estadual, distrital ou federal. Dessa forma, em tese, nada impedirá o exercício do controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública, seja em relação às leis federais, seja em relação às leis estaduais, distritais ou municipais em face da Constituição Federal (por ex.: O Ministério Público ajuíza uma ação civil pública, em defesa do patrimônio público, para anulação de uma licitação baseada em lei municipal incompatível com o art. 37 da Constituição Federal. O juiz ou Tribunal – CF, art. 97 – poderão declarar, no caso concreto, a inconstitucionalidade da citada lei municipal, e anular a licitação objeto da ação civil pública, sempre com *efeitos somente para as partes e naquele caso concreto*).[70]

Ocorre, porém, que, se a decisão do Juiz ou Tribunal, em sede de ação civil pública, declarando a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo – seja municipal, estadual, distrital ou federal –, em face da Constituição Federal gerar efeitos *erga omnes,* haverá usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, por ser o único Tribunal em cuja competência encontra-se a *interpretação concentrada da Constituição Federal*.[71]

Nesses casos, não se permitirá a utilização de ação civil pública como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade, a fim de exercer controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo.[72]

Observe-se que, mesmo em relação às leis municipais incompatíveis com a Constituição Federal, a inexistência de controle concentrado por parte do STF,[73] salvo excepcionalmente pela via da ADPF, não afasta a total impossibilidade de o *controle concentrado* da Constituição Federal ser exercido por outro órgão do Poder Judiciário, a quem caberá nessas hipóteses tão somente o exercício do *controle difuso* de constitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal, nesse sentido, afirmou ser "legítima a utilização da ação civil pública como instrumento de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não se identifique como objeto único da demanda, mas simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal".[74]

Assim, o que se veda é a obtenção de efeitos *erga omnes* nas declarações de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em sede de ação civil pública, não importa se tal declaração consta como pedido principal ou como pedido *incidenter tantum*, pois mesmo nesse a declaração de inconstitucionalidade poderá não se restringir somente às partes daquele processo, em virtude da previsão dos efeitos nas decisões em sede de ação civil pública dada pela Lei nº 7.347 de 1985.

Analisando esse complexo tema, especificamente em relação às declarações de inconstitucionalidade *incidenter tantum* em sede de ação

civil pública que acabam gerando efeitos *erga omnes*, Arruda Alvim expõe que

> "o que se percebe, claramente, é que, não incomumente, propõem-se ações civis públicas, de forma desconectada de um verdadeiro litígio, com insurgência, exclusivamente, contra um ou mais de um texto legal, e, o que se pretende na ordem prática ou pragmática é que, declarada a inconstitucionalidade de determinadas normas, não possam mais elas virem a ser aplicadas, no âmbito da jurisdição do magistrado ou do Tribunal a esses sobrepostos. Ou, se, linguisticamente, não se diz isso, é o que, na ordem prática resulta de uma tal decisão. Ora, se se pretende que determinados textos não possam vir a ser aplicados, dentro de uma dada área de jurisdição, disto se segue tratar-se efetivamente de declaração *in abstracto*, da inconstitucionalidade, ainda que possa ter sido nominado de pedido de declaração *incidenter tantum*".

e conclui o referido autor que

> "por tudo que foi dito, afigura-se-nos que inconstitucionalidade levantada em ação civil pública, como *pretenso* fundamento da pretensão, mas em que, real e efetivamente o que se persiga seja a própria inconstitucionalidade, é arguição incompatível com essa ação e, na verdade, com qualquer ação por implicar usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal".[75]

Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal não admite ação civil pública em defesa de *direitos coletivos ou difusos* como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade, vedando-a quando seus efeitos forem *erga omnes*[76] e, portanto, idênticos aos da declaração concentrada de inconstitucionalidade. Diversa, porém, é a hipótese vislumbrada pelo

Pretório Excelso quando se tratar de *direitos individuais homogêneos,* previstos no art. 81, inc. III, da Lei nº 8.078/90, pois nesses casos a decisão só alcançará este grupo de pessoas, e não estará usurpando a finalidade constitucional das ações diretas de inconstitucionalidade, sendo permitida.[77] Como ressaltado pelo próprio STF, "situação diversa ocorreria se a ação civil pública estivesse preordenada a defender direitos difusos ou coletivos (incisos I e II do citado art. 81), quando, então, a decisão teria efeito *erga omnes*, na acepção usual da expressão e, aí sim, teria os mesmos efeitos de uma ação direta, pois alçaria todos, partes ou não, na relação processual estabelecida na ação civil".[78]

Em conclusão, o que se pretende vedar é a utilização da ação civil pública como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, de forma a retirar do Supremo Tribunal Federal o controle concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos federais e estaduais em face da Constituição Federal.[79] Essa vedação aplica-se quando os efeitos da decisão da ação civil pública forem *erga omnes,* independentemente de tratar-se de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Por outro lado, não haverá qualquer vedação à declaração incidental de inconstitucionalidade (controle difuso) em sede de ação civil pública, quando, conforme salientado pelo próprio Pretório Excelso, "tratar-se de ação ajuizada, entre partes contratantes, na persecução de bem jurídico concreto, individual e perfeitamente definido, de ordem patrimonial, objetivo que jamais poderia ser alcançado pelo reclamado em sede de controle *in abstracto* de ato normativo",[80] ou seja, nessas hipóteses, será plenamente admissível "a utilização de ação civil pública como instrumento de fiscalização incidental de constitucionalidade".[81]

9.1.5 Controle difuso de constitucionalidade durante o processo legislativo

As normas de processo legislativo constitucional, previstas nos arts. 59 a 69 da Constituição Federal, possuem eficácia plena e imediata, vinculando a atividade do legislador na elaboração das diversas espécies normativas em respeito ao *devido processo legislativo*. Conforme já analisado no capítulo anterior (Processo legislativo), o respeito ao devido processo legislativo na elaboração das diversas espécies normativas é um dogma corolário à observância do princípio da legalidade, pelo que sua observância deve, se necessário for, ser garantida jurisdicionalmente.[82]

Dessa forma, indiscutível a realização de controle de constitucionalidade difuso ou concentrado em relação a normas elaboradas em desrespeito ao *devido processo legislativo,* por flagrante inconstitucionalidade formal.[83]

Recorde-se da advertência feita por Nelson Sampaio, ao acentuar a necessidade de pleno controle de constitucionalidade no processo de formação das leis, pois "as dificuldades de revisão constitucional são quase fictícias quando não há controle de constitucionalidade, pois então o poder legislativo é a última instância sobre o que é constitucional ou não."[84]

Importante, porém, analisar-se a possibilidade de o controle jurisdicional incidir sobre o *processo legislativo em trâmite*,[85] uma vez que ainda não existiria lei ou ato normativo passível de controle concentrado de constitucionalidade.

Assim, o controle jurisdicional sobre a elaboração legiferante, inclusive sobre propostas de emendas constitucionais,[86] sempre se dará de forma difusa, por meio do ajuizamento de mandado de segurança por parte de parlamentares que se sentirem prejudicados durante o processo legislativo. Reitere-se que os únicos legitimados à propositura de mandado de segurança para defesa do *direito líquido e certo de somente participarem de um processo legislativo conforme as normas constitucionais e legais* são os próprios parlamentares, cujo prosseguimento do processo, até decisão final do Supremo Tribunal Federal dependerá da manutenção do autor de

sua condição de membro do Congresso Nacional ("relação de contemporaneidade").[87]

Os parlamentares, portanto, poderão propiciar ao Poder Judiciário a análise difusa de eventuais inconstitucionalidades ou ilegalidades que estiverem ocorrendo durante o trâmite de projetos ou proposições por meio de ajuizamento de mandados de segurança contra *atos concretos* da autoridade coatora (Presidente ou Mesa da Casa Legislativa, por exemplo), de maneira a impedir o flagrante desrespeito às normas regimentais ao ordenamento jurídico e coação aos próprios parlamentares, consistente na obrigatoriedade de participação e votação em um procedimento inconstitucional ou ilegal.[88]

Não raro o Poder Judiciário deverá analisar a constitucionalidade, ou não, de determinada sequência de atos durante certo processo legislativo tendente à elaboração de uma das espécies normativas primárias, uma vez que é a própria Constituição Federal que, com riqueza de detalhes, prevê as normas básicas e obrigatórias do *devido processo legislativo* (CF, arts. 59 a 69). Quando assim atuar, o Judiciário estará realizando controle difuso de constitucionalidade, para poder – no mérito – garantir aos parlamentares o exercício de seu direito líquido e certo a somente participarem da atividade legiferante realizada em acordo com as normas constitucionais.

Igualmente, o flagrante desrespeito às normas regimentais,[89] durante o processo legislativo, caracteriza clara ilegalidade, uma vez que os regimentos internos das Casas legislativas – Regimento interno do Congresso Nacional, do Senado Federal e da Câmara dos Deputados – são resoluções, ou seja, espécies normativas primárias previstas diretamente na Constituição Federal (CF, art. 59, inc. VII). Entendemos que essa ilegalidade também será passível de controle jurisdicional, com base no art. 5º, inc. XXXV, da Carta Magna, pois a apreciação de lesão ou ameaça a direito jamais poderá ser afastada do Poder Judiciário. Dessa forma, os parlamentares são possuidores de legítimo interesse para o ajuizamento de

mandado de segurança em defesa do direito líquido e certo de somente participarem de um processo legislativo constitucional e legal, em conformidade com as normas da Constituição Federal e das resoluções, instrumentos formais que trazem os regimentos internos, não sendo, portanto, obrigados à participação e votação de um processo legislativo viciado, quer pela inconstitucionalidade, quer pela flagrante ilegalidade.

Diferentemente, porém, ocorre com a possibilidade de controle jurisdicional em relação à interpretação de normas regimentais das Casas Legislativas.[90] Nessas hipóteses, entendemos não ser possível ao Poder Judiciário, substituindo-se ao próprio legislativo, dizer qual o verdadeiro significado da previsão regimental, por tratar-se de assunto *interna corporis*, sob pena de ostensivo desrespeito à separação de Poderes (CF, art. 2º), por intromissão política do Judiciário no Legislativo.[91]

Esse posicionamento, porém, não é unânime na doutrina. Manoel Gonçalves Ferreira Filho adota posição mais restrita em relação à possibilidade de controle jurisdicional em relação às normas regimentais, afirmando que "se a observância dos preceitos constitucionais é rigorosa, absoluta, a dos regimentais não o é. A violação regimental, por isso, é suscetível de convalidação, expressa ou implícita. Destarte, no caso das normas regimentais, o Judiciário só pode verificar se a violação desta impediu a manifestação da vontade da Câmara. Nesse caso, então, deverá reconhecer a invalidade das regras assim editadas".[92]

9.1.6 Supremo Tribunal Federal e controle difuso de constitucionalidade durante o processo legislativo

O Supremo Tribunal Federal admite a possibilidade de controle de constitucionalidade durante o procedimento de feitura das espécies

normativas, especialmente em relação à necessidade de fiel observância das normas constitucionais do referido processo legislativo[93] (CF, arts. 59 a 69).

Em julgamento envolvendo proposta de emenda constitucional,[94] o plenário do STF analisou detalhadamente qual a amplitude da atuação do Poder Judiciário, em sede de controle de constitucionalidade, durante o processo de elaboração legislativa, balizando-se básica e, simultaneamente, pela necessidade de defesa a lesão a direito individual (CF, art. 5º, inc. XXXV) e da separação dos Poderes (CF, art. 2º).[95]

A matéria suscitou a formação de *duas posições no Tribunal*. Pela posição majoritária, confirmando tradicional entendimento do Pretório Excelso,[96] compete ao Poder Judiciário analisar, em sede de mandado de segurança ajuizado por parlamentar, a regularidade na observância por parte do Congresso Nacional de *normas constitucionais referentes ao processo legislativo*, uma vez que os congressistas têm *direito líquido e certo* a não participarem de processo legislativo vedado pela Constituição Federal. Contrariamente, porém, entendeu-se que interpretações de normas regimentais, por tratarem de assunto *interna corporis,* são insuscetíveis de apreciação judiciária.

Trata-se de posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal.[97]

A segunda corrente formada sobre a matéria também consagrou a existência de direito *líquido e certo* dos parlamentares a participarem do *devido processo legislativo,* porém entendeu competir ao Poder Judiciário uma análise mais ampla desse *devido processo legislativo,* tanto em relação às *normas constitucionais referentes ao processo legislativo (CF, arts. 59 a 69)*, quanto em relação às *normas do regimento interno* da Casa Legislativa, inclusive no tocante a suas interpretações, que deverá pautar-se pela constitucionalidade e legalidade.

Conforme expusemos no item anterior, concordamos com esse posicionamento.[98]

9.1.7 Controle difuso no recurso extraordinário e repercussão geral das questões constitucionais: consultar o item 4.9 do Capítulo 10.

9.2 Controle concentrado ou via de ação direta

A Constituição austríaca de 1º-10-1920 consagrou, no dizer de Eisenmann, como forma de garantia suprema da Constituição,[99] pela primeira vez, a existência de um tribunal – *Tribunal Constitucional* – com exclusividade para o exercício do controle judicial de constitucionalidade, em oposição ao consagrado *judicial review* norte-americano, distribuído por todos os juízes e tribunais.[100]

Hans Kelsen, criador do controle concentrado de constitucionalidade, justificou a escolha de um único órgão para exercer o controle de constitucionalidade salientando que

> "se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se uma tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico",

para, posteriormente, concluir que

> "se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que

> a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito".[101]

Nessa mesma época, na Alemanha, apesar de a Constituição de Weimar não prever regras sobre controle de constitucionalidade das leis imperiais, desde abril de 1921, o Tribunal do Estado passou a consagrar a revisão jurisdicional das leis federais, iniciando-se o que a doutrina alemã considera como o embrião do controle jurisdicional de constitucionalidade.[102]

O controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade surgiu no Brasil por meio da Emenda Constitucional nº 16, de 6-12-1965, que atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, apresentada pelo Procurador-geral da República,[103] apesar da existência da representação interventiva desde a Constituição de 1934.

Esse controle é exercido nos moldes preconizados por Hans Kelsen para o Tribunal Constitucional austríaco e adotados, posteriormente, pelo Tribunal Constitucional alemão, espanhol, italiano e português, competindo ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.[104]

Por meio desse controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais.

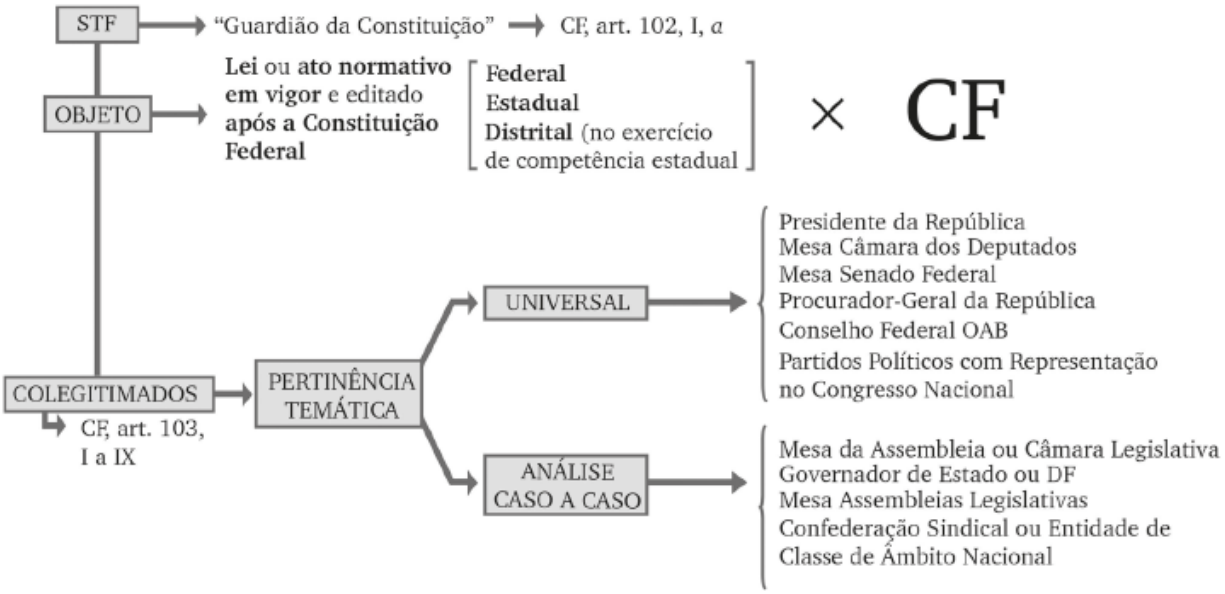
A declaração da inconstitucionalidade, portanto, é o objeto principal da ação, da mesma forma que ocorre nas Cortes Constitucionais europeias,

diferentemente do ocorrido no controle difuso, característica básica do *judicial review* do sistema norte-americano.[105]

São várias as espécies de controle concentrado contempladas pela Constituição Federal:[106]

a. ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 102, I, *a*);
b. ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III);
c. ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º);
d. ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, *a*, *in fine*; EC nº 03/93);
e. arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º).[107]

10 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE GENÉRICA



10.1 Competência

Compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

O autor da ação pede ao STF que examine a lei ou ato normativo federal ou estadual *em tese* (não existe caso concreto a ser solucionado). Visa-se, pois, obter a invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais.

A declaração da inconstitucionalidade, portanto, é o objeto principal da ação, diferentemente do ocorrido no controle difuso.

10.2 Objeto

Haverá cabimento da ação direta de inconstitucionalidade para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo *federal*, *estadual* ou *distrital*, *no exercício* de *competência equivalente à dos Estados-membros* (cf. item 10.2.5), editados posteriormente à promulgação da Constituição Federal (cf. item 10.2.6) e que ainda estejam em vigor.

O Supremo Tribunal Federal não admite ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo já revogado[108] ou cuja eficácia já tenha se exaurido[109] (por exemplo: medida provisória não convertida em lei)[110] entendendo, ainda, a prejudicialidade da ação, por perda do objeto,[111] na hipótese de a lei ou ato normativo impugnados virem a ser revogados antes do julgamento final da mesma,[112] pois, conforme entende o Pretório Excelso, a declaração em tese de ato normativo que não mais existe transformaria a ação direta em instrumento processual de proteção de situações jurídicas pessoais e concreta.[113]

A ação direta de inconstitucionalidade, a partir da edição da Lei nº 9.868/99, tem natureza dúplice, pois sua decisão de mérito acarreta os mesmos efeitos, seja pela procedência (inconstitucionalidade), seja pela

improcedência (constitucionalidade), desde que proclamada pela maioria absoluta dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, é possível afirmar que as ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade são "ações de sinais trocados", pois ambas têm natureza dúplice e a procedência de uma equivale – integralmente – à improcedência da outra e vice-versa.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal afirmou que, "para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo, há similitude substancial de objetos nas ações declaratória de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade. Enquanto a primeira destina-se à aferição positiva de constitucionalidade a segunda traz pretensão negativa. Espécies de fiscalização objetiva que, em ambas, traduzem manifestação definitiva do Tribunal quanto à conformação da norma com a Constituição Federal. A eficácia vinculante da ação declaratória de constitucionalidade, fixada pelo § 2º do artigo 102 da Carta da República, não se distingue, em essência, dos efeitos das decisões de mérito proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade".[114]

10.2.1 Conceito de leis e atos normativos

O objeto das ações diretas de inconstitucionalidade genérica, além das espécies normativas previstas no art. 59 da Constituição Federal, engloba a possibilidade de controle de todos os atos revestidos de indiscutível conteúdo normativo.[115] Assim, quando a circunstância evidenciar que o ato encerra um dever-ser e veicula, em seu conteúdo, enquanto manifestação subordinante de vontade, uma prescrição destinada a ser cumprida pelos órgãos destinatários,[116] deverá ser considerado, para efeito de controle de constitucionalidade, como ato normativo.[117] Isso não impede, porém, o controle abstrato de constitucionalidade dos decretos autônomos (por exemplo: CF, art. 84, incisos VI e XII) ou, ainda, dos decretos que tenham

extravasado o poder regulamentar do chefe do Executivo, invadindo matéria reservada à lei.[118]

Desta forma, absolutamente possível ao Supremo Tribunal Federal analisar a constitucionalidade ou não de uma emenda constitucional, de forma a verificar se o legislador-reformador respeitou os parâmetros fixados no art. 60 da Constituição Federal para alteração constitucional.[119]

Consideram-se atos normativos, por exemplo, a resolução administrativa dos Tribunais de Justiça,[120] bem como deliberações administrativas de outros órgãos do Poder Judiciário,[121] inclusive dos Tribunais Regionais do Trabalho,[122] salvo as convenções coletivas de trabalho.[123]

Ainda no conceito de atos normativos, encontram-se os atos estatais de conteúdo meramente derrogatório, como as resoluções administrativas, desde que incidam sobre atos de caráter normativo, revelando-se, pois, objeto idôneo para a instauração do controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.[124] O Supremo Tribunal Federal reconheceu o caráter normativo em resolução do Conselho Internacional de Preços.[125]

Ressalte-se, porém, que atos estatais de efeitos concretos não se submetem, em sede de controle concentrado, à jurisdição constitucional abstrata, por ausência de densidade normativa no conteúdo de seu preceito.[126]

Dessa forma, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal,

> "a ação direta de inconstitucionalidade não constitui sucedâneo da ação popular constitucional, destinada, esta sim, a preservar, em função de seu amplo espectro de atuação jurídico-processual, a intangibilidade do patrimônio público e a integridade da moralidade administrativa (CF, art. 5º, LXXIII). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem ressaltado que atos estatais de

> efeitos concretos não se expõem, em sede de ação direta, à jurisdição constitucional abstrata da Corte".[127]

Ressalte-se, ainda, que a lei que veicular matéria estranha ao enunciado constante de sua ementa, por só esse motivo, não ofende qualquer postulado constitucional, não vulnerando tampouco as regras de processo legislativo constitucional, pelo que excluída da possibilidade de declaração de inconstitucionalidade.[128]

A Súmula, porque não apresenta as características de ato normativo, também está excluída da jurisdição constitucional concentrada.[129]

Igualmente, não existe possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade de respostas do Tribunal Superior Eleitoral às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político, nos termos do art. 23, XII, do Código Eleitoral, pois "trata-se de ato sem qualquer eficácia vinculativa aos demais órgãos do Poder Judiciário",[130] o que não impede, excepcionalmente, o controle concentrado de resoluções do TSE que possuam caráter normativo e geral, como, por exemplo, a Resolução nº 21.702/04, cuja finalidade foi aplicar a todos os Municípios brasileiros a fórmula matemática criada pelo Supremo Tribunal Federal (Rextr. nº 197917/SP), com base no requisito constitucional da *proporcionalidade*, para definição do número de vereadores por Município.[131]

Nesse mesmo sentido, o STF "tem admitido o controle concentrado de constitucionalidade de preceitos oriundos da atividade administrativa dos tribunais, desde que presente, de forma inequívoca, o caráter normativo e autônomo do ato impugnado".[132]

Em relação às medidas provisórias, não há dúvidas da absoluta possibilidade da incidência do controle abstrato de constitucionalidade,[133] como já anteriormente analisado.[134]

10.2.2 Impossibilidade do controle de constitucionalidade das normas originárias

As *cláusulas pétreas* não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias inferiores em face de normas ou princípios constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado reformador, não englobando a própria produção originária.[135]

O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar a incondicional superioridade normativa da Constituição Federal, portanto, não adota a teoria alemã das normas constitucionais inconstitucionais (*verfassungswidrige Verfassungsnormem*), que possibilita a declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais positivadas por incompatíveis com os princípios constitucionais não escritos e os postulados da justiça (*Grundentscheidungen*).[136]

Assim, não haverá possibilidade de declaração de normas constitucionais *originárias* como inconstitucionais.[137]

10.2.3 Controle concentrado de lei ou ato normativo municipal ou estadual em face das Constituições Estaduais

Em relação às leis ou atos normativos *municipais* ou *estaduais* contrários às Constituições Estaduais, compete ao Tribunal de Justiça local processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade.[138]

Ressalte-se que esta previsão é da própria Constituição Federal, ao dispor no art. 125, § 2º, que os Estados organizarão sua Justiça cabendo-lhes 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.

Note-se que, se a lei ou ato normativo municipal, além de contrariar dispositivos da Constituição Federal, contrariar, da mesma forma, previsões expressas do texto da Constituição Estadual, mesmo que *de repetição obrigatória e redação idêntica*,[139] teremos a aplicação do citado art. 125, § 2º, da CF, ou seja, competência do Tribunal de Justiça do respectivo Estado-membro.[140]

Não há, porém, possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade de leis ou atos normativos municipais em face da Lei Orgânica do Município.[141]

Por fim, observe-se que quando tramitam simultânea e paralelamente duas ações diretas de inconstitucionalidade, uma perante o Tribunal de Justiça local e outra em curso no Supremo Tribunal Federal, contra a mesma *lei estadual* impugnada em face de princípios constitucionais estaduais que são *reprodução de princípios da Constituição Federal,* suspende-se o curso da ação direta proposta perante o Tribunal estadual até o julgamento final da ação ajuizada perante a Suprema Corte.[142]

10.2.4 Controle concentrado de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal

A Constituição Federal, nas previsões dos arts. 102, I, *a*, e 125, § 2º, somente deixa em aberto uma possibilidade de impugnação em relação ao objeto, relacionada à competência para processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos municipais contrários, diretamente, à Constituição Federal.

Nessas hipóteses, será inadmissível ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal[143] ou perante o

Tribunal de Justiça local,[144] inexistindo, portanto, essa espécie de controle concentrado de constitucionalidade, pois o único controle de constitucionalidade de lei e de ato normativo municipal em face da Constituição Federal que se admite, em regra, é o difuso, exercido *incidenter tantum*, por todos os órgãos do Poder Judiciário, quando do julgamento de cada caso concreto;[145] e, excepcionalmente, presente observado princípio da subsidiariedade, mediante o *controle concentrado de lei municipal* a ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal mediante arguição de descumprimento de preceito fundamental por equiparação (conferir item 14.2 neste capítulo).

O Supremo Tribunal Federal entende não ser possível nessa hipótese o controle concentrado pelo Tribunal de Justiça, pois tendo as decisões efeitos *erga omnes*, no âmbito estadual, a elas estaria vinculado o próprio Supremo Tribunal Federal, que deixaria de exercer sua missão constitucional de *guardião da Constituição*.[146]

10.2.5 Controle concentrado de lei ou ato normativo distrital em face da Constituição Federal

Em relação ao Distrito Federal, a Constituição Federal não foi explícita na previsão do controle de constitucionalidade concentrado de suas leis ou atos normativos. Porém, em virtude do art. 32 da Carta, o Distrito Federal possui as competências administrativas e legislativas cumuladas dos Estados e dos Municípios.[147]

Nesta esteira, o Supremo Tribunal Federal entendeu possível, e de sua própria competência, a ação direta de inconstitucionalidade em face de lei ou ato normativo do Distrito Federal, *desde que no exercício de competência estadual*, que afrontar a Constituição Federal. Na hipótese, porém, de lei ou ato normativo distrital, *no exercício de competência*

municipal, será inadmissível o controle concentrado, pois equivaleria à arguição de uma lei municipal em face da Constituição Federal, o que já verificamos ser impossível.[148]

10.2.6 Controle concentrado de lei ou ato normativo anterior à Constituição Federal

Importante, ainda, ressaltar que só há possibilidade de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo editado posteriormente à Constituição.

A compatibilidade dos atos normativos e das leis anteriores com a nova Constituição será resolvida pelo fenômeno da recepção,[149] uma vez que a ação direta de inconstitucionalidade não é instrumento juridicamente idôneo ao exame da constitucionalidade de atos normativos do Poder Público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência da Constituição atual.

Como ensinado por Paulo Brossard, "é por esta singelíssima razão que as leis anteriores à Constituição não podem ser inconstitucionais em relação a ela, que veio a ter existência mais tarde. Se entre ambas houver inconciliabilidade, ocorrerá revogação, dado que a lei posterior revoga a lei anterior com ela incompatível, e a lei constitucional, como lei que é, revoga as leis anteriores que se lhe oponham".[150]

A possibilidade de fiscalização da constitucionalidade de forma concentrada pelo Supremo Tribunal Federal por meio de ADI exige uma relação de contemporaneidade entre a edição da lei ou do ato normativo e a vigência da Constituição. A ausência dessa relação permitirá tão somente a análise em cada caso concreto da compatibilidade ou não da norma editada antes da Constituição com seu texto.[151]

Excepcionalmente, porém, desde que presentes os requisitos exigidos para a arguição de descumprimento de preceito fundamental, o Supremo Tribunal Federal entendeu possível o controle concentrado de lei anterior à edição da Constituição Federal nos termos da Lei nº 9.882/99 (conferir item 14.2, neste capítulo),[152] criando verdadeiro controle concentrado de recepção em nosso ordenamento jurídico.[153]

10.2.7 Controle concentrado e respeito à legalidade

A ação direta de inconstitucionalidade não é instrumento hábil para controlar a compatibilidade de atos normativos infralegais em relação à lei a que se referem, pois as chamadas *crises de legalidade*, como acentua o Supremo Tribunal Federal, caracterizadas pela inobservância do dever jurídico de subordinação normativa à lei, escapam do objeto previsto pela Constituição Federal.[154]

Dessa forma, como destaca o STF, "se o ato regulamentar vai além do conteúdo da lei, ou se afasta dos limites que esta lhe traça, pratica ilegalidade e não inconstitucionalidade, pelo que não se sujeita à jurisdição constitucional".[155]

10.2.8 Tratados internacionais e controle de constitucionalidade

A EC nº 45/04 concedeu ao Congresso Nacional, somente na hipótese de tratados e convenções internacionais que versem sobre Direitos Humanos, a possibilidade de incorporação com *status* ordinário (CF, art. 49, I) ou com *status* constitucional (CF, § 3º, art. 5º).

Os atos e tratados internacionais para serem incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, em regra, necessitam de referendo do Congresso Nacional (CF, art. 49, I), via decreto legislativo e posterior

edição de Decreto Presidencial, promulgando e publicando o ato/tratado, dando-lhe executoriedade, conforme já analisado no capítulo destinado ao processo legislativo.

Devidamente incorporado, esse ato normativo caracteriza-se como infraconstitucional para efeitos de controle de constitucionalidade, conforme já analisado no Capítulo 11 (item 4.5.3 – Tratados e atos internacionais e incorporação com *status* ordinário ou constitucional – Direitos Humanos), salvo na hipótese do § 3º, do art. 5º, pelo qual a EC nº 45/04 estabeleceu que 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.

Assim, os compromissos assumidos pelo Brasil em virtude de atos, tratados, pactos ou acordos internacionais de que seja parte, devidamente ratificados pelo Congresso Nacional e promulgados e publicados pelo Presidente da República, apesar de ingressarem no ordenamento jurídico constitucional (CF, art. 5º, § 2º), não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração de sua constituição, devendo, pois, sempre ser interpretados com as limitações impostas constitucionalmente. Como anotam Canotilho e Moreira, analisando o art. 8º da Constituição da República Portuguesa que traz regra semelhante, "as normas de direito internacional público vigoram na ordem interna com a mesma relevância das normas de direito interno, desde logo quanto à *subordinação à Constituição* – sendo, pois, inconstitucionais se infringirem as normas da constituição ou os seus princípios".[156]

Conclui-se, portanto, pela supremacia das normas constitucionais em relação aos tratados e atos internacionais, mesmo que devidamente ratificados pelo Congresso Nacional (CF, art. 49, I) e promulgados e publicados pelo Presidente da República (CF, art. 84, VIII),[157] e,

consequentemente, plena possibilidade de incidência do controle de constitucionalidade.

Podemos, portanto apontar algumas *características* relacionadas ao controle de constitucionalidade dos atos ou tratados internacionais devidamente incorporados no ordenamento jurídico nacional:

- os tratados e convenções internacionais ao serem incorporados formalmente ao ordenamento jurídico nacional qualificam-se como atos normativos infraconstitucionais.[158] Ocorrendo a incorporação dos atos e tratados internacionais pelo direito interno, essas normas situam-se no mesmo plano de validade e eficácia das normas ordinárias;[159]
- não existe hierarquia entre as normas ordinárias de direito interno e as decorrentes de atos ou tratados internacionais. A ocorrência de eventual conflito entre essas normas será resolvida ou pela aplicação do critério cronológico, devendo a norma posterior revogar a anterior, ou pelo princípio da especialidade;[160]
- esses atos normativos são passíveis de controle difuso e concentrado de constitucionalidade, pois apesar de originários de instrumento internacional não guardam nenhuma validade no ordenamento jurídico interno se afrontarem qualquer preceito da Constituição Federal.[161]

Na hipótese do § 3º, do art. 5º, pelo qual a EC nº 45/04 estabeleceu que 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, plenamente possível ao Supremo Tribunal Federal a análise da constitucionalidade ou não do texto incorporado com *status*

constitucional, desde que se verifique o respeito aos parâmetros fixados no art. 60 da Constituição para a alteração do texto constitucional.

Observe-se, porém, que o Supremo Tribunal Federal alterou seu tradicional posicionamento, passando a proclamar – por maioria – o *status da supralegalidade* dos tratados internacionais incorporados no ordenamento jurídico brasileiro antes da EC nº 45/04.

A Corte decidiu, em relação à vedação da prisão civil do depositário infiel, que "a circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia (art. 7º, 7), conduz à inexistência de balizas visando à eficácia do que previsto no art. 5º, LXVII, da CF"; concluindo, que "com a introdução do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional, restaram derrogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel".[162]

Dessa forma, o STF manteve a supremacia das normas constitucionais sobre o referido Pacto, porém inclinou-se pela interpretação da revogação das normas infraconstitucionais que disciplinavam a referida prisão civil, tendo inclusive, revogado sua Súmula 619 do STF ("A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito").

10.2.9 Controle de constitucionalidade e decretos

O Supremo Tribunal Federal, excepcionalmente, tem admitido ação direta de inconstitucionalidade cujo objeto seja decreto, quando este, no todo ou em parte, manifestamente não regulamenta lei, apresentando-se, assim, como *decreto autônomo.* Nessa hipótese, haverá possibilidade de análise de compatibilidade diretamente com a Constituição Federal para verificar-se a observância do *princípio da reserva legal.*[163]

Assim, em relação aos decretos presidenciais (CF, art. 84, IV), o Supremo Tribunal Federal, após consagrar o entendimento de que existem para assegurar a fiel execução das leis,[164] entende possível o controle concentrado de constitucionalidade dos denominados *decretos autônomos*,[165] afirmando que, "não havendo lei anterior que possa ser regulamentada, qualquer disposição sobre o assunto tende a ser adotada em lei formal. O decreto seria nulo, não por ilegalidade, mas por inconstitucionalidade, já que supriu a lei onde a Constituição exige".[166]

Nos demais casos, a questão situa-se somente no âmbito legal, não possibilitando o conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade.[167]

Assim, decreto executivo que, editado para regulamentar a lei, venha a divergir de seu sentido ou conteúdo, extravasando a previsão do art. 84, IV, da Constituição Federal (*insubordinação executiva*),[168] não poderá ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, mesmo que essa violação, reflexa e indiretamente, atinja o texto constitucional, pois o regulamento contrário à lei é ilegal.[169]

Da mesma forma, em todas as hipóteses em que a edição de atos normativos secundários, em função das leis que pretendem regulamentar, apresentarem vícios jurídicos, por desrespeito à *subordinação normativa* à lei, não caberá ação direta de inconstitucionalidade, devendo o problema ser solucionado pela supremacia da aplicação da lei.[170]

10.3 Legitimação

A Constituição de 1988, alterando uma tradição em nosso direito constitucional, que a reservava somente ao Procurador-Geral da República, ampliou a legitimidade para propositura da ação direta de inconstitucionalidade, transformando-a em legitimação concorrente.[171]

Dessa forma, são legitimados: o Presidente da República,[172] a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia

Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal,[173] o Governador do Estado ou do Distrito Federal,[174] o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Observe-se que a legitimidade ativa para propositura da ação direta engloba a legitimidade recursal,[175] sendo possível às procuradorias jurídicas estaduais interporem os recursos em nome do Governador do Estado.[176]

10.3.1 ADIn e pertinência temática

Para alguns dos legitimados do art. 103 da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal exige a presença da chamada *pertinência temática*, definida como o requisito objetivo da *relação de pertinência* entre a defesa do interesse específico do legitimado e o objeto da própria ação.[177]

Assim, enquanto se presume de forma absoluta a pertinência temática para o Presidente da República, Mesa do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, Procurador-Geral da República, Partido Político com representação no Congresso Nacional e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em face de suas próprias atribuições institucionais,[178] no que se denomina *legitimação ativa universal*,[179] exige-se a prova da pertinência por parte da Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal,[180] do Governador do Estado ou do Distrito Federal[181] das confederações sindicais ou entidades de âmbito nacional.[182]

10.3.2 ADIn e entidades de classe ou confederações sindicais

Em relação às confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional importante ressaltar que sua amplitude global deve ser verificada para análise de sua legitimidade,[183] bem como tratar-se de entidade na

defesa de uma categoria profissional, cujo conteúdo seja "imediatamente dirigido à ideia de *profissão*, – entendendo-se *classe* no sentido não de simples segmento social, de *classe social,* mas de *categoria profissional*".[184]

Não se reconhece a legitimidade para propositura de ações diretas de inconstitucionalidade às entidades sindicais de composição heterogênea, em cujo âmbito podem congregar-se tanto entes civis quanto, até mesmo, pessoas jurídicas de direito público.[185] Da mesma maneira, o STF não reconhece legitimidade para as associações que representam somente uma fração de categoria profissional e cuja norma objeto da ação acabe por extrapolar o universo de seus próprios representados.[186]

Ainda em relação à legitimidade, o Supremo Tribunal Federal, alterando posicionamento fixado desde a edição da CF/88, no sentido de ausência de legitimação ativa para o processo de controle abstrato de constitucionalidade, das entidades de classe de âmbito nacional, compostas de pessoas jurídicas (*verdadeiras associações de associações*),[187] passou a entender que a "associação de associações" possui "legitimidade *ad causam*, haja vista ser entidade de classe que atua na defesa da mesma categoria social, apesar de se reunir em associações correspondentes a cada Estado".[188]

10.3.3 Partidos políticos com representação no Congresso Nacional

O constituinte de 1988, ao possibilitar aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional a legitimação ativa universal para a propositura das ações diretas de inconstitucionalidade, rejeitou, conforme salienta Gilmar Ferreira Mendes, modelo usualmente adotado no Direito Constitucional de outros países, que outorga legitimidade para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade a determinado número de parlamentares.[189] Assim, a exigência de *partido com representação no*

Congresso Nacional é satisfeita com a representação singular, ou seja, a existência de um parlamentar, em qualquer das Casas Legislativas, filiado a determinado partido político.

Observe-se que nem o diretório regional, nem a executiva regional estão autorizados à propositura de ação direta de inconstitucionalidade, pois não podem agir, nacionalmente, em nome do Partido Político. Como salienta o Pretório Excelso, "a Constituição Federal ao atribuir no art. 103, VIII, competência a Partido Político com representação no Congresso Nacional, referiu-se à sua representação nacional, uma vez que, o órgão regional não representa o partido político, senão nos limites de sua atuação estadual".[190] Esta representação deverá ser realizada pelo Diretório Nacional ou pela Executiva do Partido, nos moldes de sua própria constituição interna.

O Supremo Tribunal Federal, alterando seu tradicional posicionamento, passou a proclamar que "a aferição da legitimidade deve ser feita no momento da propositura da ação e que a perda superveniente de representação do partido político no Congresso Nacional não o desqualifica como legitimado ativo para a ação direta de inconstitucionalidade".[191] Dessa forma, na hipótese de o partido político deixar de possuir representação congressual durante a tramitação da ação direta de inconstitucionalidade, não mais haverá perda superveniente de legitimidade e consequente prejudicialidade da ação.[192]

Ressalte-se, novamente, que os partidos políticos têm legitimação ativa universal para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, independentemente das restrições decorrentes da já estudada pertinência temática.[193]

10.3.4 Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal

A Constituição Federal determina no § 4º, do art. 57, que cada Casa legislativa se reunirá, a partir de 1º de fevereiro, para a eleição das respectivas Mesas, para mandato de dois anos, vedada a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente.

A Mesa da Câmara dos Deputados é regulamentada pelo art. 14 do seu Regimento Interno, compondo-se de presidência e secretaria, sendo a primeira, do presidente e de dois vice-presidentes; e a segunda, de quatro secretários, eleitos pela maioria de seus membros. O inciso IV, do citado art. 15, diz que a Mesa, por iniciativa própria ou a requerimento de deputado ou comissão, poderá propor ação direta de inconstitucionalidade.

A Mesa do Senado Federal é regulamentada pelo art. 46 de seu Regimento Interno, e compõe-se de presidente, dois vice-presidentes e quatro secretários, que serão eleitos em escrutínio secreto e maioria de votos, presente a maioria da composição da Casa, assegurada, tanto quanto possível, a participação proporcional das representações partidárias ou dos blocos parlamentares com atuação no Senado.[194]

As Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados são órgãos distintos da Mesa do Congresso Nacional (CF, art. 57, § 5º), que será presidida pelo Presidente do Senado Federal, e os demais cargos serão exercidos, alternadamente, pelos ocupantes de cargos equivalentes na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. Dessa forma, o Presidente do Congresso Nacional será o Presidente do Senado Federal, o 1º Vice do Congresso será o 1º Vice da Câmara dos Deputados, o 2º Vice do Congresso Nacional será o 2º Vice do Senado Federal, e assim sucessivamente.

A Mesa do Congresso Nacional não possui legitimidade para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade.

10.4 Finalidade da ação direta de inconstitucionalidade

A finalidade da ação direta de inconstitucionalidade é retirar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo incompatível com a ordem constitucional, constituindo-se, pois, uma finalidade de *legislador negativo* do Supremo Tribunal Federal, *nunca de legislador positivo*.[195] Assim, não poderá a ação ultrapassar seus fins de exclusão, do ordenamento jurídico, dos atos incompatíveis com o texto da Constituição.[196]

A ação direta de inconstitucionalidade, em virtude de sua natureza e finalidade especial, não é suscetível de desistência.[197]

Conforme aponta Gilmar Ferreira Mendes, a jurisprudência tedesca do *Bundesverfassungsgericht* direciona-se no mesmo sentido, "por militarem razões de ordem pública que estariam em perfeita compatibilidade com o caráter oficial do processo", e mais adiante indica que o Supremo Tribunal Federal, inicialmente, admitia a desistência da ação proposta, tendo, porém, afastado esse entendimento e, desde 1970, seu regimento interno, expressamente, consagra a inadmissibilidade da desistência da ação.[198]

Ressalte-se, ainda, que, em face desse *princípio da indisponibilidade*, o autor da ação direta de inconstitucionalidade também está impedido de desistir do pedido de medida cautelar formulado.[199]

10.5 Pedido de cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade

O art. 102, I, *p*, da Constituição Federal, prevê a possibilidade de solicitação de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade,[200] necessitando, porém, de comprovação de perigo de lesão irreparável, uma vez tratar-se de exceção ao princípio segundo o qual os atos normativos são presumidamente constitucionais,[201] pois, conforme ensinamento de Paulo Brossard, "segundo axioma incontroverso, a lei se presume constitucional. A lei se presume constitucional, porque elaborada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Poder Executivo, isto é, por dois dos três poderes, situados

no mesmo plano que o Judiciário".[202] Como salienta Ives Gandra Martins, por

> "ser da natureza dessa medida garantir os efeitos definitivos da ação – visto que no processo cautelar garante a liminar a utilidade do provimento decorrente de prestação jurisdicional principal, ao contrário da liminar em mandado de segurança, que garante o próprio direito lesado ou ameaçado – tem o STF entendido desde a Representação 1.391/CE que os efeitos da liminar são ***ex nunc*** e não *ex tunc*... O que tem decidido a Suprema Corte, nas liminares concedidas contra o Poder Público no processo cautelar de ações diretas, é que a liminar suspende a eficácia e a vigência da norma, mas não desconstitui ainda as relações jurídicas *constituídas* e *completadas*. Em outras palavras, as relações jurídicas já constituídas, à luz de um direito tido por constitucional, não serão desconstituídas por força da medida liminar, mas apenas pela decisão definitiva ou pela discussão em sede de controle difuso".[203]

A análise dos requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora* para a concessão de medida liminar em sede de controle abstrato de constitucionalidade admite maior discricionariedade por parte do Supremo Tribunal Federal (*conveniência política da suspensão da eficácia*), que deverá analisar a "conveniência da suspensão cautelar da lei impugnada",[204] permitindo, dessa forma, uma maior subjetividade na análise da "relevância do tema, bem assim em juízo de conveniência, ditado pela gravidade que envolve a discussão",[205] bem como da "plausibilidade inequívoca" e dos evidentes "riscos sociais ou individuais, de várias ordens, que a execução provisória da lei questionada gera imediatamente",[206] ou, ainda, das "prováveis repercussões" pela manutenção da eficácia do ato impugnado[207] e da "relevância da questão constitucional"[208] e "relevância da

fundamentação da arguição de inconstitucionalidade, além da ocorrência de *periculum in mora*, tais os entraves à atividade econômica".[209]

Conforme acentuou o Ministro Gilmar Mendes, "ao adotar o conceito jurídico indeterminado de *conveniência política da suspensão da eficácia*, procurou o Tribunal desenvolver um conceito geral que lhe outorgue maior liberdade para avaliar a necessidade ou não de suspensão cautelar da lei ou do ato normativo. É certo, por outro lado, que a utilização desse conceito permite que o Supremo Tribunal desenvolva um modelo diferenciado para o processo cautelar da ação direta de inconstitucionalidade, tanto quanto possível distinto do processo cautelar convencional".[210]

Dessa maneira, a eficácia da liminar nas ações diretas de inconstitucionalidade, que suspende a vigência da lei ou do ato normativo arguido como inconstitucional, opera com efeitos *ex nunc*, ou seja, não retroativos, portanto, a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal a defere, sendo incabível a realização de ato com base na norma suspensa.[211] Excepcionalmente, porém, desde que demonstrada a conveniência e declarando expressamente, o Supremo Tribunal Federal concede medidas liminares com efeitos retroativos (*ex tunc*).[212] Esse entendimento pacificado no STF foi formalizado pela Lei nº 9.868/99, que, no § 1º de seu art. 11, estabelece que a medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeitos *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.

Observe-se, conforme entendimento do STF, que "a obrigatoriedade de observância da decisão de liminar, em controle abstrato realizado pelo Supremo Tribunal Federal, impõe-se com a publicação da ata da sessão de julgamento no Diário da Justiça. O ajuizamento de reclamação independe tanto da publicação do acórdão cuja autoridade se quer garantir como de sua juntada".[213]

Dessa forma, a concessão da medida cautelar produzirá, em regra, efeitos não retroativos – pois ainda não houve declaração de

inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, mas sim a suspensão de sua eficácia – e em relação a todos, por tratar-se de controle abstrato de constitucionalidade. Entendendo, ainda, o Supremo Tribunal Federal possuir *efeitos vinculantes* somente a concessão da medida liminar, jamais sua negativa.[214]

A Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, ao disciplinar o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, estabeleceu que, salvo no período de recesso, a medida cautelar será concedida por *decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal*, presentes na seção no mínimo 8 (oito) ministros, e 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. Essa audiência poderá ser dispensada em caso de excepcional urgência.

A lei prevê, ainda, que o relator, julgando indispensável, ouvirá o Advogado-Geral da União e o procurador-geral da República, no prazo de 3 (três) dias.

No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma estabelecida pelo Regimento do Supremo Tribunal Federal.

A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior, uma vez que suspensos os efeitos da lei ou ato normativo impugnado, suspende-se também a revogação que havia ocorrido. A Lei nº 9.868/99, porém, autoriza que o Supremo Tribunal Federal decida a questão de forma diversa (art. 11, § 2º).

Dessa forma, a concessão da medida liminar possui *efeitos repristinatórios*, ou seja, a suspensão da eficácia da lei ou ato normativo objeto de impugnação acarretará o retorno provisório da vigência e eficácia da lei anteriormente revogada, até o julgamento do mérito da ação.[215]

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, após o transcurso de significativo lapso de tempo, demonstra a ausência do requisito do *periculum in mora,* necessário para a concessão de liminar.[216]

Ressalte-se, por fim, a plena possibilidade de reiteração do pedido de concessão de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade, desde que ocorram fatos supervenientes que autorizem a suspensão da eficácia da lei ou do ato normativo impugnado.[217]

10.6 Ação direta de inconstitucionalidade e prazo decadencial

O ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade não se sujeita à observância de qualquer prazo de natureza prescricional ou de caráter decadencial, pois os atos inconstitucionais jamais se convalidam pelo decurso do tempo.[218]

10.7 Advogado-Geral da União

Compete ao Advogado-Geral da União, em ação direta de inconstitucionalidade, a defesa da norma legal ou ato normativo impugnado, *independentemente de sua natureza federal ou estadual*,[219] pois atua como curador especial do princípio da presunção da constitucionalidade das leis e atos normativos, não lhe competindo opinar nem exercer a função fiscalizadora já atribuída ao Procurador-Geral da República, mas a função eminentemente defensiva.[220]

Dessa forma, atuando como curador da norma infraconstitucional, o Advogado-Geral da União está impedido constitucionalmente de manifestar-se contrariamente a ela, sob pena de frontal descumprimento da função que lhe foi atribuída pela própria Constituição Federal, e que configura a única justificativa de sua atuação processual, neste caso.[221] O

STF prevê, excepcionalmente, a possibilidade de o Advogado-Geral da União deixar de exercer sua função constitucional de *curador especial do princípio da constitucionalidade das leis e atos normativos*, quando houver precedente da Corte pela inconstitucionalidade da matéria impugnada.[222]

Ainda, excepcionalmente, a Corte, a partir de interpretação sistemática do texto constitucional, passou a permitir à Advocacia-Geral da União manifestar-se livremente em sede de controle abstrato de constitucionalidade – mesmo que isso signifique posicionar-se pela declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada – sempre que os interesses da União colidirem com a manutenção da norma no ordenamento jurídico. O STF, ainda, salientou que "a despeito de reconhecer que nos outros casos a AGU devesse exercer esse papel de contraditora no processo objetivo, constatou-se um problema de ordem prática, qual seja, a falta de competência da Corte para impor-lhe qualquer sanção quando assim não procedesse, em razão da inexistência de previsão constitucional para tanto".[223]

Como regra, porém, a atuação do Advogado-Geral da União permanece, como salientado pelo Supremo Tribunal Federal, de "curador da lei atacada, não lhe sendo dado, sob pena de inobservância do múnus público, adotar posição diametralmente oposta, como se atuasse como fiscal da lei, qualidade reservada, no controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo, ao Procurador-Geral da República".[224]

Observe-se que o Advogado-Geral da União não possui legitimidade para o controle concentrado de constitucionalidade, qualquer que seja sua espécie (ADI, ADC, ADPF, ADI-Omissão), havendo necessidade da assinatura do Presidente da República,[225] esse sim legitimado constitucionalmente.

10.8 Procedimento e decisão



ADI – Ação direta de inconstitucionalidade
ADC – Ação declaratória de constitucionalidade

A Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, estabelece o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade genérica, devendo ser aplicada em adequação às normas constitucionais.[226] O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal deve ser aplicado subsidiariamente.[227]

A petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade, que permitirá aditamentos,[228] desde que antes da requisição de informações ao órgão editor do ato impugnado,[229] "deverá expor os fundamentos jurídicos do pedido com relação às normas impugnadas, não sendo admitida alegação genérica sem demonstração compatível e razoável",[230] nem tampouco ataque generalizado a diversas leis ou atos normativos com alegações por amostragem.

A petição inicial será apresentada em duas vias, devendo conter cópias da lei ou do ato normativo impugnado e dos documentos necessários para comprovação da impugnação e indicará o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações. Além disso, deverá individualizar o pedido, com suas especificações.

A Lei nº 9.868/99, seguindo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, exige instrumento de procuração quando a petição inicial for subscrita por advogado.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal determinou que todas as procurações ou delegações outorgadas pelos autores de ação direta (CF, art. 103), a seus Advogados e Procuradores, contenham poderes especiais para a instauração do pertinente processo de controle normativo abstrato perante esta Corte, com a indicação objetiva do diploma legislativo ou do ato normativo, e respectivos preceitos (quando for o caso), que devam expor-se, especificamente, à impugnação em sede de ação direta de inconstitucionalidade".[231]

A petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator, cabendo agravo ao plenário do Tribunal.

Assim, ajuizada a ação, o relator pedirá informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, seja do Executivo, do Congresso Nacional ou da Assembleia Legislativa, ou ainda do Judiciário, se for o caso. As informações serão prestadas no prazo de 30 dias, contados do recebimento do pedido, podendo ser dispensadas, em caso de urgência, pelo relator *ad referendum* do Tribunal. Recebidas as informações, ou mesmo sem elas, o Advogado-Geral da União será, previamente, citado para defender o ato impugnado, sendo abertas vistas ao Procurador-Geral da República, que deverão manifestar-se, sucessivamente, no prazo de 15 dias.

Observe-se que o Procurador-Geral da República, por determinação expressa do § 1º, do art. 103, da Constituição Federal, será ouvido em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.[232]

O Procurador-Geral da República, mesmo nas ações diretas de inconstitucionalidade por ele propostas, em virtude da independência funcional dos membros do Ministério Público (CF, art. 127, § 1º), poderá ao final manifestar-se por sua improcedência,[233] o que, certamente, não

vinculará o Tribunal na apreciação da matéria.[234] Ressalte-se, porém, conforme já analisado no item 10.4, que o Procurador-Geral da República não poderá desistir de ação direta de inconstitucionalidade já proposta.[235]

O relator está autorizado pela lei, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, a requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para que, em audiência pública,[236] sejam ouvidos depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

A lei, ainda, autoriza o relator a solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais em relação à aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição. Em qualquer das hipóteses, o prazo para manifestação será de 30 dias, a partir da solicitação do relator.[237]

Ressalte-se, ainda, que a Lei nº 9.868/99 estabeleceu a possibilidade de um procedimento mais célere nas ações diretas de inconstitucionalidade, desde que haja pedido de medida cautelar.

Nessa hipótese, e entendendo o relator existir relevância da matéria e especial significado para a ordem social e segurança jurídica, poderá, após a prestação de informações no prazo de dez dias e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que optará entre somente julgar o pedido de medida cautelar, ou julgar definitivamente a ação.

10.8-A *Amicus curiae* e democratização do controle concentrado de constitucionalidade

A Lei nº 9.868/99 passou a permitir que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes (*adequacy of representation*),[238] possa, por despacho irrecorrível, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades, tendo, porém, o Supremo Tribunal Federal relativizado essa irrecorribilidade, autorizando a possibilidade de recurso pelo *amicus curiae* da decisão que haja denegado seu pedido de admissão no processo. O Plenário do STF decidiu ser irrecorrível a decisão denegatória de ingresso, no feito, como *amicus curiae*.[239]

A importância e relevância da figura do *amicus curiae*, que, uma vez admitido, deve ter ampla participação,[240] foram ressaltadas pelo Ministro Gilmar Mendes, ao ensinar que "evidenciou a relevância do *amicus curiae* como fonte de informação para a Corte, além de cumprir função integradora importante no Estado de Direito, tendo em conta o caráter pluralista e aberto de sua admissão, fundamental para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias constitucionais".[241]

Essa inovação passou a consagrar, no controle abstrato de constitucionalidade brasileiro,[242] a figura do *amicus curiae*, ou "amigo da Corte", cuja função primordial é juntar aos autos parecer ou informações com o intuito de trazer à colação considerações importantes sobre a matéria de direito a ser discutida pelo Tribunal, bem como acerca dos reflexos de eventual decisão sobre a inconstitucionalidade da espécie normativa impugnada, dispondo, conforme salientado pelo STF, "da faculdade de submeter ao relator da causa propostas de requisição de informações adicionais, de designação de peritos, de convocação de audiência públicas".

Em face do processo objetivo que rege o controle concentrado de constitucionalidade e, consequentemente, da existência de causa de pedir aberta, torna-se importante a possibilidade da opinião do *amicus curiae*, permitindo-se, pois, ao Tribunal o conhecimento pleno das posições jurídicas e dos reflexos diretos e indiretos relacionados ao objeto da ação,[243] mesmo que seu ingresso ocorra após o término do prazo de informações.[244]

Como ressaltado pelo Ministro Gilmar Mendes,

> "é possível cogitar de hipóteses de admissão de *amicus curiae*, ainda que fora desse prazo (arts. 6º e 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99)", uma vez que "essa construção jurisprudencial sugere a adoção de um modelo procedimental que ofereça alternativas e condições para permitir, de modo cada vez mais intenso, a interferência de uma pluralidade de sujeitos, argumentos e visões. Essa nova realidade pressupõe, além de amplo acesso e participação de sujeitos interessados no sistema de controle de constitucionalidade de normas, a possibilidade efetiva de o Tribunal Constitucional lançar mão de quaisquer das perspectivas disponíveis para a apreciação da legitimidade de um determinado ato questionado".[245]

A participação do *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade deve ser a mais ampla possível, pois, juntamente com as audiências públicas, foi instrumento de democratização e maior legitimação da atuação do Supremo Tribunal Federal.

Inicialmente, o STF, por maioria de votos, decidiu pela impossibilidade de sustentação oral do *amicus curiae,* que deveria, sempre, manifestar-se por escrito, sob pena de inviabilização dos trabalhos da Corte.[246] Observe-se, porém, que, fixando novo posicionamento, o STF "admitiu, excepcionalmente, a possibilidade de realização de sustentação oral por terceiros admitidos no processo abstrato de constitucionalidade, na qualidade de *amicus curiae*".[247] Ressaltou, porém, o Ministro Sepúlveda Pertence, que "compete ao Tribunal decidir a respeito, através de norma regimental, razão por que, excepcionalmente e apenas no caso concreto, admitiu a sustentação oral". Nesse novo julgamento Plenário, foram vencidos os Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie que, "salientando que a admissão da sustentação oral nessas hipóteses poderia implicar a

inviabilidade de funcionamento da Corte, pelo eventual excesso de intervenções, entendiam possível apenas a manifestação escrita".

O Supremo Tribunal Federal passou, quanto à sustentação oral do *amicus curiae*, a aplicar a regra regimental prevista no artigo 131, § 3º, permitindo um tempo máximo de 15 minutos.[248]

Entendemos, que, desde que o relator defira a participação do *amicus curiae,* sua atuação não deverá sofrer restrições, devendo o Tribunal permitir sua participação plena, inclusive com a possibilidade de manifestação oral perante seus ministros, sempre com a finalidade de trazer à colação importantes argumentos sobre a matéria de direito a ser analisada pelo Supremo Tribunal Federal.[249]

A manifestação de *amicus curiae* tem a finalidade de auxiliar na instrução do processo,[250] podendo ocorrer mesmo depois de encerrado o prazo de informações,[251] tendo, porém, o STF, estabelecido como data-limite para a intervenção do *amicus curiae* no processo, o dia da remessa dos autos à mesa para julgamento, no intuito de racionalização do procedimento e para evitar, como salientado pela maioria,[252] a transformação do "*amicus curiae* em regente do processo".[253] Não será, portanto, possível a inclusão do *amicus curiae* quando o processo já estiver incluído em pauta de julgamento,[254] ou mesmo, quando esse já tiver sido iniciado ou estiver em curso.[255]

É incompatível com a finalidade da presença do *amicus curiae* no controle concentrado a formulação de pedido ou mesmo o aditamento de pedido formulado anteriormente pelo autor,[256] pois como salientado pelo Supremo Tribunal Federal, "não obstante o relevo da participação do *amicus curiae*, como terceiro interveniente, no processo de fiscalização normativa abstrata, ele não disporia de poderes processuais que, inerentes às partes, viabilizassem o exercício de determinadas prerrogativas que se mostrassem unicamente acessíveis a elas, como o poder que assiste, ao arguente, de delimitar o objeto da demanda por ele instaurada".[257] Também

não será possível a interposição de recursos, inclusive embargos de declaração[258] ou impugnações.[259]

Observe-se, portanto, que a lei atenuou a absoluta inadmissibilidade de participação de terceiros no controle concentrado de constitucionalidade, desde que comprovado o interesse público, consubstanciado pela relevância da matéria (art. 7º, § 2º). Canotilho e Moreira, analisando idêntica hipótese, ensinam que a ação direta de inconstitucionalidade pode "envolver interesses públicos ou interesses privados dignos de consideração", concluindo que, no âmbito do Tribunal Constitucional português, "estabeleceu-se uma praxe judicial no sentido de admitir a junção de documentos por terceiros interessados".[260]

Em face das inúmeras novidades da lei, em especial a participação do *amicus curiae* e as audiências públicas, e da evolução de nossa Jurisdição Constitucional, o próprio Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo que "a intervenção de terceiros em ação direta de inconstitucionalidade tem características distintas deste instituto nos processos subjetivos".[261]

O Supremo Tribunal Federal não vem admitindo litisconsórcio ativo ou passivo[262] ou a intervenção assistencial de terceiro[263] concretamente interessado, em face da natureza *abstrata* desta espécie de controle, incompatível com o acesso de terceiros interessados somente em defender seus direitos subjetivos. Como ressalta o Ministro Celso de Mello, em relação à intervenção de terceiro, "impõe-se registrar que existia, até mesmo, norma vedatória expressa (RiSTF, art. 169, § 2º), prestigiada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, reiteradamente, tem proclamado o absoluto descabimento da intervenção de terceiros no processo objetivo de fiscalização abstrata de constitucionalidade" (RDA 155/155, Rel. Min. Soares Muñoz – RDA 157/266, Rel. Min. Néri da Silveira – Adin nº 575 (AgRg), Rel. Min. Celso de Mello, *v. g.*).[264] Ressalte-se, porém, que tal vedação não deve ser aplicada, por óbvio, aos vários legitimados constitucionalmente.

Esse posicionamento foi abrandado pela Lei nº 9.868/99, em virtude da possibilidade do *amicus curiae*, pois, como adverte o Ministro Celso de Mello, "cabe ter presente a regra inovadora constante do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, que, em caráter excepcional, abrandou o sentido absoluto da vedação pertinente à intervenção assistencial, passando, agora, a permitir o ingresso de entidade dotada de representatividade adequada no processo de controle abstrato de constitucionalidade".[265]

10.8-B Julgamento e decisão

O julgamento da ação direta de inconstitucionalidade será realizado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em respeito ao art. 97 da Constituição Federal, exigindo-se *quorum* mínimo de oito Ministros, para instalação da sessão[266] que, entendendo tratar-se de lei ou ato normativo constitucional, fará essa declaração[267] expressamente, julgando improcedente[268] a ação direta de inconstitucionalidade; ficando, destarte, vedada a possibilidade de ação rescisória deste julgado.[269]

Por outro lado, se a maioria absoluta dos membros do Tribunal julgar procedente a ação direta de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal declarará a lei ou o ato normativo inconstitucional, e consequentemente estará retirando-o do ordenamento jurídico, com os efeitos a seguir estudados.

Essa natureza dúplice da ação direta de inconstitucionalidade foi reafirmada pelo art. 23 da Lei nº 9.868/99, ao prever que, efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado, se num ou noutro sentido houver manifestação de no mínimo seis Ministros do Supremo Tribunal Federal (maioria absoluta). Caso, porém, não se obtenha maioria absoluta em nenhum sentido, o Supremo Tribunal Federal não pronunciará juízo de

constitucionalidade ou inconstitucionalidade com efeitos vinculantes, mantendo-se, porém, a vigência e eficácia da lei.[270]

Importantíssimo ressaltar que o Supremo Tribunal Federal fica condicionado ao pedido, porém não a causa de pedir, ou seja, analisará a constitucionalidade dos dispositivos legais apontados pelo autor, porém poderá declará-los inconstitucionais por fundamentação jurídica diferenciada,[271] pois, tal como o *Bundesverfassungsgericht*, não está adstrito aos fundamentos invocados pelo autor, podendo declarar a inconstitucionalidade por fundamentos diversos dos expedidos na inicial.

A vinculação do STF ao pedido feito pelo autor não afasta a possibilidade de *inconstitucionalidade por arrastamento*, quando houver relação de dependência entre o dispositivo normativo declarado inconstitucional e outros não impugnados.

A hipótese de *inconstitucionalidade por arrastamento* é possível tanto em relação a dispositivos existentes na mesma lei ou ato normativo impugnado, quanto em relação a texto normativo diverso, porém elaborado sob o seu fundamento. Na primeira hipótese, *onde todos os dispositivos estarão na mesma lei ou ato normativo*, serão declarados inconstitucionais artigos, parágrafos, incisos ou alíneas não impugnados originalmente, mas com absoluta relação de dependência com o dispositivo normativo impugnado e declarado inconstitucional. Na segunda hipótese, teremos *leis ou atos normativos diversos*, porém o substrato para a elaboração do dispositivo legal não impugnado tendo sido a lei ou ato normativo declarado inconstitucional deverá, igualmente, ter sua nulidade declarada.[272]

Essa ampla possibilidade de análise sobre a inconstitucionalidade ou não da lei ou ato normativo questionado torna impossível, conforme já salientado, qualquer que seja o resultado da ação – procedência ou improcedência –, o ajuizamento de ação rescisória.[273]

10.9 Efeitos da declaração de inconstitucionalidade – controle concentrado

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle abstrato brasileiro são, em regra: *erga omnes* (gerais), *ex tunc* (retroativos), vinculantes e repristinatórios.

Declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual, a decisão terá efeito retroativo (*ex tunc*) e para todos (*erga omnes*), desfazendo, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as consequências dele derivadas,[274] uma vez que *os atos inconstitucionais são nulos*[275] e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, inclusive os atos pretéritos com base nela praticados (efeitos *ex tunc*).[276]

Importante ressaltar que a declaração de inconstitucionalidade do ato impugnado e, consequentemente, a retroatividade de sua nulidade alcança, inclusive, sentenças judiciais transitadas em julgado, uma vez que, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, "a rescindibilidade do acórdão conflitante" decorre "do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais e da consequente prevalência da orientação fixada pelo STF". Com esse fundamento, a Corte Suprema afastou o argumento "de que a decisão proferida na ADI não poderia retrotrair para alcançar decisão coberta pelo manto da coisa julgada, tendo em conta a jurisprudência da Corte quanto à eficácia *ex tunc,* como regra, da decisão proferida em controle concentrado, a legitimar a ação rescisória de sentença que, mesmo anterior, lhe seja contrária".[277] Há, porém, necessidade de ajuizamento de ação rescisória, pois o exercício do controle concentrado de constitucionalidade, conforme apontado pelo STF, "não produz a automática reforma ou rescisão das decisões anteriores que tenham adotado

entendimento diferente. Para que haja essa reforma ou rescisão, será indispensável a interposição do recurso próprio ou, se for o caso, a propositura da ação rescisória própria".[278]

Assim, a declaração de inconstitucionalidade

> "*decreta a total nulidade dos atos emanados do Poder Público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe – ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos – a possibilidade de invocação de qualquer direito*".[279]

Note-se que, no controle concentrado de inconstitucionalidade, a lei ou o ato normativo declarado inconstitucional saem do ordenamento jurídico imediatamente com a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, não havendo aplicação do art. 52, X, da Constituição Federal, que permanece somente para a utilização no controle difuso.

Como ressaltado pelo Ministro Moreira Alves,

> "entre nós, como se adota o sistema misto de controle judiciário de inconstitucionalidade, se esta for declarada, no caso concreto, pelo Supremo Tribunal Federal, sua eficácia se limita às partes da lide, podendo o Senado Federal apenas suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 52, X, da Constituição). Já, em se tratando de declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo por meio de ação direta de inconstitucionalidade, a eficácia dessa decisão é *erga omnes* e ocorre, refletindo-se sobre o passado, com o trânsito em julgado do aresto desta Corte".[280]

Ressalte-se, ainda, que esta posição é antiga no Supremo Tribunal Federal, pois em 18-6-1977 seu então Presidente, Ministro Thompson

Flores, determinou que as comunicações ao Senado Federal, para os fins do art. 42, VII, da Constituição de 1967/69 (atual art. 52, X, da CF/88), se restringissem somente às declarações de inconstitucionalidade proferidas *incidenter tantum*, via controle difuso de constitucionalidade.[281]

10.9-A Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade

A Lei nº 9.868/99 inovou em relação à ação direta, permitindo ao Supremo Tribunal Federal a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade (modulação dos efeitos).[282]

Assim, o art. 27 prevê que "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".

O Supremo Tribunal Federal decidiu que "o sistema pátrio comporta a modulação de efeitos, sem que isso signifique violação ao texto constitucional", afirmando que "a sua adoção decorreria da ponderação entre o Estado de Direito na sua expressão legalidade e na sua vertente segurança jurídica". Ressaltou, ainda, "que o procedimento da modulação seria bifásico, escalonado e progressivo: o julgamento que se faz sobre o mérito da constitucionalidade e aquele referente à modulação de efeitos", ou seja, "ocorreriam duas apreciações autônomas e distintas, sendo que a segunda – a qual envolveria a questão da modulação – tem como pressuposto a declaração prévia de inconstitucionalidade".[283]

Dessa forma, permitiu-se ao STF a manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade denominada de modulação, ou limitação temporal pela Corte, seja em relação à sua amplitude, seja em

relação aos seus efeitos temporais, desde que presentes os dois requisitos constitucionais:[284]

- *requisito formal*: decisão da maioria de dois terços dos membros do Tribunal;
- *requisito material*: presença de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Em relação à *amplitude dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, excepcionalmente, o Supremo Tribunal Federal poderá afastar a regra geral no sentido dos efeitos gerais (*erga omnes*), para afastar a incidência de sua decisão em relação a algumas situações já consolidadas (garantia da segurança jurídica), ou ainda para limitar, total ou parcialmente, os efeitos temporais da declaração (*ex tunc*) ou os *efeitos repristinatórios* da decisão, declarando a validade de alguns atos praticados na vigência da norma ("modulação dos efeitos").[285]

Observe-se que o STF entende ser possível a utilização de embargos de declaração para fins de modulação dos efeitos de decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade,[286] ficando seu acolhimento condicionado, entretanto, à existência de pedido formulado nesse sentido na petição inicial.[287] Excepcionalmente, porém, o Supremo Tribunal Federal admitiu embargos de declaração para aplicar a modulação dos efeitos em decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade, mesmo sem pedido formulado na petição inicial.[288] Excepcionalmente, em face do princípio da segurança jurídica, o STF entende possível a "modulação dos efeitos" no controle de não recepção de norma anterior ao ordenamento jurídico[289] e também no controle difuso.[290]

Em relação aos *limites temporais da declaração de inconstitucionalidade*[291] temos a seguinte situação:[292]

- REGRA: efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativos. Não há necessidade de manifestação expressa sobre esses efeitos, pois a retroatividade é a regra em nosso direito constitucional;[293]
- PRIMEIRA EXCEÇÃO:[294] efeitos *ex nunc*, ou seja, não retroativos, a partir do trânsito em julgado da decisão em sede de ação direta de inconstitucionalidade, *desde que fixados por 2/3 dos Ministros do STF*;
- SEGUNDA EXCEÇÃO: efeitos a partir de qualquer momento escolhido pelo Supremo Tribunal Federal, *desde que fixados por 2/3 de seus Ministros.* Essa hipótese de restrição temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade tem limites lógicos que deverão ser expressamente previstos pelo Tribunal, afastando os tradicionais efeitos retroativos (*ex tunc*) da declaração de inconstitucionalidade. Note-se que Allan Brewer-Cariás aponta a tendência contemporânea na América Latina de concessão de efeitos *ex nunc* ao controle concentrado de constitucionalidade, em face das inúmeras repercussões fáticas decorrentes de uma declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, afirmando que "o princípio geral em relação aos efeitos temporais das decisões adotadas em matéria de controle de constitucionalidade das leis, é que essas têm efeitos gerais, *erga omnes*, dado seu caráter anulatório, então somente tem efeitos constitutivos, *ex nunc*, *pro futuro*;[295] STF – Pleno – ADI nº 4876 ED/DF – Rel. Min. Dias Toffoli – 20-5-2015 (ADI-4876). é dizer, não tem efeitos retroativos". O autor aponta nesse sentido: Panamá, México, Colômbia, Guatemala, Bolívia, Venezuela, Peru e Equador.[296]

O Supremo Tribunal Federal admite a prospecção dos efeitos como verdadeiro "apelo ao legislador", que deverá, em prazo fixado pela Corte, editar nova norma, que revogará aquela declarada inconstitucional, mas

cuja vigência foi mantida pela modulação dos efeitos determinada por 2/3 dos Ministros do Tribunal ("*inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade*").

Trata-se de opção interpretativa excepcional fundada em razões de segurança jurídica e interesse social, cuja finalidade é evitar a ocorrência de maiores danos sociais com a retroatividade da declaração de inconstitucionalidade. Conforme ensina o Ministro Gilmar Mendes, "razões de segurança jurídica podem obstar à revisão do ato praticado com base na lei declarada inconstitucional. Nessas hipóteses, avalia-se, igualmente, que, tendo em vista razões de segurança jurídica, a supressão da norma poderá ser mais danosa para o sistema do que a sua preservação temporária. Não há negar, ademais, que aceita a ideia da situação 'ainda constitucional', deverá o Tribunal, se tiver que declarar a inconstitucionalidade da norma, em outro momento, fazê-lo com eficácia restritiva ou limitada".[297]

O Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta, vem aplicando costumeiramente essa modulação, tendo declarado a *inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade* da lei impugnada, com a consequente declaração do Congresso Nacional em mora e fixando prazo de manutenção da vigência e eficácia da lei declarada inconstitucional (efeitos pro futuro),[298] ora de 60 dias, ora de 18 ou 24 meses, para que a situação legal pudesse ser regularizada.[299] Conforme ainda salientado pelo Ministro Gilmar Mendes, "o que importa assinalar é que, segundo a interpretação aqui preconizada, o princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social", para concluir que "a declaração de inconstitucionalidade e, portanto, da nulidade da lei instituidora de uma nova entidade federativa, o Município, constitui mais um dentre os casos – como os anteriormente citados, retirados de exemplos do direito comparado – em que as

consequências da decisão tomada pela Corte podem gerar um verdadeiro caos jurídico".[300]

Essa inovação do Supremo Tribunal Federal, em termos de controle concentrado de constitucionalidade, adotou postura austríaca, difundida posteriormente pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, pela qual o acórdão do Tribunal Constitucional poderá, excepcionalmente, e presente a necessidade de preservação da segurança jurídica, autorizar um prazo, no máximo, de 18 meses, para que o Parlamento edite uma lei em substituição daquela declarada inconstitucional.[301] Cappelletti salientou que "a Corte Constitucional austríaca tem, de resto, o poder discricionário de dispor que a anulação da lei opere somente a partir de uma determinada data posterior à publicação (*Kundmachung*) de seu pronunciamento".[302]

Esse posicionamento exprime preocupação com a *segurança jurídica*, pois os efeitos da declaração de inconstitucionalidade deverão, normalmente, ser somente *pro futuro*, não afetando, imediatamente, atos realizados com fundamento na lei, antes que principiasse a eficácia da invalidação,[303] pois, conforme salientava Hans Kelsen, "uma norma jurídica, em regra, somente é anulada com efeitos para o futuro, de forma que os efeitos já produzidos que deixar para trás permaneçam intocados".[304]

Ressalte-se, porém, que diferentemente do modelo austríaco, onde a regra é a não retroatividade da declaração (efeitos *ex nunc*) e a exceção é a possibilidade de decisão prospectiva ou efeitos *pro futuro*, defendemos, em virtude da tradição de retroatividade da declaração de inconstitucionalidade no Brasil (efeitos *ex tunc*) e das peculiaridades nacionais quanto ao número de ações diretas procedentes e consequente omissão do legislador em editar nova norma no prazo fixado pelo STF, que essa hipótese deve ser utilizada de maneira excepcionalíssima, sob pena de perpetuação da inconstitucionalidade no ordenamento jurídico.

Relembre-se que isso ocorreu no julgamento da medida liminar na ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) 23,[305] onde foi

concedida medida liminar pelo Ministro Ricardo Lewandowski, no exercício da Presidência durante o recesso de janeiro, em virtude de mora do Congresso Nacional em regulamentar, por lei complementar, nos termos do artigo 161, II, da Constituição Federal a entrega de recursos e os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE), uma vez que, em julgamento anterior, ocorrido em 24 de fevereiro de 2010 (ADIs 875, 1.987, 2.727 e 3.243), o STF declarou a inconstitucionalidade de diversos dispositivos da LC nº 62/89, modulando os efeitos de sua decisão e determinando sua aplicação até 31 de dezembro de 2012; prazo em que o Poder Legislativo deveria editar nova Lei complementar.

Transcorrido esse prazo, para que não houvesse situação de anomia jurídica em virtude da inércia do Legislativo, foi concedida liminar em ADO para estender o prazo anteriormente fixado por meio de modulação dos efeitos da ADI, prorrogando-se por mais 150 dias, período em que se determinou a permanência da vigência dos dispositivos da lei complementar anteriormente declarados inconstitucionais.

A declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade com manutenção da vigência da lei por determinado prazo até edição de nova norma pelo Poder Legislativo poderá acarretar a perpetuação *ad eterno* de norma inconstitucional pela inércia legislativa e pela possibilidade de concessão de medida liminar em ADO.

A Lei nº 9.868/99 também previu, expressamente, que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm *efeitos vinculantes* em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Dessa forma, seguindo a orientação da EC nº 03, de 17 de março de 1993, que instituiu efeitos vinculantes à ação declaratória de constitucionalidade,[306] a nova lei previu o obrigatório respeito das decisões do STF, em sede de ação direta de inconstitucionalidade.

Essa previsão foi constitucionalizada com a edição da EC nº 45/04, que, alterando a redação do § 2º, do art. 102, da Constituição Federal, estabeleceu 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, para as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade.

Assim, uma vez proferida a decisão pelo STF, haverá uma vinculação obrigatória[307] em relação a todos os órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário, que deverão pautar o exercício de suas funções na interpretação constitucional dada pela Corte Suprema, afastando-se, inclusive, a possibilidade de controle difuso por parte dos demais órgãos do Poder Judiciário. Os efeitos vinculantes se referem, inclusive, à *ratio decidendi*, para se evitar qualquer tentativa de desrespeito da decisão em sede de jurisdição constitucional.[308]

O *obiter dictum*, por sua vez, "não integra o dispositivo da decisão, nem se sujeita ao efeito vinculante".[309]

Conforme decidido pelo STF, também o efeito vinculante consiste em "atribuir ao julgado uma qualificada força impositiva e obrigatória em relação a supervenientes atos administrativos ou judiciais (= eficácia executiva ou instrumental)".[310]

Entendemos que os efeitos vinculantes somente se aplicam ao legislador em duas hipóteses: (a) não poderá editar norma derrogatória da decisão do Supremo Tribunal Federal; (b) estará impedido de editar normas que convalidem os atos nulos praticados com base na lei declarada inconstitucional.[311] Em ambas as hipóteses estará flagrante a intenção do legislador em limitar total ou parcialmente a decisão da Corte.

Não será possível, porém, a vinculação do Legislador em relação ao mérito da matéria decidida pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que poderá editar novas normas com objeto oposto ao decidido pela Corte Suprema, em virtude de sua absoluta liberdade de criação legislativa, garantindo-se, dessa forma, a possibilidade de evolução. Dessa forma, caso o Congresso Nacional edite nova lei disciplinando matéria de maneira conflituosa com entendimento anterior do STF, em sede de controle concentrado – seja por repetir lei anterior, seja por redigir entendimento muito semelhante – caberá ao Supremo, caso provocado novamente, reanalisar a matéria, no sentido de sua constitucionalidade.

Os efeitos vinculantes não devem ser aplicados ao legislador no tocante à possibilidade de edição de novas normas com preceitos semelhantes ou idênticos aos declarados inconstitucionais, uma vez que, nessas hipóteses, haverá a possibilidade de nova análise da constitucionalidade da matéria pelo Supremo Tribunal Federal, possibilitando uma evolução ou adequação às novas condições jurídicas, sociais e políticas. A ausência de efeitos vinculantes ao Legislador possibilita o dinamismo interpretativo e a constante adaptação e mutação constitucional,[312] não sendo possível, portanto, limitar o processo legislativo em virtude dos efeitos vinculantes derivados do controle concentrado de constitucionalidade, de maneira a impedir a tramitação e votação de projeto de lei contrário ao entendimento do STF em determinada matéria.[313]

Não foi outro, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, pelo qual os efeitos vinculantes não se aplicam ao Poder Legislativo, pois isso "afetaria a relação de equilíbrio entre o tribunal constitucional e o legislador, reduzindo o último a papel subordinado perante o poder incontrolável do primeiro, acarretando prejuízo do espaço democrático representativo da legitimidade política do órgão legislativo, bem como criando mais um fator de resistência a produzir o inaceitável fenômeno da chamada fossilização da Constituição".[314]

O Supremo Tribunal Federal fixou novo entendimento em relação à sua vinculação em sede de jurisdição constitucional. A vinculação do próprio Pretório Excelso aos seus julgados, em sede de controle concentrado, era o entendimento pacificado pelo Tribunal, por entender que, na análise concentrada da constitucionalidade das leis e atos normativos, não estaria o STF vinculado à causa de pedir, tendo pois cognição plena da matéria, e, portanto, podendo examinar e esgotar todos os seus aspectos constitucionais.[315]

Esse posicionamento foi alterado pela nova composição plenária do Supremo Tribunal Federal, que

> "embora salientando a necessidade de motivação idônea, crítica e consciente para justificar eventual reapreciação de uma questão já tratada pela Corte, concluiu no sentido de admitir o julgamento das ações diretas, por considerar que o efeito vinculante previsto no § 2º do art. 102 da CF não condiciona o próprio STF, limitando-se aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, e que, no caso, ficou demonstrada a distinção entre os dispositivos impugnados".[316]

A vinculação obrigatória ocorrerá nas quatro seguintes situações:

- *procedência da ação*: a norma foi declarada inconstitucional, com os efeitos já estudados acima;
- *improcedência da ação*: a norma foi declarada constitucional, permanecendo no ordenamento jurídico;
- *interpretação conforme a Constituição*: Conferir item 10.9.1, neste capítulo;
- *declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto*: Conferir item 10.9.2, neste capítulo;

- *A interpretação constitucional e o ativismo judicial* (*Neoconstitucionalismo e Positivismo*): Conferir item 10.9.3, neste capítulo.

Essa vinculação obrigatória decorre da própria racionalidade do sistema concentrado de constitucionalidade,[317] onde compete ao Supremo Tribunal Federal, por força da escolha política realizada pelo legislador constituinte originário, a guarda da Constituição Federal.

Assim, uma vez que interprete a norma constitucional abstratamente, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, a Corte Suprema define seu significado e alcance, que deverá ser respeitado por todos os demais órgãos estatais, sob pena de desrespeito à sua função constitucional.[318]

Importante, nesse sentido, lembrar a lição de Thomas Cooley, ao defender a força obrigatória dos precedentes da Corte Suprema norte-americana em sede de jurisdição constitucional, quando afirma que "os diversos departamentos governamentais são iguais em dignidade e autoridade, que é coordenada, não podendo nenhum deles submeter à outra a sua jurisdição, nem privar de qualquer porção de seu poder constitucional. Mas o poder judiciário é a autoridade suprema na interpretação da Constituição e na interpretação das leis, e as suas interpretações devem ser aceitas e observadas pelos outros departamentos... Suas sentenças tornam-se leis do país nos pontos decididos por eles, e a desobediência ou desatenção que sofram, tanto de um simples particular como de um funcionário público, produzirá nova controvérsia que em última instância virá a ser decidida da mesma maneira pelo poder judiciário".[319]

10.9-B Efeitos repristinatórios

Por fim, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou atos normativos, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, acarreta os denominados *efeitos repristinatórios*,[320] uma vez que a decretação de sua

nulidade torna sem efeito a antiga revogação que produzira, ou seja, a lei anterior *supostamente revogada* por lei inconstitucional declarada nula com efeitos retroativos (*ex tunc*) jamais perdeu sua vigência, não sofrendo solução de continuidade.[321]

Importante ressaltar a diferença entre *repristinação* e *efeitos repristinários*.

Na *repristinação,* ocorre o retorno de vigência de lei anteriormente revogada pela revogação de sua lei revogadora, desde que, nos termos do art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro, houver expressa previsão (conferir Capítulo 11, item 2.1). Dessa forma, a lei anterior *volta a ter vigência* somente a partir da *revogação* de sua lei revogadora. Exemplificando: Se a Lei A for revogada pela Lei B, em 1º de janeiro, sendo esta, posteriormente, revogada pela Lei C, que expressamente prevê a repristinação, em 30 de julho, haverá retorno da vigência da Lei A somente nessa data de 30 de julho.

Diversamente, nos *efeitos repristinatórios da declaração de inconstitucionalidade*, se a lei revogadora foi decretada nula e, consequentemente, jamais teve a força de revogar a lei anterior, essa manteve sua vigência permanente. Exemplificando: Se a Lei A for revogada pela Lei B, em 1º de janeiro, sendo esta, posteriormente, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em 30 de julho, não haverá solução de continuidade na vigência da Lei A, que manterá sua vigência inclusive no período compreendido entre 1º de janeiro e 30 de julho, em virtude dos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade.

Anote-se, por fim, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em afastar o denominado *efeito repristinatório indesejado*, ou seja, a possibilidade de manter norma anterior também inconstitucional pela declaração de inconstitucionalidade de norma posterior. No exemplo acima, se ambas as leis fossem inconstitucionais, tanto a Lei A quanto a Lei B, haveria necessidade – para que o STF declarasse a inconstitucionalidade da

Lei B –, que o autor da ação pleiteasse, também, a inconstitucionalidade da Lei A, para que esta não permanecesse no ordenamento jurídico com a mácula de nulidade.

Conforme apontado pelo Ministro Celso de Mello, em relação ao *efeito repristinatório indesejado,* há "necessidade, em tal hipótese, de formulação de pedidos sucessivos de declaração de inconstitucionalidade tanto do diploma ab-rogatório quanto das normas por ele revogadas, desde que também eivadas do vício da ilegitimidade constitucional. Ausência de impugnação, no caso, do diploma legislativo cuja eficácia restaurar-se-ia em função do efeito repristinatório. Hipótese de incognoscibilidade da ação direta",[322] uma vez que, como ressaltado pelo Ministro Eros Grau, "o entendimento é que na ação direta que vislumbre a impugnação de preceito modificador do originário, expressamente conflitante com a Constituição do Brasil, o requerente deve necessariamente pleitear a inconstitucionalidade de ambos, sob pena de a ação ser considerada incabível, consoante reiterados precedentes desta Corte".[323]

10.9-B.1 Interpretação conforme a Constituição

A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente *conformidade com as normas constitucionais*, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e consequente retirada do ordenamento jurídico.[324]

Extremamente importante ressaltar que a *interpretação conforme a Constituição* somente será possível quando a norma apresentar vários

significados, uns compatíveis com as normas constitucionais e outros não, ou, no dizer de Canotilho, "a interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe um *espaço de decisão* (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela".[325]

Portanto, não terá cabimento a *interpretação conforme a Constituição* quando contrariar texto expresso da lei, que não permita qualquer interpretação em conformidade com a Constituição, pois o Poder Judiciário não poderá, substituindo-se ao Poder Legislativo (leis) ou Executivo (medidas provisórias), atuar como *legislador positivo,* de forma a criar um novo texto legal. Nessas hipóteses, o Judiciário deverá declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo incompatível com a Constituição.

A finalidade, portanto, dessa regra interpretativa é possibilitar a manutenção no ordenamento jurídico das leis e atos normativos editados pelo poder competente que guardem valor interpretativo compatível com o texto constitucional.[326]

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, a técnica da denominada *interpretação conforme* "só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco",[327] tendo salientado o Ministro Moreira Alves que "em matéria de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, admite-se, para resguardar dos sentidos que eles podem ter por via de interpretação, o que for constitucionalmente legítimo – é a denominada interpretação conforme a Constituição".[328]

Para que se obtenha uma *interpretação conforme* a Constituição, o intérprete poderá declarar a inconstitucionalidade parcial do texto impugnado, no que se denomina *interpretação conforme com redução do*

texto, ou, ainda, *conceder* ou *excluir* da norma impugnada determinada interpretação, a fim de compatibilizá-la com o texto constitucional. Essa hipótese é denominada *interpretação conforme sem redução do texto.* Vislumbram-se, portanto, três hipóteses:

- *interpretação conforme com redução do texto:* essa primeira hipótese ocorrerá quando for possível, em virtude da redação do texto impugnado, declarar a inconstitucionalidade de determinada expressão, possibilitando, a partir dessa exclusão de texto, uma interpretação compatível com a Constituição Federal. Assim, na Adin nº 1.127-8, o STF, liminarmente, suspendeu a eficácia da expressão *ou desacato* contida no art. 7º, § 2º, do Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/94), concedendo à imunidade material dos advogados uma interpretação conforme o art. 133 da Constituição Federal;
- *interpretação conforme sem redução do texto, conferindo à norma impugnada uma determinada interpretação que lhe preserve a constitucionalidade*: nessas hipóteses, salienta o Pretório Excelso, "quando, pela redação do texto no qual se inclui a parte da norma que é atacada como inconstitucional, não é possível suprimir dele qualquer expressão para alcançar essa parte, impõe-se a utilização da técnica de concessão da *liminar para a suspensão da eficácia parcial do texto impugnado sem a redução de sua expressão literal*, técnica essa que se inspira na razão de ser da declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto em decorrência de este permitir interpretação conforme a Constituição".[329] O STF julgou parcialmente procedente ação direta de inconstitucionalidade "para declarar-se inconstitucional a expressão contida no art. 276, § 2º, da Lei nº 10.098 do Estado do RS, bem como declarar-se que os §§ 3º e 4º desse mesmo artigo *só são constitucionais com a interpretação* que exclua da

aplicação deles as funções ou empregos relativos a servidores celetistas que não se submeteram ao concurso aludido no art. 37, II, da parte permanente da CF, ou referido no § 1º, art. 19 da ADCT";[330]

- *interpretação conforme sem redução do texto, excluindo da norma impugnada uma interpretação que lhe acarretaria a inconstitucionalidade*: nesses casos, o Supremo Tribunal Federal excluirá da norma impugnada determinada interpretação incompatível com a Constituição Federal, ou seja, será reduzido o alcance valorativo da norma impugnada, adequando-a à Carta Magna. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, "por votação unânime, deferiu, em parte, o pedido de medida cautelar, para, sem redução de texto e dando interpretação conforme à Constituição, excluir com eficácia *ex tunc*, da norma constante do art. 90 da Lei nº 9.099/95, o sentido que impeça a aplicação de normas de direito penal, com conteúdo mais favorável ao réu, aos processos penais com instrução iniciada à época da vigência desse diploma legislativo".[331] Assim, "A *interpretação conforme* é plenamente aceita e utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de dar ao texto do ato normativo impugnado compatibilidade com a Constituição Federal, mesmo se necessário for a redução de seu alcance."[332] Nesse sentido, "o Tribunal, por votação majoritária, indeferiu o pedido de medida cautelar, para em interpretação conforme a Constituição e sem redução de texto, afastar qualquer exegese que inclua, no âmbito de compreensão da Lei Complementar nº 87, de 13-9-96, a prestação de serviços de navegação ou de transporte aéreo".[333]

10.9-B.2 Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto

A declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto pode ser utilizada como um mecanismo para atingir-se uma interpretação conforme a Constituição e, dessa forma, preservar-se a constitucionalidade da lei ou do ato normativo, excluindo-se algumas de suas interpretações possíveis.

Apesar de a doutrina apontar as diferenças entre a interpretação conforme à Constituição – *que consiste em técnica interpretativa* – e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto – *que configura técnica de decisão judicial* – entendemos que ambas as hipóteses se completam, de forma que diversas vezes para se atingir uma interpretação conforme a Constituição, o intérprete deverá declarar a inconstitucionalidade de algumas interpretações possíveis do texto legal, sem contudo alterá-lo gramaticalmente.[334]

Bryde, citado por Gilmar Ferreira Mendes, aponta a diferença teórica entre as duas espécies, sem porém recusar suas semelhanças quanto aos efeitos, bem como o fato do Tribunal Constitucional alemão utilizar-se da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, como instrumento para atingir-se uma interpretação conforme a Constituição. Assim, afirma Bryde que "Seria admissível que o Tribunal censurasse determinada interpretação por considerá-la inconstitucional. Isto resultaria, porém, da proximidade entre a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e a interpretação conforme à Constituição. A semelhança de efeitos dos dois instrumentos não altera a fundamental diferença existente entre eles. Eles somente poderiam ser identificados se se considerasse a interpretação conforme à Constituição não como regra normal de hermenêutica, mas como um expediente destinado a preservar *leis inconstitucionais*. Não se tem dúvida, outrossim, de que a Corte

Constitucional utiliza muitas vezes a interpretação conforme à Constituição com esse desiderato. É certo, também, que, nesses casos, mais adequada seria a pronúncia da declaração de nulidade parcial sem redução de texto. Se utilizada corretamente, a interpretação conforme à Constituição nada mais é do que interpretação da lei (*Gesetzesauslegung*), uma vez que qualquer intérprete está obrigado a interpretar a lei segundo as decisões fundamentais da Constituição".[335]

Ressalte-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, conforme verificado no item anterior, utiliza-se da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto como instrumento decisório para atingir-se uma interpretação conforme a Constituição, de maneira a salvar a constitucionalidade da lei ou do ato normativo, sem contudo alterar seu texto.

10.9-B.3 A interpretação constitucional e o ativismo judicial

No Brasil, a partir do fortalecimento do Poder Judiciário e da Jurisdição Constitucional pela Constituição de 1988, principalmente pelos complexos mecanismos de controle de constitucionalidade e pelo vigor dos efeitos de suas decisões, em especial os efeitos *erga omnes* e vinculantes, somados à inércia dos Poderes Políticos em efetivar totalmente as normas constitucionais, vem permitindo que novas técnicas interpretativas ampliem a atuação jurisdicional em assuntos tradicionalmente de alçadas dos Poderes Legislativo e Executivo.

Principalmente, a possibilidade do Supremo Tribunal Federal em conceder interpretações conforme a Constituição, declarações de nulidade sem redução de texto, e, ainda, mais recentemente, a partir da edição da Emenda Constitucional nº 45/04, a autorização constitucional para editar, de ofício, Súmulas Vinculantes não só no tocante à vigência e eficácia do

ordenamento jurídico, mas também em relação à sua interpretação, acabaram por permitir, não raras vezes, a transformação da Corte Suprema em verdadeiro *legislador positivo*, completando e especificando princípios e conceitos indeterminados do texto constitucional; ou, ainda, moldando sua interpretação com elevado grau de subjetivismo.

O *ativismo judicial,* expressão utilizada pela primeira vez em 1947 por Arthur Schlesinger Jr., em artigo sobre a Corte Suprema dos EUA, no Direito brasileiro tornou-se, portanto, tema de extrema relevância, não só quanto à sua possibilidade, mas, principalmente, em relação aos seus limites, pois há muita polêmica sobre a prática do *ativismo judicial,* inclusive no tocante à sua conceituação.

Ativismo judicial seria "uma filosofia quanto à decisão judicial mediante a qual os juízes permitem que suas decisões sejam guiadas por suas opiniões pessoais sobre políticas públicas, entre outros fatores" (cf. a respeito, *Black's Law Dictionary*), sendo apontado por alguns doutrinadores norte-americanos como uma prática, que por vezes indica a ignorância de precedentes, possibilitando violações à Constituição; ou, seria um método de interpretação constitucional, no exercício de sua função jurisdicional, que possibilita, por parte do Poder Judiciário, a necessária *colmatação das lacunas constitucionais* geradas pela omissão total ou parcial dos outros Poderes, ou ainda, pelo retardamento da edição de normas que possibilitem a plena efetividade do texto constitucional?

Teríamos com o *ativismo judicial,* clara afronta à Separação de Poderes, com direta *usurpação das funções da legislatura ou da autoridade administrativa,* como por diversas vezes apontou o Juiz Antonin Scalia, da Suprema Corte dos Estados Unidos, para desqualificar essa prática (cf. voto vencido no caso *Romer v. Evans,* 1996); ou, verdadeira necessidade constitucional permitida pelo sistema de freios e contrapesos em face da finalidade maior de garantir a plena supremacia e efetividade das normas constitucionais?

Não há dúvidas de que a eficácia máxima das normas constitucionais exige a concretização mais ampla possível de seus valores e de seus princípios, porém, em caso de inércia dos poderes políticos, devemos autorizar a atuação subjetiva do Poder Judiciário (Luís Roberto Barroso), mesmo que isso transforme o Supremo Tribunal Federal em um *superlegislador*, pois imune de qualquer controle, que não seja a própria autocontenção (*judicial restraint*), ou, devemos restringi-lo, para que não se configure flagrante desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional, usurpando, inclusive, função legiferante (Elival da Silva Ramos)?

A história do *ativismo judicial* norte-americano mostra, em face de seu alto grau de subjetivismo, momentos diversos na defesa dos Direitos Fundamentais. Há, claramente, *decisões ativistas* alinhadas com o pensamento progressista, enquanto outras, com o mais radical conservadorismo.

Aponta-se, como a primeira decisão considerada como ativista, embora inexistisse a terminologia à época, o caso *Dred Scott*, de 1857, quando julgando uma lei que libertava automaticamente os escravos que ingressassem num território onde a escravidão tivesse sido anteriormente abolida, a Suprema Corte declarou-a inconstitucional, por ferir o direito de propriedade, protegido pela cláusula do *due process of law.* Igualmente, a mesma cláusula do devido processo legal foi invocada na decisão *Lochner v. New York,* de 1905, permitindo que a Corte invalidasse direito social consagrado pela legislação, que passará a limitar a jornada de trabalho dos padeiros a dez horas diárias; o argumento foi de que a lei privava os cidadãos de sua liberdade de contratar.

Por outro lado, o *ativismo judicial* foi de imperiosa importância na questão racial norte-americana durante a Corte Warren, especialmente a partir da decisão *Brown v. Board of Education*, de 1954, em que a Corte Suprema, derrubando seu próprio precedente (*Plessy v. Ferguson*, de 1896),

decidiu ser inconstitucional lei que adotava a doutrina "iguais, mas separados", permitindo instalações públicas separadas para negros e brancos, desde que – teoricamente – fossem de igual qualidade; e, com essa postura ativa deu início ao fim da segregação racial nos Estados Unidos da América.

Outros Direitos Fundamentais foram consagrados e efetivados com a possibilidade de maior amplitude interpretativa por parte do Judiciário, como se vê em clássicas decisões ativistas da Suprema Corte Americana, tais como o reconhecimento do direito constitucional à privacidade (*Griswold v. Connecticut,* de 1965*),* a necessidade de que toda pessoa presa em flagrante ser alertada sobre seus direitos constitucionais (*Miranda v. Arizona,* 1966), e o mais controvertido de todos, o reconhecimento do direito constitucional ao aborto, como projeção do direito à privacidade (caso *Roe v. Wade*, 1973).

Não são poucos os doutrinadores que apontam enorme perigo à Democracia e à vontade popular, na utilização do *ativismo judicial*, pois como salientado por Ronald Dworkin, "o ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige".[336]

Por outro lado, não se pode ignorar a advertência feita pelo Ministro Celso de Mello, ao recordar que as "práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder

Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade."[337]

O bom senso entre a "*passividade judicial"* e o "pragmatismo jurídico", entre o "respeito à tradicional formulação das regras de freios e contrapesos da Separação de Poderes" e "a necessidade de garantir às normas constitucionais a máxima *efetividade"* deve guiar o Poder Judiciário, e, em especial, o Supremo Tribunal Federal na aplicação do *ativismo judicial*, com a apresentação de metodologia interpretativa clara e fundamentada, de maneira a balizar o excessivo subjetivismo, permitindo a análise crítica da opção tomada, com o desenvolvimento de técnicas de autocontenção judicial, principalmente, afastando sua aplicação em questões estritamente políticas, e, basicamente, com a utilização minimalista desse método decisório, ou seja, somente interferindo excepcionalmente de forma ativista, mediante a gravidade de casos concretos colocados e em defesa da supremacia dos Direitos Fundamentais.

10.9-B.4 Reclamações e garantia da eficácia das decisões do STF em sede de ação direta de inconstitucionalidade[338]

Tradicionalmente, para garantir a autoridade de suas decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal sempre admitiu a utilização de reclamação[339] (CF, art. 102, I, *l*) desde que ajuizada por um dos colegitimados para a propositura da própria ação direta de inconstitucionalidade e com o mesmo objeto.[340] Como acentua o Pretório Excelso, a necessidade de garantir-se a eficácia das decisões em sede de ações diretas de inconstitucionalidade, "notadamente em face da notória insubmissão de alguns tribunais judiciários às teses jurídicas consagradas nas decisões proferidas pelo STF", autoriza o reconhecimento de legitimidade aos órgãos ativa ou

passivamente legitimados à instauração do controle abstrato de constitucionalidade (CF, art. 103).[341]

Não era admitida, porém, reclamação requerida por terceiros pretensamente interessados, cuja alegação fosse eventual prejuízo pelo descumprimento da decisão.[342]

Em conclusão, era pacífico no Supremo Tribunal Federal,

> "hoje, a jurisprudência deste Tribunal tem se orientado no sentido de só admitir reclamação com fundamento em desrespeito à autoridade das suas decisões tomadas em ação direta nos casos em que é *requerida por quem foi parte na respectiva ação direta e que tenha o mesmo objeto:* RCL nº 399-0, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 7-3-93, maioria, in *DJU*, de 24-3-95; RCLQO nº 385-MA (medida liminar), Rel. Celso Mello, j. em 26-3-92, unânime, in *RTJ*, 146/416; RCLQO nº 397-RJ (medida liminar), Rel. Min. Celso Mello, j. em 25-11-92, unânime, in *RTJ*, 147/31; RCL nº 467-DF, Rel. Min. Celso Mello, 10-4-94, maioria, in *DJU*, de 9-12-94; RCL nº 447- -PE, Rel. Sydney Sanches, j. em 16-2-95, unânime, in 31-3-95".[343]

Com o advento da Lei nº 9.868/99 e a previsão de efeitos vinculantes, conforme já analisado, desde logo, entendemos que haveria ampliação da legitimidade para ajuizamento de reclamações, na hipótese de desrespeito dos demais órgãos do Poder Judiciário às decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade pelo STF, permitindo-se ao interessado, no caso concreto, a utilização desse instrumento para a concretização dos efeitos vinculantes. Esse posicionamento foi reforçado com a constitucionalização dos efeitos vinculantes nas ações diretas de inconstitucionalidade, por força da EC nº 45/04 (nova redação do § 2º, do art. 102, da Constituição Federal).

Esse posicionamento foi consagrado pelo Supremo Tribunal Federal, ao decidir que

> "todos aqueles que forem atingidos por decisões contrárias ao entendimento firmado pelo STF no julgamento de mérito proferido em ação direta de inconstitucionalidade sejam considerados parte legítima para a propositura de reclamação".[344]

Dessa forma, como bem salientou o Pretório Excelso, "assiste plena legitimidade ativa, em sede de reclamação, àquele – particular ou não – que venha a ser afetado, em sua esfera jurídica, por decisões de outros magistrados ou Tribunais que se revelem contrárias ao entendimento fixado, em caráter vinculante, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos processos objetivos de controle normativo abstrato instaurados mediante ajuizamento, quer de ação direta de inconstitucionalidade, quer de ação declaratória de constitucionalidade".[345]

Igualmente, nos termos do art. 103-A, § 1º, do texto constitucional, caberá reclamação para garantir os efeitos das Súmulas Vinculantes,[346] inclusive, nas hipóteses em que as decisões se basearam genericamente em princípios[347] ou em lei estadual posterior,[348] no intuito de afastar a incidência do enunciado vinculante fixado pelo Supremo Tribunal Federal.

11 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE INTERVENTIVA

	GENÉRICA	**INTERVENTIVA**
Previsão	Art. 102, I, *a*	Art. 34, VII
Legitimidade	Art. 103, I a IX	Art. 36, III
Finalidade	Jurídica	Jurídica e política

Objeto	Lei ou ato normativo estadual ou federal contrários à Constituição Federal	Lei ou ato normativo estadual contrário aos princípios sensíveis da Constituição Federal

O art. 18 da Constituição Federal afirma que a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos. Assim, a regra é a autonomia entre os entes federativos, porém, excepcionalmente, a constituição permite a intervenção, nos casos taxativos previstos nos sete incisos do art. 34.

Uma das hipóteses de decretação da intervenção federal da União nos Estados e no Distrito Federal, prevista no art. 34, VII, da Constituição Federal, fundamenta-se na defesa da observância dos chamados *princípios sensíveis*:

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 receitas de transferência, na manutenção e desenvolvimento do ensino[349] e nas ações e serviços públicos de saúde.[350]

São denominados *princípios sensíveis* constitucionais, pois sua inobservância pelos Estados-membros ou Distrito Federal no exercício de suas competências legislativas, administrativas ou tributárias pode acarretar a sanção politicamente mais grave existente em um Estado Federal, a intervenção na autonomia política.

Assim, qualquer lei ou ato normativo do Poder Público, no exercício de sua competência constitucionalmente deferida que venha a violar um dos princípios sensíveis constitucionais, será passível de controle concentrado de constitucionalidade, pela via da ação interventiva.

Nessa hipótese, porém, a chamada *intervenção normativa* dependerá de provimento pelo Supremo Tribunal Federal, da ação direta de inconstitucionalidade interventiva, proposta pelo Procurador-Geral da República, que detém legitimação exclusiva. Note-se que o fato de a Constituição Federal referir-se à *representação do Procurador-Geral da República* não altera sua natureza jurídica de ação, pois, como lembrava Alfredo Buzaid, "o poder de submeter ao julgamento do Supremo Tribunal Federal o ato arguido de inconstitucionalidade representa o exercício de direito de ação".[351]

O Procurador-Geral, no exercício de suas atribuições e com base na independência funcional do Ministério Público, não está obrigado nem poderá ser compelido a ajuizar, perante o Supremo Tribunal Federal, a citada ação, tornando-se, como lembra Celso de Mello, "perfeitamente lícito ao PGR determinar o *arquivamento* de qualquer representação que lhe tenha sido dirigida. O PGR atua discricionariamente".[352]

A ação direta interventiva possui dupla finalidade, pois pretende a declaração de inconstitucionalidade formal ou material da lei ou ato normativo estadual (finalidade jurídica) e a decretação de intervenção federal no Estado-membro ou Distrito Federal (finalidade política), constituindo-se, pois, um *controle direto, para fins concretos*,[353] o que torna inviável a concessão de liminar.[354]

Uma vez julgada procedente a ação interventiva, e após seu trânsito em julgado, o Supremo comunicará a autoridade interessada, bem como o Presidente da República, para as providências constitucionais (RISTF, art. 175, parágrafo único).

A decretação da intervenção federal será sempre realizada pelo Presidente da República (CF, art. 84, X), porém na presente hipótese dependerá de requisição do Supremo Tribunal Federal, cujo Decreto se limitará a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade. Caso não seja suficiente, será decretada a intervenção, rompendo-se momentaneamente com a autonomia do Estado-membro.

Trata-se, portanto, de espécie de intervenção provocada por requisição. Uma vez decretada a intervenção, não haverá controle político, pois a Constituição Federal exclui a necessidade de apreciação pelo Congresso Nacional. Sua duração, bem como os limites, serão fixados no Decreto presidencial, até que ocorra o retorno da normalidade do pacto federativo.

12 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ADO)

12.1 Finalidade

A Constituição Federal prevê que, declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias.[355]

O objetivo pretendido pelo legislador constituinte de 1988, com a previsão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, foi conceder plena eficácia às normas constitucionais, que dependessem de complementação infraconstitucional. Assim, tem cabimento a presente ação, quando o poder público se abstém de um *dever* que a Constituição lhe atribuiu.

12.2 Objeto

As hipóteses de ajuizamento da presente ação não decorrem de qualquer espécie de omissão do Poder Público, mas em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e de caráter impositivo,[356] em que a constituição investe o Legislador na obrigação de expedir comandos normativos. Além disso, as normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade,[357] por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade, são suscetíveis de ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

12.3 Inconstitucionalidade por omissão

Na conduta negativa consiste a inconstitucionalidade. A constituição determinou que o Poder Público tivesse uma conduta positiva, com a finalidade de garantir a aplicabilidade e eficácia da norma constitucional. O Poder Público omitiu-se, tendo, pois, uma conduta negativa.[358]

A incompatibilidade entre a *conduta positiva* exigida pela constituição e a *conduta negativa* do Poder Público omisso configura-se na chamada *inconstitucionalidade por omissão*.[359]

Não se deve, porém, confundir "omissão legislativa" com "opção legislativa", que se consubstancia em legítima discricionariedade do Congresso Nacional, no exercício de sua função legiferante precípua.[360] Portanto, só há o cabimento da presente ação quando a constituição *obriga* o Poder Público a emitir um comando normativo e este se queda inerte, pois, como ressalta Canotilho,

> "a omissão legislativa (e ampliamos o conceito também para a administrativa) só é autônoma e juridicamente relevante quando se conexiona com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislador para dar fundamento

> a uma omissão constitucional. Um dever jurídico-constitucional de ação existirá quando as normas constitucionais tiverem a natureza de imposições concretamente impositivas".[361]

Note-se que esta omissão poderá ser *absoluta* (total) ou *relativa* (parcial), como afirma Gilmar Ferreira Mendes, pois "a total ausência de normas, como também a omissão parcial, na hipótese de cumprimento imperfeito ou insatisfatório de dever constitucional de legislar".[362] O que se pretende é preencher as lacunas inconstitucionais, para que todas as normas constitucionais obtenham eficácia plena.[363]

Para combater esta omissão, denominada doutrinariamente de *síndrome de inefetividade* por acarretar a inaplicabilidade de algumas normas constitucionais, a Constituição Federal trouxe-nos a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

12.3.1 Legitimidade e procedimento

A Lei nº 12.063, de 27-10-2009, estabeleceu a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, acrescentando o Capítulo II-A, com os arts. 12-A até 12-H na Lei nº 9.868, de 10-11-1999.

São legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, as Mesas das Assembleias Legislativas e da Câmara Legislativa, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, partidos políticos com representação no Congresso Nacional, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.[364]

O procedimento da ação direta de inconstitucionalidade genérica estabelecido na Lei nº 9.868/99 será aplicado, no que couber, à ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade por omissão deverá, obrigatoriamente, indicar a omissão inconstitucional *total* ou *parcial* quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa; bem como o pedido, com suas especificações.

A petição inicial inepta, não fundamentada, e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator, cabendo agravo desta decisão.

Importante salientar que inexiste prazo para a propositura da presente ação, havendo porém necessidade de aferir-se caso a caso a existência do transcurso de tempo razoável, que já houvesse permitido a edição da norma faltante.[365]

Não é obrigatória a oitiva do Advogado-Geral da União, nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, uma vez que inexiste ato impugnado a ser defendido,[366] porém, a Lei nº 12.063/09 trouxe importante novidade, pois a critério do relator poderá se manifestar. O Procurador-Geral da República, porém, sempre deverá se manifestar, no prazo de 15 dias, após o decurso do prazo para informações.

12.4 Decisão do Supremo Tribunal Federal

Declarando o Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade por omissão, por ausência de medida legal que torne a norma constitucional efetiva, deverá dar ciência ao Poder ou órgão competente para:[367]

1. **Órgão administrativo**: adoção de providências necessárias em 30 dias ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido. A fixação de prazo permite a futura responsabilização do Poder Público administrativo, caso a omissão permaneça.

2. **Poder Legislativo**: ciência para adoção das providências necessárias, sem prazo preestabelecido. Nessa hipótese, o Poder Legislativo tem a oportunidade e a conveniência de legislar, no exercício constitucional de sua função precípua, não podendo ser forçado pelo Poder Judiciário a exercer seu *munus*, sob pena de afronta a separação dos Poderes, fixada pelo art. 2º da Carta Constitucional.[368] Como não há fixação de prazo para a adoção das providências cabíveis, igualmente, não haverá possibilidade de responsabilização dos órgãos legislativos. Declarada, porém, a inconstitucionalidade e dada ciência ao Poder Legislativo, fixa-se judicialmente a ocorrência da omissão, com efeitos retroativos *ex tunc* e *erga omnes*, permitindo-se sua responsabilização por perdas e danos, na qualidade de pessoa de direito público da União Federal,[369] se da omissão ocorrer qualquer prejuízo.

Dessa forma, a natureza da decisão nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão tem caráter obrigatório ou mandamental, pois o que se pretende constitucionalmente é a obtenção de uma ordem judicial dirigida a outro órgão do Estado.

12.5 ADI por omissão (ADO) e medida liminar

A doutrina e o próprio Supremo Tribunal Federal sempre entenderam incompatível com o objeto da referida demanda a concessão da liminar. Se nem mesmo o provimento judicial último pode implicar o afastamento da omissão, como salientou o próprio Supremo Tribunal Federal, o que se dará quanto ao exame preliminar?[370]

Ocorre, porém, que a Lei nº 12.063/09 trouxe importante novidade no procedimento das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, prevendo a possibilidade – *em caso de excepcional urgência e relevância da matéria* –, de concessão da medida cautelar pela maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal, após a audiência, no prazo de 5

dias, dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional e, se o relator entender indispensável, no prazo de 3 dias, a oitiva do Procurador-Geral da República.

A concessão da medida cautelar, que deverá ser publicada em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União, poderá consistir em:

- suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, somente em se tratando de hipótese de *omissão parcial;*
- suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos;
- quaisquer outras providências a serem fixadas pelo STF.

Na ADO 23 MC/DF,[371] foi concedida medida liminar em ADI por omissão pelo Ministro Ricardo Lewandowski, no exercício da Presidência durante o recesso de janeiro, em virtude de mora do Congresso Nacional em regulamentar, por lei complementar, nos termos do artigo 161, II, da Constituição Federal a entrega de recursos e os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE), uma vez que, em julgamento anterior, ocorrido em 24 de fevereiro de 2010 (ADIs 875, 1.987, 2.727 e 3.243), o STF declarou a inconstitucionalidade de diversos dispositivos da LC 62/89, modulando os efeitos de sua decisão e determinando sua aplicação até 31 de dezembro de 2012, prazo em que o Poder Legislativo deveria editar nova Lei complementar.

Transcorrido esse prazo, para que não houvesse situação de anomia jurídica em virtude da inércia do Legislativo, foi concedida liminar em ADO para estender o prazo anteriormente fixado por meio de modulação dos efeitos da ADI, prorrogando-se por mais 150 dias, período em que se determinou a permanência da vigência dos dispositivos da lei complementar anteriormente declarados inconstitucionais.

13 AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

13.1 Previsão

A Emenda Constitucional nº 3, de 17-3-1993, introduziu em nosso ordenamento jurídico constitucional uma nova espécie dentro do controle de constitucionalidade, que posteriormente sofreu alterações com a EC nº 45/03, a ação declaratória de constitucionalidade.

Alterou-se o art. 102, I, *a*; e foram criados o § 2º ao art. 102 e o § 4º ao art. 103, da Constituição Federal, sendo que, nesse último caso, houve revogação pela EC nº 45/04.

Compete, portanto, ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Apesar da ampla discussão doutrinária sobre a inconstitucionalidade da EC nº 3, de 17-3-1993, no tocante à criação da ação declaratória de constitucionalidade,[372] o plenário do Supremo Tribunal Federal já declarou incidentalmente tanto a sua constitucionalidade, como sua aplicabilidade imediata, sem necessidade de lei regulamentando seu procedimento.[373]

Entretanto, a possibilidade de criação de uma *ação declaratória de constitucionalidade de âmbito estadual* divide a doutrina. José Afonso da Silva não admite tal possibilidade, por ausência de previsão constitucional,[374] enquanto Nagib Slaibi Filho entende permitida ao Estado-membro, no exercício de sua competência remanescente, a criação dessa ação na esfera estadual, desde que respeitado o paradigma da Constituição Federal.[375] Parece-nos que a razão está com Nagib Slaibi Filho, uma vez que é característica da Federação a autonomia dos Estados-membros, que engloba a capacidade de auto-organização por meio de suas respectivas Constituições estaduais. Assim, e desde que seguissem o modelo federal,

nada estaria a impedir que o legislador constituinte-reformador estadual criasse por emenda constitucional uma *ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual, em face da Constituição Estadual, a ser ajuizada no Tribunal de Justiça e tendo como colegitimados, em virtude da EC nº 45/04, os respectivos estaduais, para os colegitimados do art. 103 da CF, para a ação direta de inconstitucionalidade.*

13.2 Finalidade

A ação declaratória de constitucionalidade, que consiste em típico processo objetivo destinado a afastar a insegurança jurídica ou o estado de incerteza sobre a validade de lei ou ato normativo federal, busca preservar a ordem jurídica constitucional.

Ressalte-se que as leis e atos normativos são presumidamente constitucionais, porém esta presunção, por ser *relativa*, poderá ser afastada, tanto pelos órgãos do Poder Judiciário, por meio do controle difuso de constitucionalidade, quanto pelo Poder Executivo, que poderá recusar-se a cumprir determinada norma legal por entendê-la inconstitucional.

Neste ponto, situa-se a finalidade precípua da ação declaratória de constitucionalidade: *transformar a presunção relativa de constitucionalidade em presunção absoluta, em virtude de seus efeitos vinculantes.*

Portanto, o objetivo primordial da ação declaratória de constitucionalidade é transferir ao STF a decisão sobre a constitucionalidade de um dispositivo legal que esteja sendo duramente atacado pelos juízes e tribunais inferiores, afastando-se o controle difuso da constitucionalidade. Uma vez que declarada a constitucionalidade da norma, o Judiciário e também o Executivo ficam vinculados à decisão proferida.[376]

13.3 Legitimidade

A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta, nos termos da EC nº 45/04,[377] pelos mesmos colegitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, pelos Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa, Governador de Estado ou do Distrito Federal,[378] Procurador-Geral da República,[379] Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.[380]

As mesmas observações analisadas em relação à legitimidade para propositura da ação direta de inconstitucionalidade são aplicáveis, a partir da EC nº 45/04, à ação declaratória de constitucionalidade (conferir, nesse mesmo capítulo, item 10.3).[381]

13.4 Objeto

Somente poderá ser objeto de ação declaratória de constitucionalidade a lei ou ato normativo federal,[382] sendo, porém, pressuposto para seu ajuizamento a demonstração, juntamente com a petição inicial, de *comprovada controvérsia* judicial que coloque em risco a presunção de constitucionalidade do ato normativo sob exame, a fim de permitir ao Supremo Tribunal Federal o conhecimento das alegações em favor e contra a constitucionalidade, bem como o modo pelo qual estão sendo decididas as causas que envolvem a matéria.[383]

A *comprovação da controvérsia* exige prova de divergência judicial, e não somente de entendimentos doutrinários diversos, como na hipótese citada pelo Ministro Carlos Velloso, exigindo-se "existência de inúmeras ações em andamento em juízos ou tribunais, em que a constitucionalidade da lei é impugnada",[384] pois, como afirmado pelo Ministro Néri da Silveira,

> "não se trata de consulta à Suprema Corte, mas de ação com decisão materialmente jurisdicional, impõe-se, à instauração da demanda em exame, que se faça comprovada, desde logo, a existência de controvérsia em torno da validade ou não da lei ou ato normativo federal".[385]

Ainda, como ressalta o Supremo Tribunal Federal,

> "a delimitação do objeto da ação declaratória de constitucionalidade não adstringe aos limites do objeto fixado pelo autor, mas estes estão sujeitos aos lindes da controvérsia judicial que o autor tem que demonstrar".[386]

13.5 Procedimento e julgamento

O Supremo Tribunal Federal declarando a imediata aplicabilidade da ação declaratória de constitucionalidade, fixou seu procedimento até a edição de lei regulamentando-a, seguindo o voto do Ministro-relator Moreira Alves,[387] que com a devida *vênia* será transcrito parcialmente:

> "A Emenda Constitucional nº 3, de 1993, ao instituir a ação declaratória de constitucionalidade, já estabeleceu quais são os legitimados para propô-la e quais são os efeitos de sua decisão definitiva de mérito. Silenciou, porém, quanto aos demais aspectos processuais a serem observados com referência a essa ação. Tendo em vista, porém, que a natureza do processo relativo a essa ação é a mesma da ação direta de inconstitucionalidade, é de adotar-se a disciplina desta nesse particular, exceto no que se diferenciam pelo seu fim imediato, que é oposto – a ação direta de inconstitucionalidade visa diretamente à declaração de inconstitucionalidade do ato normativo, ao passo que a ação declaratória de constitucionalidade visa diretamente à declaração

de constitucionalidade do ato normativo –, e que acarreta a impossibilidade da aplicação de toda a referida disciplina. Atento a esta diretriz, já determinei aos requerentes da presente ação – que atenderam a essa exigência – a juntada da documentação relativa ao processo legislativo da Emenda Constitucional em causa para que o Tribunal, que tem de examinar a constitucionalidade dela sob todos os seus ângulos, disponha dos elementos que dizem respeito à sua constitucionalidade formal. Por outro lado, partindo do pressuposto de que é ínsita à propositura dessa ação a demonstração, em sua inicial – com a juntada de sua comprovação –, da controvérsia judicial que põe risco a presunção de constitucionalidade do ato normativo sob exame, observo que, no caso, esse requisito está devidamente preenchido, permitindo à Corte o conhecimento das alegações em favor da constitucionalidade e contra ela, e do modo como estão sendo decididas num ou noutro sentido. Não sendo indispensável, em processo objetivo, que haja legitimado passivo para contestar a ação, parece-me que só a lei poderá, para a colheita de mais alegações (ou para o fortalecimento das já conhecidas) em favor da inconstitucionalidade do ato normativo em causa, determinar que todos os legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade, ou alguns deles, possam intervir no processo relativo à ação declaratória de constitucionalidade. (...) *No processo da ação declaratória de constitucionalidade, por visar à preservação da presunção de constitucionalidade do ato normativo que é seu objeto, não há razão para que o Advogado-Geral da União atue como curador dessa mesma presunção*, aliás, o silêncio da Emenda Constitucional nº 3 a esse respeito, não obstante tenha incluído um § 4º no artigo 103 da Carta Magna, é um silêncio eloquente, a afastar a ideia de que houve

> omissão, a propósito, por inadvertência. Também na ação declaratória de constitucionalidade faz-se mister o parecer do Procurador-Geral da República, como órgão do Ministério Público como *custos legis* em sentido amplo. Por fim, o julgamento dessa ação declaratória observará, por inteiramente aplicável, a disciplina do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, inclusive quanto ao *quorum* para a declaração da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade do ato normativo em causa."

A Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, estabeleceu o procedimento da ação declaratória de constitucionalidade, seguindo os preceitos básicos fixados pelo Supremo Tribunal Federal.

A petição inicial será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato normativo questionado e dos documentos necessários para comprovação da procedência do pedido de declaração de constitucionalidade e indicará o dispositivo da lei ou do ato normativo questionado e os fundamentos jurídicos do pedido. Além disso, deverá individualizar o pedido, com suas especificações e, conforme já analisado, *demonstrar a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.*

A Lei nº 9.868/99, seguindo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, exige instrumento de procuração quando a petição inicial for subscrita por advogado.

A petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator, cabendo agravo ao plenário do Tribunal.

A Lei nº 9.868/99 autorizou o relator, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, a requisitar informações

adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para que, em audiência pública, sejam ouvidos depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. A lei, ainda, autoriza o relator a solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais em relação à aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição. Em qualquer das hipóteses, o prazo para manifestação será de 30 dias, a partir da solicitação do relator.

Previu-se, ainda, que, uma vez proposta a ação declaratória, não se admitirá desistência.

Resumidamente, poderíamos estabelecer os seguintes procedimentos para as ações declaratórias de constitucionalidade, fixados, inicialmente, pelo STF e depois regulamentados pela Lei nº 9.868/99:

- adoção da disciplina da ação direta de inconstitucionalidade;
- necessidade de juntada da documentação relativa ao processo legislativo do ato normativo envolvido, se for alegado vício formal no processo legislativo;
- demonstração de controvérsia judicial que ponha em risco a presunção de constitucionalidade da lei ou do ato normativo federal;[388]
- impossibilidade de desistência;
- impossibilidade de admissão de terceiros na relação processual, pela inexistência de sujeito passivo;[389]
- desnecessidade da oitiva do Advogado-Geral da União;
- oitiva do Procurador-Geral da República, na qualidade de *custos legis*, no prazo de 15 dias;
- aplicação do *quorum* relativo à ação direta de inconstitucionalidade.

Ainda, relacionando-se com o procedimento, não nos parece que haja vedação à concessão de liminar que assegure a plena aplicação da lei controvertida até a pronúncia da decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, ressalvando-se, porém, que a liminar não produziria efeitos vinculantes, em face da clareza e taxatividade da afirmação da Constituição: *decisões definitivas de mérito.*[390]

Não foi esse, porém, o entendimento do Plenário do Supremo Tribunal Federal, que, por maioria de votos, conheceu do pedido de medida cautelar, com efeitos vinculantes, por entender possível o exercício, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de ação declaratória de constitucionalidade, do poder geral de cautela.[391]

Dessa forma, no julgamento da ação declaratória de constitucionalidade nº 4-6, o Tribunal concedeu a medida cautelar,[392] com eficácia *ex nunc* e com efeitos vinculantes, até o final julgamento da ação.[393]

O Ministro Celso de Mello salientou, em defesa da possibilidade da concessão de liminar em sede de ação declaratória de constitucionalidade com efeitos vinculantes, que "impõe-se reconhecer, no âmbito desse novo instrumento de direito processual constitucional, que se revela admissível o exercício, pelo STF, do poder cautelar de que se acha naturalmente investido, quer como Tribunal judiciário, quer, especialmente, como Corte Constitucional", uma vez que "os provimentos de natureza cautelar acham-se instrumentalmente vocacionados a conferir efetividade ao julgamento final resultante do processo principal, assegurando, desse modo, plena eficácia à tutela jurisdicional de conhecimento ou de execução, inclusive às decisões que emergem do processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade", para então concluir no sentido de que "o exercício do poder geral de cautela, pelo STF, em sede de ação declaratória de constitucionalidade, destina-se a garantir a própria utilidade da prestação jurisdicional a ser efetivada no processo de controle normativo abstrato, em ordem a impedir que o eventual retardamento na apreciação do litígio

constitucional culmine por afetar e comprometer o resultado definitivo do julgamento".[394]

Dessa forma, uma vez concedida a liminar em ação declaratória de constitucionalidade, não haverá mais possibilidade do afastamento, por inconstitucionalidade, da incidência da lei ou ato normativo federal por parte dos demais órgãos do Poder Judiciário ou por parte do Executivo, que deverão submeter-se ao integral cumprimento da norma analisada liminarmente pelo Supremo Tribunal Federal, em face dos efeitos vinculantes.[395]

A efetividade dos efeitos vinculantes da decisão do STF será preservada, se necessário, pelo instrumento da reclamação, uma vez que não haverá possibilidade de insurgência contra a aplicação da lei ou ato normativo federal declarado, liminarmente, constitucional.[396]

Em conclusão, poderíamos apontar os seguintes aspectos sobre a concessão de medida liminar nas ações declaratórias de constitucionalidade:

- possibilidade do exercício do poder geral de cautela por parte do Supremo Tribunal Federal em sede de ação declaratória de constitucionalidade;
- liminar com efeitos *erga omnes*, *ex nunc* e vinculantes, havendo comunicação a todos os Tribunais Superiores, Tribunais Regionais Federais e Tribunais Estaduais;[397]
- impossibilidade de, a partir da concessão da liminar, os demais órgãos do Poder Judiciário e o Poder Executivo deixarem de observar a lei ou ato normativo federal objeto de análise, por entendê-los inconstitucionais, em face dos efeitos vinculantes;
- utilização do instrumento da reclamação (CF, art. 102, inciso I, *l*) para garantir os efeitos vinculantes de liminar concedida pelo STF em ação declaratória de constitucionalidade.

A Lei nº 9.868/99 estabeleceu, ainda, em relação a medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, deferir pedido de medida cautelar 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.[398]

Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal deverá proceder a publicação de sua parte dispositiva em seção especial do *Diário Oficial da União*, no prazo de 10 dias, e proceder o julgamento da ação no prazo máximo de 180 dias, sob pena de perda da eficácia da medida provisória.

13.6 Efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal

As decisões definitivas de mérito (sejam pela procedência ou pela improcedência), proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante,[399] relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

Assim, se o Supremo Tribunal Federal concluir que a lei ou ato normativo federal é constitucional, então expressamente fará a declaração, julgando procedente a ação, que produzirá efeitos *ex tunc, erga omnes* e vinculantes a todos os órgãos do Poder Executivo e aos demais órgãos do Poder Judiciário. Da mesma forma, se considerar improcedente a ação, julgará a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, com os mesmos efeitos.

Poderão ocorrer, ainda, duas outras possibilidades. A primeira ocorrerá quando o Supremo julgar parcialmente procedente a norma, significando,

pois, que a declarou constitucional em parte, devendo o restante da norma, declarada inconstitucional, retirar-se do ordenamento jurídico *ex tunc*.

A segunda, quando o Tribunal, julgando procedente a ação, declarar a constitucionalidade da norma, desde que interpretada de determinada maneira – *interpretação conforme à constituição* – tornando aquela interpretação vinculante para os demais órgãos judiciais e para as autoridades administrativas em geral.

Em relação aos efeitos da decisão da ação declaratória de constitucionalidade, a Lei nº 9.868/99 estabeleceu as mesmas regras referentes à ação direta de inconstitucionalidade, já analisadas no presente capítulo, no item 10.9.[400]

Declarada a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal em ação declaratória de constitucionalidade, não há a possibilidade de nova análise contestatória da matéria, sob a alegação da existência de novos argumentos que ensejariam uma nova interpretação no sentido de sua inconstitucionalidade. Ressalte-se que o motivo impeditivo dessa nova análise decorre do fato de o Supremo Tribunal Federal, como já visto anteriormente, quando analisa concentradamente a constitucionalidade das leis e atos normativos, não estar vinculado a *causa de pedir*, tendo, pois, cognição plena da matéria, examinando e esgotando todos os seus aspectos constitucionais.[401]

14 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

A Constituição Federal determina que a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.[402]

Trata-se, portanto, de norma constitucional de eficácia limitada, que depende de edição de lei, estabelecendo a forma pela qual será apreciada a

arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição.[403]

O Congresso Nacional editou a Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, em complementação ao art. 102, § 1º, da Constituição Federal, tornando-a integrante de nosso controle concentrado de constitucionalidade.[404]

A lei regulamentou a arguição de descumprimento de preceito fundamental da seguinte forma:

- *órgão competente para o processo e julgamento*: Supremo Tribunal Federal;
- *legitimados ativos*:[405] são os mesmos colegitimados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103, I a IX), ou seja, o Presidente da República,[406] a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa do Senado Federal, as Mesas das Assembleias Legislativas, os Governadores de Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB, partidos políticos com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;
- *hipóteses de cabimento*: a lei possibilita a arguição de descumprimento de preceito fundamental[407] em três hipóteses – *para evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público; para reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público e quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição*;[408] ressalte-se que a arguição de descumprimento de preceito fundamental deverá ser proposta em face de atos do poder público já concretizados, não se prestando para a realização de controle preventivo desses atos.[409]

Igualmente, a arguição de descumprimento de preceito fundamental não será cabível contra Súmulas do Supremo Tribunal Federal, que "não podem ser concebidos como atos do Poder Público lesivos a preceito fundamental", pois "os enunciados de Súmula são apenas expressões sintetizadas de orientações reiteradamente assentadas pela Corte, cuja revisão deve ocorrer de forma paulatina, assim como se formam os entendimentos jurisprudenciais que resultam na edição dos verbetes".[410]

- *caráter subsidiário*: a lei expressamente veda a possibilidade de arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.[411] Obviamente, esse mecanismo de efetividade dos preceitos fundamentais não substitui as demais previsões constitucionais que tenham semelhante finalidade, tais como o *habeas corpus, habeas data*; mandado de segurança individual e coletivo; mandado de injunção; ação popular; ações diretas de inconstitucionalidade genérica, interventiva e por omissão e ação declaratória de constitucionalidade. Como ressaltou o Supremo Tribunal Federal, "é incabível a arguição de descumprimento de preceito fundamental quando ainda existente medida eficaz para sanar a lesividade".[412] O Supremo Tribunal Federal entendeu possível, em face do princípio da subsidiariedade, receber arguição de descumprimento de preceito fundamental como ação direta de inconstitucionalidade, desde que "demonstrada a impossibilidade de se conhecer da ação como ADPF, em razão da existência de outro meio eficaz para impugnação da norma, qual seja, a ADI, porquanto o objeto do pedido principal é a declaração de inconstitucionalidade de preceito autônomo por ofensa a dispositivos constitucionais, restando observados os

demais requisitos necessários à propositura da ação direta".[413] O princípio da subsidiariedade exige, portanto, o esgotamento de todas as vias possíveis para sanar a lesão ou a ameaça de lesão a preceito fundamental ou a verificação, *ab initio*, de sua inutilidade para preservação do preceito fundamental.[414] Caso os mecanismos utilizados, de maneira exaustiva, mostrem-se ineficazes, será cabível o ajuizamento da arguição. Da mesma forma, se desde o primeiro momento se verificar a ineficiência dos demais mecanismos jurisdicionais para a proteção do preceito fundamental, será possível que um dos colegitimados se dirija diretamente ao STF, por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental (por exemplo: ADPF nº 54 – questão de ordem – aborto de feto anencéfalo). Em relação ao *princípio da subsidiariedade,* entendeu o Supremo Tribunal Federal a impossibilidade de ajuizamento de ADPF se possível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade no âmbito do Tribunal de Justiça local. Conforme salientado pelo Ministro Celso de Mello, "a possibilidade de instauração, no âmbito do Estado-membro, de processo objetivo de fiscalização normativa abstrata de leis municipais contestadas em face da Constituição Estadual (CF, art. 125, § 2º) torna inadmissível, por efeito da incidência do princípio da subsidiariedade (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º), o acesso imediato à arguição de descumprimento de preceito fundamental. É que, nesse processo de controle abstrato de normas locais, permite-se, ao Tribunal de Justiça estadual, a concessão, até mesmo *in limine*, de provimento cautelar neutralizador da suposta lesividade do diploma legislativo impugnado, a evidenciar a existência, no plano local, de instrumento processual de caráter objetivo apto a sanar, de modo pronto e eficaz, a situação de

lesividade, atual ou potencial, alegadamente provocada por leis ou atos normativos editados pelo Município".[415]

- *procedimento*: A petição inicial será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato questionado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação e deverá conter a indicação do preceito fundamental que se considera violado; a indicação do ato questionado; a prova da violação do preceito fundamental e o pedido, com suas especificações. A arguição realizada na hipótese de controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, deverá vir acompanhada de comprovação dessa *controvérsia judicial*. A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum requisito legal ou for inepta, cabendo dessa decisão agravo ao Plenário. Analisado o pedido de liminar, se houver, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias e, entendendo necessário, poderá ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou, ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria. Conforme estabelece a lei, poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo. Decorrido o prazo das informações, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento;
- *concessão de medida liminar*: por decisão da maioria absoluta de seus membros, o STF poderá deferir pedido de medida

liminar, salvo em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou, ainda, no recesso, quando a liminar poderá ser deferida pelo Ministro relator, *ad referendum* do Plenário. A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo 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 de coisa julgada;[416]

- possibilidade de participação de *amicus curiae* (aplicação analógica do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99);[417]
- *participação do Ministério Público*: Não bastasse o § 1º, do art. 103, da Constituição Federal, que determina que o Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal, a Lei nº 9.882/99 previu no parágrafo único de seu art. 7º, que o Ministério Público, nas arguições que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações;
- *quorum para instalação da sessão e para a decisão*: Conforme estabelece o art. 8º, da Lei nº 9.882/99, a decisão sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos Ministros. A lei não estabelece *quorum* qualificado para a votação, porém se houver necessidade de declaração de inconstitucionalidade do ato do Poder Público que tenha descumprido preceito fundamental, nos termos do art. 97 da Constituição Federal, haverá necessidade de maioria absoluta;
- *efeitos da decisão*: a decisão terá eficácia contra todos – *erga omnes* – e efeitos vinculantes relativamente aos demais órgãos do Poder Público, cabendo, inclusive, reclamação para garantia

desses efeitos. Em relação à amplitude e efeitos temporais da decisão, a Lei nº 9.882/99 prevê, em seu art. 11, que 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. Em relação a esses efeitos conferir nesse capítulo item 10.9, onde essas inovações foram tratadas;

- *comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados*: julgada a ação, as autoridades ou órgãos responsáveis serão comunicados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental;
- *irrecorribilidade da decisão*: 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.

14.1 Arguição de descumprimento de preceito fundamental preventiva e repressiva

Caberá, *preventivamente*, arguição de descumprimento de preceito fundamental perante o Supremo Tribunal Federal com o objetivo de se evitar lesões a princípios, direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, ou, *repressivamente,* para repará-las, quando causadas pela conduta comissiva ou omissiva de qualquer dos poderes públicos.[418]

Nessa hipótese, o nosso ordenamento jurídico foi menos generoso que o argentino, pois somente possibilita a arguição quando se pretenda evitar

ou cessar lesão, decorrente de ato praticado pelo Poder Público, a preceito fundamental previsto na Constituição, diferentemente do direito de Amparo argentino, que é admissível contra toda ação ou omissão de autoridades públicas ou de particulares, que de forma atual ou iminente, lesionem, restrinjam, alterem ou ameacem, com arbitrariedade ou manifesta ilegalidade, direitos e garantias reconhecidos pela Constituição, pelos tratados e leis.[419]

Independentemente dessa restrição, o mecanismo previsto pelo § 1º, do art. 102, da CF e regulamentado pela Lei nº 9.882/99, possibilita uma maior efetividade no controle das ilegalidades e abusos do Poder Público e na concretização dos direitos fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal poderá, de forma rápida, geral e obrigatória – *em face da possibilidade de liminar* e da *existência de efeitos erga omnes e vinculantes* – evitar ou fazer cessar condutas do poder público que estejam colocando em risco os preceitos fundamentais da República, e, em especial, a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e os direitos e garantias fundamentais.

Note-se que, em face do art. 4º, *caput* e § 1º, da Lei nº 9.882/99, que autoriza a não admissão da arguição de descumprimento de preceito fundamental, *quando não for caso* ou *quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade*, foi concedida certa discricionariedade ao Supremo Tribunal Federal, na escolha das arguições que deverão ser processadas e julgadas, podendo, em face de seu caráter subsidiário, deixar de conhecê-las quando concluir pela inexistência de relevante interesse público, sob pena de tornar-se uma nova instância recursal para todos os julgados dos tribunais superiores e inferiores.[420]

Dessa forma, entendemos que o STF poderá exercer um juízo de admissibilidade discricionário para a utilização desse importantíssimo instrumento de efetividade dos princípios e direitos fundamentais, levando

em conta o interesse público e a ausência de outros mecanismos jurisdicionais efetivos.

Importante ressaltar que essa discricionariedade concedida ao Supremo Tribunal Federal decorre do fato de que toda Corte que exerce a jurisdição constitucional não é somente um órgão judiciário comum, mas sim órgão político diretivo das condutas estatais, na medida em que interpreta o significado dos preceitos constitucionais, vinculando todas as condutas dos demais órgãos estatais e como tal deve priorizar os casos de relevante interesse público.

Como ressalta Bernard Schwartz, ao analisar esse poder de escolha da Corte Suprema norte-americana, "o seu poder facultativo de determinar os casos em que ela própria pode julgar resultou no fato de que ela deixou de ser simplesmente um órgão judiciário comum. É um tribunal de recurso especial, apenas para a solução de questões consideradas como envolvendo um interesse público substancial e não os interesses exclusivos de algumas pessoas privadas".[421]

14.2 Arguição de descumprimento de preceito fundamental por equiparação

Essa hipótese de arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.882/99, distanciou-se do texto constitucional, uma vez que o legislador ordinário, por equiparação legal, também considerou como descumprimento de preceito fundamental qualquer *controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.*

O texto constitucional é muito claro quando autoriza à lei o estabelecimento, exclusivamente da forma pela qual o descumprimento de um preceito fundamental poderá ser arguido perante o Supremo Tribunal

Federal. Não há qualquer autorização constitucional para uma ampliação das competências do STF.

Controvérsias entre leis ou atos normativos e normas constitucionais, relevantes que sejam, não são hipóteses idênticas ao descumprimento pelo Poder Público de um preceito fundamental, e devem ser resolvidas em sede de controle de constitucionalidade, tanto difuso quanto concentrado.

O legislador ordinário utilizou-se de manobra para ampliar, irregularmente, as competências constitucionais do Supremo Tribunal Federal, que conforme jurisprudência e doutrina pacíficas, somente podem ser fixadas pelo texto magno. Manobra essa eivada de flagrante inconstitucionalidade, pois deveria ser precedida de emenda à Constituição.

Note-se que foi criada pela Lei nº 9.882/99 a possibilidade de um dos colegitimados arguir ao Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, fora das hipóteses cabíveis no controle concentrado, quais sejam – *controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo municipal* e *controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal anteriores à Constituição Federal.*

Em ambas as hipóteses o Supremo Tribunal Federal já havia decidido faltar-lhe competência para essa análise, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, por ausência de previsão expressa na Constituição Federal, não sendo admissível que o legislador ordinário, por meio de uma manobra terminológica, amplie essa competência sem alterar o art. 102, I, *a*, da CF.[422]

Relembre-se, ainda, de que a legitimação para a arguição de descumprimento de preceito fundamental e para a ação direta de inconstitucionalidade são idênticas (art. 2º, I, da Lei nº 9.882/99), sendo, igualmente, idênticos seus efeitos *erga omnes* e vinculantes (art. 10, § 3º, da Lei nº 9.882/99 e art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99); o que iguala ambas as hipóteses, demonstrando, claramente, a tentativa da legislação

ordinária em ampliar, repita-se, de forma inconstitucional, a competência do Supremo Tribunal Federal em sede de ação direta de inconstitucionalidade.

Em conclusão, entendemos que essa hipótese legal, por não se constituir descumprimento de preceito fundamental, contraria o art. 102, § 1º, da Constituição Federal, sendo, portanto, inconstitucional.

Ressalte-se, porém, que o Supremo Tribunal Federal, em questão de ordem e por maioria de votos, reconheceu o cabimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental para analisar lei anterior à Constituição Federal.[423]

Como destacado pelo Supremo Tribunal Federal, foram apontados

> "como violados os preceitos dos artigos 1º, IV (dignidade da pessoa humana); 5º, II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade); 6º, *caput*, e 196 (direito à saúde), todos da CF, e, como ato do Poder Público, causador da lesão, o conjunto normativo ensejado pelos artigos 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal, requerendo, em última análise, a interpretação conforme à Constituição dos referidos dispositivos do CP, a fim de explicitar que os mesmos não se aplicam aos casos de aborto de feto anencéfalo", consequentemente, entendeu existir "necessidade do pronunciamento do Tribunal, a fim de se evitar a insegurança jurídica decorrente de decisões judiciais discrepantes acerca da matéria", e, apontando "a inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade alegada, apontando-se, como fundamento, o que verificado relativamente ao *habeas corpus* 84025/RJ (DJU de 25.6.2004), da relatoria do Min. Joaquim Barbosa, no qual a paciente, não obstante recorrer a essa via processual, antes do pronunciamento definitivo pela Corte, dera à luz a feto que veio a óbito em minutos, ocasionando o prejuízo da impetração", concluiu afirmando que "quanto ao

> caráter acentuadamente objetivo da ADPF e a necessidade de o juízo da subsidiariedade ter em vista os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional – a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade. Assim, incabíveis estas, como no caso de controle de legitimidade do direito pré-constitucional, possível a utilização daquela".[424]

Dessa forma, o STF admite o ajuizamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental em virtude de controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição,[425] ainda que, excepcionalmente, revogados.

O STF alterou seu posicionamento anterior, que exigia para o cabimento de ADPF a vigência da norma impugnada.[426] Na ADPF nº 84/DF, por unanimidade, a Corte admitiu o cabimento de ADPF contra medida provisória rejeitada, e, consequentemente, não mais em vigor, afirmando que "cumpre, porém, demonstrar a inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade do ato do Poder Público questionado, conforme exige o artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99 (subsidiariedade da arguição de descumprimento de preceito fundamental). A inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 242/2005 foi suscitada nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 3467-7 e 3473-1, tendo sido, inclusive, deferida medida liminar para suspender a eficácia da MP. Ocorre que, com a rejeição da Medida pelo Senado Federal, ambas as ações foram consideradas prejudicadas por esta Suprema Corte, em razão de perda do objeto. Desta forma, torna-se cabível a presente ação, pois o exame da subsidiariedade deve ser realizado considerando-se os demais processos objetivos disponíveis em nosso sistema constitucional, permitindo uma solução ampla e eficaz para a controvérsia".[427]

Da mesma maneira, ampliando seu cabimento, o STF reconheceu a possibilidade de analisar em sede de ADPF o denominado "estado de coisas inconstitucional", consistente em "violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; transgressões a exigir a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades". Entendeu nossa Corte Suprema que, "no sistema prisional brasileiro ocorreria violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica", e, consequentemente, "as penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios converter-se-iam em penas cruéis e desumanas".[428]

15 SÚMULAS VINCULANTES (LEI Nº 11.417/2006)

A instituição da *súmula vinculante*, pela EC nº 45/04, corresponde à tentativa de adaptação do modelo da *common law* (*stare decisis*) para nosso sistema romano-germânico (*civil law*); porém, é importante relembrar que essa ideia já fora adotada no Império, quando, em 1876, o Supremo Tribunal de Justiça passou a ter a possibilidade de editar *assentos com força de lei*, em relação à "inteligência das leis civis, comerciais e criminais, quando na execução delas ocorrerem dúvidas manifestadas no julgamento divergentes do mesmo tribunal, das Relações e dos Juízes", nos termos do art. 2º, do Decreto nº 6.142, de 10-3-1876, sem porém que tivesse sido utilizado até a proclamação da República.

As *súmulas vinculantes* surgem a partir da necessidade de reforço à ideia de uma única interpretação jurídica para o mesmo texto constitucional ou legal, de maneira a assegurar-se a segurança jurídica e o princípio da igualdade, pois os órgãos do Poder Judiciário não devem aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar

desigualdades arbitrárias, devendo, pois, utilizar-se de todos os mecanismos constitucionais no sentido de conceder às normas jurídicas uma interpretação única e igualitária.

Não foi outra a intenção do legislador constituinte ao estabelecer como competência do Supremo Tribunal Federal o julgamento dos recursos extraordinários (*uniformização na interpretação da Constituição Federal*) e competência ao Superior Tribunal de Justiça para o julgamento dos recursos especiais (*uniformização na interpretação da legislação federal*).

Esse modelo, porém, não se mostrou célere e suficiente para impedir desigualdades perpetradas por diferentes interpretações judiciais da mesma norma, buscando o legislador constituinte derivado, no modelo anglo-saxônico, o *stare decisis*, da expressão *stare decisis et quieta non movere* (mantenha-se a decisão e não se perturbe o que foi decidido), onde nosso exemplo mais próximo são os Estados Unidos da América, em que as decisões da Corte Suprema são acatadas como regra por todo o sistema judiciário e pela administração pública.

Como ressaltado pelo Ministro Carlos Velloso,

> "no sistema judicial norte-americano, que garante aos indivíduos, de modo amplo, a tutela jurisdicional, todos os Tribunais estão vinculados às decisões da Suprema Corte, nos casos em iguais estados de fato em que a decisão da Suprema Corte foi tomada. Isso, sem dúvida, proporciona segurança jurídica".[429]

A EC nº 45/04 não adotou o clássico *stare decisis*, nem tampouco transformou nosso sistema de *civil law* em *common law*, porém permitiu ao Supremo Tribunal Federal de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal,

estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

A previsão do *caput* do art. 103-A, da Constituição Federal, de edição de lei federal, que deve estabelecer a forma de edição, revisão e cancelamento das súmulas vinculantes, não impediria o Supremo Tribunal Federal de ter utilizado esse mecanismo, imediatamente, após a publicação da EC nº 45/04, por se tratar de *norma constitucional de eficácia contida.* Nesse sentido, a EC nº 45/04 não só trouxe os requisitos mínimos para a imediata aplicabilidade das súmulas vinculantes, como também expressamente previu, *sem qualquer condicionamento à edição da legislação federal*, que as atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente poderão produzir efeitos vinculantes após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial (EC nº 45/04, art. 8º).

Não houve, porém, a edição de súmula vinculante até a publicação da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que disciplinou a edição, a revisão e o cancelamento dos enunciados das súmulas pelo Supremo Tribunal Federal.

A lei trouxe algumas novidades em relação ao texto-base da Constituição Federal, em especial ao estabelecer dois mecanismos geradores da edição, revisão e cancelamento de enunciados de súmulas vinculantes pelo STF: *direto* e *incidental.*

O *procedimento direto,* nos termos do art. 103-A da Constituição Federal e da Lei nº 11.417/06, cuja *vacatio legis* é de 3 (três) meses, exige os seguintes requisitos e procedimento, sem prejuízo da disciplina subsidiária do regimento interno do Supremo Tribunal Federal:

- *órgão competente*: somente o Supremo Tribunal Federal poderá editar súmulas vinculantes;[430]

- *objeto*: a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas;
- *legitimidade*: as súmulas vinculantes poderão ser editadas de ofício ou por provocação de qualquer dos colegitimados para o ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade que possuem legitimação constitucional, ou seja, pelo Presidente da República, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa do Senado Federal, Governadores de Estado ou do Distrito Federal, Mesas das Assembleias Legislativas, Procurador-Geral da República, partido político com representação no Congresso Nacional, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional (CF, art. 103, I a IX). A Lei nº 11.417/06 ampliou a colegitimação para a propositura de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante, estendendo essa faculdade ao Defensor Público da União, aos Tribunais Superiores, aos Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, aos Tribunais Regionais Federais, aos Tribunais Regionais do Trabalho, aos Tribunais Regionais Eleitorais e aos Tribunais Militares (legitimação legal). Conferir, em relação a essa legitimidade, Capítulo 12, item 10.3, inclusive no tocante à pertinência temática, que entendemos deva ser integralmente aplicada para a provocação de edição de súmulas vinculantes;
- *controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica*: esse requisito deixa clara uma das finalidades dessa nova previsão constitucional, qual seja, a garantia da segurança jurídica, ao exigir a necessária discussão sobre os múltiplos argumentos jurídicos, antes de o Supremo Tribunal Federal

editar uma súmula, pois, como salientado por Sálvio de Figueiredo Teixeira, "as súmulas vinculantes serão elaboradas com base na maturidade do trabalho jurisprudencial, fruto de lenta e prolongada atividade técnica dos juízes, de muitas e longas discussões, da observação atenta de casos repetidos";[431]

- *relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica*: aqui, a EC nº 45/04, com a exigência desse requisito, expôs a segunda importante finalidade das súmulas vinculantes, a preservação do princípio da igualdade, ou seja, a necessidade de uma mesma interpretação jurídica para uma questão idêntica que se repete em diversos processos, além de procurar efetivar o princípio da celeridade processual, consagrado no art. 5º, LXXVIII, e impedir a eternização de conflitos cujo posicionamento jurídico o STF já definiu;
- *atuação do Procurador-Geral da República*, que deverá manifestar-se previamente à edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante, nas propostas que não houver formulado;
- *amicus curiae*: nos termos do § 2º do art. 3º da Lei nº 11.417/06, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (conferir em relação ao *amicus curiae,* Capítulo 12, item 10.8);
- *quorum qualificado de votação*: a edição, revisão ou cancelamento de enunciados de súmulas vinculantes exige a maioria de 2/3 dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária;
- *efeitos vinculantes com eficácia imediata* (conferir em relação à vinculação dos efeitos, Capítulo 12, itens 10.9 e 13.6);

- *possibilidade de manipulação dos efeitos gerados pelas súmulas vinculantes*: o art. 4º da Lei nº 11.417/06 admitiu a modulação ou limitação temporal de efeitos na edição das súmulas vinculantes, estabelecendo que, por decisão de 2/3 de seus membros, o Supremo Tribunal Federal poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público (conferir Capítulo 12, item 10.9);
- *publicação do enunciado da súmula vinculante*: no prazo de 10 dias após a sessão em que editar, rever ou cancelar enunciado de súmula com efeito vinculante, o STF publicará, em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, o enunciado respectivo.

O segundo mecanismo de edição, revisão ou cancelamento de enunciados de súmulas vinculantes – *procedimento incidental* –, criado especificamente pela Lei nº 11.417/06, difere do *procedimento direto* no tocante à legitimidade e à existência de caso específico em julgamento no STF, para que possa ser iniciado.

Dessa forma, o *procedimento incidental* para a edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante exige os seguintes requisitos:

- *requisitos idênticos ao procedimento direto*: objeto (validade, interpretação e eficácia de normas determinadas), controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica;
- *requisitos específicos*: legitimidade e propositura no curso de processo. Assim, o Município poderá propor, incidentalmente ao

curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante.

Ressalte-se que, tanto no *procedimento direto,* quanto *no procedimento incidental*, não haverá suspensão de processos que tenham por objeto a matéria discutida no Plenário do Supremo Tribunal Federal.

As exigências de *controvérsia entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica* (proteção ao princípio da segurança jurídica) e de *relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica* (proteção aos princípios da igualdade e celeridade) demonstram que a correta edição e utilização das *súmulas vinculantes* pelo Supremo Tribunal Federal[432] possibilitará a drástica redução do número de processos e a célere pacificação e solução uniforme de complexos litígios, que envolvam toda a coletividade e coloquem em confronto diferentes órgãos do Judiciário ou este com a administração pública.[433]

Além disso, assegurará direitos idênticos a todos, mesmo àqueles que não tenham ingressado no Poder Judiciário, mas, eventualmente, pudessem ser lesados pela administração, em virtude de seus efeitos vinculantes não só ao Poder Judiciário, mas também a todos os órgãos da administração pública direta e indireta.

O Supremo Tribunal Federal, reforçando as finalidades de *proteção ao princípio da segurança jurídica e proteção aos princípios da igualdade e celeridade* desse novo instituto, dotou as súmulas vinculantes de *caráter impeditivo de recurso*, permitindo, portanto, que os Tribunais ou Turmas recursais recorridos possam realizar e, eventualmente, negar a admissibilidade dos recursos extraordinários e dos agravos de instrumento contrários ao objeto da súmula.

Como salientado por Reis Friede, a

> "reforma constitucional permitirá, sem novos processos, a realização da justiça para os interessados em situação idêntica e reduzirá significativamente a quantidade de processos em tramitação no Judiciário, o que contribuirá para a melhor qualidade da prestação jurisdicional".[434]

Porém, a adoção de *súmulas vinculantes* não é unânime na doutrina nacional, gerando grandes controvérsias e posições antagônicas.

Maria Tereza Sadek expõe de forma clara as posições antagônicas, constatando que

> "a súmula vinculante (*stare decisis*) é vista por seus defensores como indispensável para garantir a segurança jurídica e evitar a multiplicação, considerada desnecessária, de processos nas várias instâncias. Tal providência seria capaz de obrigar os juízes de primeira instância a cumprir as decisões dos tribunais superiores, mesmo que discordassem delas, e impediria que grande parte dos processos tivesse continuidade, desafogando o Judiciário de processos repetidos. Seus oponentes, por seu lado, julgam que a adoção da súmula vinculante engessaria o Judiciário, impedindo a inovação e transformando os julgamentos de primeiro grau em meras cópias de decisões já tomadas. Dentre os que contestam tal expediente, há os que aceitam a súmula impeditiva de recurso, um sistema em que o juiz não fica obrigado a seguir o entendimento dos tribunais superiores do STF, mas permite que a instância superior não examine o recurso que contrarie a sua posição".[435]

A doutrina contrária às *súmulas vinculantes* afirma que haverá verdadeiro engessamento de todo o Poder Judiciário e consequente paralisia na evolução do Direito,[436] além da possibilidade de maior totalitarismo do

órgão de cúpula judicial, como alegado pelo professor Eros Grau, atualmente Ministro do Supremo Tribunal Federal, ao se posicionar contra os efeitos vinculantes e afirmar que "nenhuma razão ou pretexto se presta a justificar essa manifestação de totalitarismo, que também nenhuma lógica pode sustentar, e que, afinal, há de agravar ainda mais a crise do direito oficial, em nada contribuindo à restauração da sua eficácia".[437]

Não concordamos com esse posicionamento, nem tampouco nos parece que a edição de *súmulas vinculantes* poderá acarretar o engessamento e consequente paralisia na evolução e interpretação do Direito.[438] A própria história do *stare decisis* afasta essas alegações, pois, entre todos os tribunais, nenhum se notabilizou tanto pela defesa intransigente, polêmica, construtiva e evolutiva dos direitos fundamentais como a Suprema Corte americana, mesmo adotando o mecanismo de vinculação, não podendo, porém, ser acusada de imutabilidade interpretativa.

Com o passar dos anos, a defesa dos direitos fundamentais pela Corte Suprema *seguiu a evolução da sociedade norte-americana,* passando a colocar a pessoa humana em primeiro plano, mesmo em detrimento do direito de propriedade, inicialmente defendido de maneira tão ciosa no sistema da *common law.*

Relembre-se, nesse sentido, o famoso caso Dred Scott (Scott v. Sandford, 19 How. 393-1857), em que a Corte Suprema julgou inconstitucional a seção 8ª do *Missouri Compromise Act*, de 1850, que proibira a escravidão nos territórios, por entender sua contrariedade à 5ª Emenda (*due process of law*)[439] e, mesmo após a abolição da escravatura, basta analisar o *ativismo judicial* da Corte de Warren, que encerrou com a segregação racial nos Estados Unidos, quando a Corte, em 17 maio de 1954, entendeu, *revogando precedente de 1866,* que a existência de separação nas escolas para os negros era incompatível com a 14ª Emenda,[440] que garante a *igual proteção das leis*, e, portanto, a discriminação racial nas

escolas públicas era flagrantemente inconstitucional, tendo, em memorável voto, proclamado o *Chief Justice Warren* que

> "atualmente, é duvidoso se possa esperar vença alguma criança na vida, caso se lhe negue a oportunidade de educar-se. Tal oportunidade quando o Estado tomou a seu cargo provê-la, constitui direito que deve ser acessível a todos, em igualdade de condições, ... apesar de poderem ser iguais os fatores tangíveis, a segregação de crianças nas escolas públicas apenas por motivo racial priva grupos minoritários de iguais oportunidades educacionais",

para concluir que "separá-las de outras de idade e qualificações semelhantes devido apenas à sua raça gera sentimento de inferioridade quanto ao seu *status* na comunidade que pode contaminar seus corações e espíritos de modo irreparável".[441]

O próprio Direito inglês alterou tradicional regra de imutabilidade em seus precedentes, consagrada pela Câmara dos Lordes em 1898, no caso *London Tramways* v. *London County Council,* e adotou, após 68 anos, nova orientação, que desobriga a Câmara dos Lordes à obrigatoriedade de seus precedentes (regra adotada em 26-7-1966, no *Practice Statement of 1966,* lido pelo Lord Gardiner, no Parlamento Inglês).

O fundamento da alteração foi a consciência de que uma rígida aderência aos precedentes pode levar a injustiças e também restringir indevidamente a adequada evolução do Direito. Observe-se, porém, que mesmo após a adoção do novo posicionamento, são excepcionais e raríssimos os casos em que a Câmara dos Lordes alterou os próprios precedentes, em prol da segurança jurídica.[442]

A EC nº 45/04 possibilitou ao Supremo Tribunal Federal, assim como à Corte Suprema Americana e à Câmara dos Lordes inglesa, a não vinculação *ad eternum* a seus próprios precedentes, podendo, a partir de

novas provocações, reflexões e diversas decisões futuras, alterar a interpretação dada em matéria constitucional e, consequentemente, proceder a revisão ou cancelamento da súmula, o que impedirá qualquer forma de engessamento e paralisia na evolução do Direito, sem, contudo, desrespeitar os princípios da igualdade, segurança jurídica e celeridade processual.[443]

Dessa forma, nos termos do § 2º do art. 103-A, da Constituição Federal, regulamentado pela Lei nº 11.417/06, a revisão ou cancelamento de súmula poderá ser, igualmente, de ofício ou provocada por um dos colegitimados, tanto pelo *procedimento direto*, quanto pelo *procedimento incidental.*

Ressalte-se, ainda, que, reforçando a possibilidade de mutação e evolução interpretativa do direito sumular, a Lei nº 11.417/06 estabeleceu que, revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso.

Além disso, é importante ressaltar que competirá a cada um dos magistrados, ao analisar o caso concreto, a conclusão pela aplicação de determinada súmula ou não, ou mesmo a possibilidade de apontar novos pontos característicos que não se encontram analisados na Súmula, ou ainda, a necessidade de alteração da súmula em virtude da evolução do Direito, de maneira semelhante ao que ocorre no direito norte-americano, quando o juiz utiliza-se do mecanismo processual do *distinguishing* (distinção entre o caso concreto e o precedente judicial) para demonstrar que não é o caso de aplicação de determinado precedente na hipótese em julgamento.

A EC nº 45/04, corretamente, não previu, por exagerado e inútil, nenhum mecanismo que possa responsabilizar disciplinarmente o juiz pela não adoção das súmulas vinculantes.[444] A proteção da validade das *súmulas vinculantes* editadas pelo Supremo Tribunal Federal será feita da mesma maneira como vem ocorrendo com os efeitos vinculantes nas ações diretas

de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, por meio de reclamações (CF, art. 102, I, *l* cc art. 103-A, § 3º – conferir no Capítulo 12, item 10.9.1).

Assim, do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso, sem prejuízo dos recursos cabíveis ou outros meios admissíveis de impugnação (art. 7º da lei).

Em se tratando de descumprimento administrativo de enunciado de súmula vinculante, por omissão ou ato da administração, a reclamação será cabível após o esgotamento das vias administrativas. Nesses casos, a própria Lei nº 11.417/06 previu a necessidade de explicitação das razões de aplicabilidade ou inaplicabilidade do enunciado da súmula vinculante pela autoridade administrativa prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar; antes de encaminhar o recurso à autoridade superior; competindo, igualmente, à autoridade administrativa competente para decidir o recurso explicitar as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula.

Observe-se, porém, que para não tornar inócuos os efeitos vinculantes das súmulas do STF, a Lei nº 11.417/06 alterou a legislação sobre processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (Lei nº 9.784/99), estabelecendo que, acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, será dada ciência à autoridade prolatora da decisão e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas, em casos semelhantes, sob pena de responsabilização de pessoas nas esferas cível, administrativa e penal.

Por vislumbrar ofensa à Súmula Vinculante 13, o STF suspendeu a nomeação de irmão de Governador de Estado para o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas, entendendo que "estariam presentes os requisitos autorizadores da concessão da liminar. Considerou-se que a natureza do cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas não se enquadraria no conceito de agente político, uma vez que exerce a função de auxiliar do Legislativo no controle da Administração Pública, e que o processo de nomeação do irmão do Governador, ao menos numa análise perfunctória dos autos, sugeriria a ocorrência de vícios que macularíam a sua escolha por parte da Assembleia Legislativa do Estado".[445]

Igualmente, a Corte, em medida cautelar em Reclamação 8.225/SC, concedida pelo Ministro Celso de Mello, garantiu o efetivo cumprimento da Súmula Vinculante 14, em defesa do princípio constitucional da ampla defesa.

Em relação à vinculação de efeitos previstos para as *súmulas vinculantes* e suas consequências, analisar nesse mesmo capítulo, itens 10.9 e 13.6, que se aplicam integralmente.

A. Súmula vinculante da Jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal

Súmula Vinculante 1

Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validez e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar nº 110/2001.

Súmula Vinculante 2

É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias.

Súmula Vinculante 3

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

Súmula Vinculante 4

Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.

Súmula Vinculante 5

A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.

Súmula Vinculante 6

Não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial.

Súmula Vinculante 7

A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar.

Súmula Vinculante 8

São inconstitucionais o parágrafo único do art. 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

Súmula Vinculante 9[446]

O disposto no art. 127 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no *caput* do artigo 58.

Súmula Vinculante 10

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 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 Vinculante 11

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Súmula Vinculante 12

A cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal.

Súmula Vinculante 13

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Súmula Vinculante 14

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.[447]

Súmula Vinculante 15

O cálculo de gratificações e outras vantagens do servidor público não incide sobre o abono utilizado para se atingir o salário mínimo.

Súmula Vinculante 16

Os arts. 7º, IV, e 39, § 3º (redação da EC 19/98), da Constituição, referem-se ao total da remuneração percebida pelo servidor público.

Súmula Vinculante 17

Durante o período previsto no § 1º do art. 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos.

Súmula Vinculante 18

A dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, no curso do mandato, não afasta a inelegibilidade prevista no § 7º do art. 14 da Constituição Federal.

Súmula Vinculante 19

A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, não viola o art. 145, II, da Constituição Federal.

Súmula Vinculante 20

A gratificação de desempenho de atividade técnico-administrativa – data, instituída pela Lei nº 10.404/02, deve ser deferida aos inativos nos valores correspondentes a 37,5 (trinta e sete vírgula cinco) pontos no período de fevereiro a maio de 2002 e, nos termos do art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 10.404/02, no período de junho de 2002 até a conclusão dos efeitos do último ciclo de avaliação a que se refere o art. 1º da Medida Provisória nº 198/04, a partir da qual passa a ser de 60 (sessenta) pontos.

Súmula Vinculante 21

É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.

Súmula Vinculante 22

A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04.

Súmula Vinculante 23

A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ação possessória ajuizada em decorrência do exercício do direito de greve pelos trabalhadores da iniciativa privada.

Súmula Vinculante 24

Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.

Súmula Vinculante 25

É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

Súmula Vinculante 26

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Súmula Vinculante 27

Compete à justiça estadual julgar causas entre consumidor e concessionária de serviço público de telefonia, quando a Anatel não seja litisconsorte passiva necessária, assistente, nem opoente.

Súmula Vinculante 28

É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário.

Súmula Vinculante 29

É constitucional a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra.

Súmula Vinculante 30

(Suspensa)

Súmula Vinculante 31

É inconstitucional a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza – ISS sobre operações de locação de bens móveis.

Súmula Vinculante 32

O ICMS não incide sobre alienação de salvados de sinistro pelas seguradoras.

Súmula Vinculante 33

Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III, da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica.

Súmula Vinculante 34

A Gratificação de Desempenho de Atividade de Seguridade Social e do Trabalho – GDASST, instituída pela Lei 10.483/2002, deve ser estendida aos inativos no valor correspondente a 60 (sessenta) pontos, desde o advento da Medida Provisória 198/2004, convertida na Lei 10.971/2004, quando tais inativos façam jus à paridade constitucional (EC 20/1998, 41/2003 e 47/2005).

Súmula Vinculante 35

A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.

Súmula Vinculante 36

Compete à Justiça Federal comum processar e julgar civil denunciado pelos crimes de falsificação e de uso de documento falso quando se tratar de falsificação da Caderneta de Inscrição e Registro (CIR) ou de Carteira de Habilitação de Amador (CHA), ainda que expedidas pela Marinha do Brasil.

Súmula Vinculante 37

Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.

Súmula Vinculante 38

É competente o Município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial.

Súmula Vinculante 39

Compete privativamente à União legislar sobre vencimentos dos membros das polícias civil e militar e do corpo de bombeiros militar do Distrito Federal.

Súmula Vinculante 40

A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição Federal, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo.

Súmula Vinculante 41

O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa.

Súmula Vinculante 42

É inconstitucional a vinculação do reajuste de vencimentos de servidores estaduais ou municipais a índices federais de correção monetária.

Súmula Vinculante 43

É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.

Súmula Vinculante 44

Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público.

Súmula Vinculante 45

A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela constituição estadual.

Súmula Vinculante 46

A definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento são da competência legislativa privativa da União.

Súmula Vinculante 47

Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza.

Súmula Vinculante 48

Na entrada de mercadoria importada do exterior, é legítima a cobrança do ICMS por ocasião do desembaraço aduaneiro.

Súmula Vinculante 49

Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área.

Súmula Vinculante 50

Norma legal que altera o prazo de recolhimento de obrigação tributária não se sujeita ao princípio da anterioridade.

Súmula Vinculante 51

O reajuste de 28,86%, concedido aos servidores militares pelas Leis 8622/1993 e 8627/1993, estende-se aos servidores civis do poder executivo, observadas as eventuais compensações decorrentes dos reajustes diferenciados concedidos pelos mesmos diplomas legais.

Súmula Vinculante 52

Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, "c", da Constituição Federal, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades para as quais tais entidades foram constituídas.

Súmula Vinculante 53

A competência da Justiça do Trabalho prevista no art. 114, VIII, da Constituição Federal alcança a execução de ofício das contribuições previdenciárias relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir e acordos por ela homologados.

Súmula Vinculante 54

A medida provisória não apreciada pelo congresso nacional podia, até a Emenda Constitucional 32/2001, ser reeditada dentro do seu prazo de eficácia de trinta dias, mantidos os efeitos de lei desde a primeira edição.

Súmula Vinculante 55

O direito ao auxílio-alimentação não se estende aos servidores inativos.

Súmula Vinculante 56

A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.

Súmula Vinculante 57

A imunidade tributária constante do art. 150, VI, *d*, da CF/88 aplica-se à importação e comercialização, no mercado interno, do livro eletrônico (*e-book*) e dos suportes exclusivamente utilizados para fixá-los, como leitores de livros eletrônicos (*e-readers*), ainda que possuam funcionalidades acessórias.

Súmula Vinculante 58

Inexiste direito a crédito presumido de IPI relativamente à entrada de insumos isentos, sujeitos à alíquota zero ou não tributáveis, o que não contraria o princípio da não cumulatividade.

[1] Conferir a esse respeito: MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

[2] Maurice Hauriou apontava em 1927 a necessidade de consagração de sistemas de controle de constitucionalidade na França (*Derecho público y constitucional.* 2. ed. Madri: Reus, 1927. p. 159).

[3] STF – Agravo de Instrumento nº 174.811-7/RS – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 maio 1996, p. 13.770.

[4] CAPPELLETTI, Mauro. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales.* Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 599.

[5] PIZZORUSSO, Alessandro. *Tribunales constitucionales...* Op. cit. p. 238.

[6] SCHLAIH, Klaus. *Tribunales constitucionales...* Op. cit. p. 134-136.

[7] BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 1994. p. 75.

[8] CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.* 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992. p.109.

[9] Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 1985. p. 288-290; EISENMANN, Charles. *La justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d'Autriche.* Paris: Economica-Presses Universitaires d'Aix Marseille, 1986. p. 174; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional.* 3. ed. Madri: Civitas, 1994; GARCÍA BELAUNDE, Domingo, FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *La jurisdicción constitucional en Iberoamerica.* Madri: Dykinson, 1997.

[10] STF – Adin nº 1120/PA – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 7 mar. 2002, p. 7; STF – Pleno – ADI 6327 MC-Ref, Rel. Min. Edson Fachin, j. 3-4-2020.

[11] *RTJ* 96/496. Nesse sentido, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo: "Desobrigatoriedade do Executivo em acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hierarquicamente superiores – Segurança denegada – Recurso não provido. Nivelados no plano governamental, o Executivo e o Legislativo praticam atos de igual categoria, e com idêntica presunção de legitimidade. Se assim é, não há de negar ao Chefe do Executivo a faculdade de recusar-se a cumprir ato legislativo inconstitucional, desde que por ato administrativo formal e expresso declare a sua recusa e aponte a

inconstitucionalidade de que se reveste" (TJ/SP – 3ª Câmara Civil – Apelação nº 220.155-1 – Campinas, Rel. Des. Gonzaga Franceschini, decisão: 14-2-95).

[12] *RDP* 5/234; *RDA* 82/358.

[13] MELLO FILHO, José Celso. *Constituição federal anotada.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 346. O autor cita farta jurisprudência e doutrina no mesmo sentido: *"RTJ* 2/386; 32/134; 33/336; 41/669; 96/496; *RDA* 140/49; 56/295; 85/212; *RT* 374/153; 354/153; 358/130; 384/91; 361/300. Idem: José Frederico Marques, *RDA* 374/153; Caio Tácito, *RDA* 59/344, Themístocles Brandão Cavalcanti, *RDA* 82/383; Orlando Miranda de Aragão, *RDP* 26/68; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *RPGESP* 12/564. Contra: Clenício da Silva Duarte, *RDP* 2/150. Sobre este tema, e manifestando-se contrário à tese que reconhece ao Executivo a faculdade de recusar aplicação às leis inconstitucionais, v. excelente trabalho de Ruy Carlos de Barros Monteiro, O argumento de inconstitucionalidade e o repúdio da lei pelo Poder Executivo, *RF*, 284/101, onde há extensa discussão da matéria".

[14] RAMOS, Elival Silva. *A inconstitucionalidade das leis.* São Paulo: Saraiva, 1994. p. 238. Observe-se, porém, que o Chefe do Executivo não poderá, porém, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal, expedir decreto a fim de suspender a eficácia de ato normativo hierarquicamente superior (STF – RE 582.487-AgR, voto da Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 25-9-2012, Segunda Turma, *DJE* de 25-9-2012).

[15] STF – Pleno – Adin nº 221/DF – medida cautelar – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 22 out. 1993, p. 22.251, onde ficou ressaltado que "os Poderes Executivo e Legislativo, por sua Chefia – e isso mesmo tem sido questionado como o alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade –, podem tão só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais" (cf. íntegra do Acórdão in *RTJ* 151/331-355). Em defesa da não aplicação de lei inconstitucional pela Administração Pública conferir excelente estudo de Maria Teresa de Melo Ribeiro (*O princípio da imparcialidade da administração pública*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 138-149) que aponta as diversas variações doutrinárias alemãs, italianas e portuguesas.

[16] Louis Favoreu aponta que "a diversidade de organização da justiça constitucional é muito grande; sem embargo disso, os diferentes sistemas podem reagrupar-se basicamente em grandes modelos: Ou se confia a justiça constitucional ao ordenamento jurídico ordinário, sempre dependendo de um

Tribunal Supremo, conforme o chamado modelo americano, ou se atribui a justiça constitucional a uma jurisdição especialmente constituída para esse fim, cujo primeiro exemplo foi o Tribunal Supremo Constitucional da Áustria. Sem embargo e por cima dessas diferenças, há que se ressaltar que na medida em que no primeiro modelo, os litígios constitucionais chegam ao Tribunal Supremo – e inclusive em algumas ocasiões são dirigidos diretamente a eles, o problema do estatuto e do lugar dos juízes constitucionais em um sistema político se coloca do mesmo modo em ambos os modelos" (Informe general introductorio. In: Vários autores. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales.* Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 22). Conferir, ainda: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional.* Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 191.

[17] Jorge Miranda traz-nos essa classificação, denominando o terceiro modelo de "o modelo de fiscalização política, que, algo impropriamente, pode denominar-se francês (por remontar à 'juria constitucional' de Siyès e ao Senado Conservador napoleónico e hoje se traduzir no Conselho Constitucional da Constituição de 1958 e que pode também entender-se ser o que prevalece, de harmonia com uma concepção jurídica diversa, nas Constituições marxistas-leninistas, excepto na Jugoslávia) – ou de fiscalização por órgão político, ainda quando adopta processo jurisdicionalizado, e fiscalização necessariamente concentrada, seja preventiva ou *a posteriori*" (*Manual de direito constitucional.* 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. t. 2. p. 320-322).

[18] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 1985. p. 288.

[19] BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 1994. p. 12. Igual entendimento é exposto por Gilmar Ferreira Mendes: "Não se pode dizer com certeza se os aliados tiveram alguma influência na instituição da Corte Constitucional, tal como admitido por Ridder. É certo, todavia, que a avaliação negativa feita pelo Parlamentarischer Rat sobre a Constituição de Weimar influenciou fortemente a decisão em favor da instituição de uma jurisdição constitucional" (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional:* o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 10). François Luchaire, ao defender a necessidade de um órgão independente para tutelar os direitos fundamentais, faz essa mesma ressalva, citando o exemplo da Alemanha nazista, que, embora se tenha instalado segundo um procedimento perfeitamente constitucional, e tendo sido o próprio Parlamento quem suspendeu

as liberdades individuais, acabou por gerar total desvirtuamento das leis, com consequente violação aos direitos fundamentais (El consejo constitucional francés. In: vários autores. *Tribunales constitutionales europeos y derechos fundamentales.* Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 57).

[20] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional.* 3. ed. Madri: Civitas, 1994. p. 59.

[21] EISENMANN, Charles. *La justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d'Autriche.* Paris: Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1986. p. 137.

[22] FAVOREU, Louis. *Informe...* Op. cit. p. 15.

[23] A mudança de modelo pretendia, inclusive, alterar o nome do "Conselho Constitucional" para "Corte Constitucional", por emenda do Senador e ex-Presidente do Conselho Constitucional Badinter (emenda nº 321, introduzindo artigo 24-3). Porém, apesar de aprovada pelo Senado, foi rejeitada pela Assembleia Nacional.

[24] Cf. *Memorandum to the Justice Select Committee* (Post-Legislative Assessment of the Constitutional Reform Act 2005) – Ministry of Justice, March 2010; GAY, Oonagh. *The Constitutional Reform Act 2055 – the role of the Lord Chancellor*. Parliament and Constitution Centre, 14 November 2005; *Constitutional Reform Act 2005* – Select Committee on the Constitution – House Of Lords, 5th Report of Session 2005-2006, publicação autorizada pela Câmara dos Lordes. London: The Stationery Office Limited.

[25] Cf. palestra proferida no Supremo Tribunal Federal pelo Professor Jeffrey Jowell – "A Nova Estrutura do Poder Judiciário no Reino Unido".

[26] STF – Pleno – Adin nº 295-3/DF – medida liminar – Rel. Min. Paulo Brossard, j. 22-6-90.

[27] A Constituição Federal assegura a plena possibilidade de o Juiz de 1ª instância realizar o controle difuso de constitucionalidade. Cf.: STF – 1ª T. – Rextr. nº 117.805/PR – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 27 ago. 1993, p. 17.022.

[28] US Court – 137 (1803). Conferir a íntegra de decisão: MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais.* São Paulo: Atlas, 2000. p. 97-100.

[29] CAPPELLETTI, Mauro. *Tribunales constitucionales europeos*... Op. cit. p. 601.

[30] SWISHER, Carl Brent. *Decisões históricas da Corte Suprema.* Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 10-14. Cf., ainda: HALL, Kermit L. *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions.* New York: Oxford University Press, 1999. p. 173; RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 35.

[31] *Scott v. Sandford*, 19 How. 393 (1857). Ressalte-se que somente as 13ª e 14ª Emendas à Constituição americana, adotadas em 1868, alteraram essa situação, ao estabelecer que "não haverá, nos Estados Unidos ou em qualquer lugar sujeito à sua jurisdição, nem escravidão, nem trabalhos forçados, salvo como punição de um crime pelo qual o réu tenha sido devidamente condenado" e "todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiverem residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis".

[32] *A Corte Suprema e...* Op. cit. p. 66.

[33] Bernard Schwartz, por sua vez, aponta essa consolidação um pouco mais tarde, afirmando que "a verdade é que o controle judicial exercido pela Corte Suprema dos Estados Unidos só se tornou um fator importante do poder legislativo nacional por volta de 1890" (*Direito...* Op. cit. p. 257).

[34] ABRAHAM, Henry J. A Corte Suprema no evolutivo processo político. In: Vários autores. *Ensaios sobre a Constituição dos Estados Unidos.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978. p. 93.

[35] Constituição Federal de 1891 – "Art. 59, § 1º Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal (b) quando se contestar a validade de leis ou de actos de governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado considerar validos esses actos, ou essas leis impugnadas."

[36] BARBOSA, Rui. *Commentários à ...* Op. cit. v. 4. p. 23. Conferir, ainda, p. 127 ss. (As leis inconstitucionaes e a justiça federal).

[37] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 52; TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 411; MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição...* Op. cit. p. 24; ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira.

Controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. São Paulo: Dialética, 1997. p. 33.

[38] STF – 2ª T. – HC nº 96.425 ED/SP, Rel. Min. Eros Grau, 3-3-2009, *Informativo STF* nº 537.

[39] Conferir, na doutrina, BARBOSA, Ruy. *Os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal.* Rio de Janeiro: Companhia Impressora 7, 1893. p. 96. Na jurisprudência: STF – "Controle incidente de constitucionalidade: suscitada, no voto de um dos juízes do colegiado, a questão de inconstitucionalidade da lei a aplicar, deve o Tribunal decidir a respeito; omitindo-se e persistindo na omissão – não obstante provocado mediante embargos de declaração viola as garantias constitucionais da jurisdição e do devido processo legal (CF, art. 5º, XXXV e LIV), sobretudo quando, com isso, obstruir o acesso da parte ao recurso extraordinário" (Rextr. nº 198.346-9/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 5 dez. 1997, p. 63.919).

[40] STF – Med. Caut. Em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.804-4/AL – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 13 out. 2006, p. 73; STF – HC nº 88.508/RJ – medida cautelar – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 24 ago. 2006, p. 23; STF – 1ª T. – RE nº 453744 AgR/RJ – Rel. Min. Cezar Pelluso, decisão: 13-6-2006 – *Informativo STF* nº 431; STF – RE nº 488.033-4/RS – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 out. 2006, p. 103. Conferir, no Superior Tribunal de Justiça, incidente de inconstitucionalidade: Corte Especial – AI no Ag 1037765/SP – Rel. Min. Teori Albino Zavascki, decisão: 2-3-2011. Conferir, ainda, STJ – 2ª T. – Resp 938839/RJ – Rel. Min. Mauro Campbell Marques, decisão: 5-4-2011.

[41] No julgamento da inconstitucionalidade do art. 2º da Lei no 9.055/95 ("questão do amianto"), cinco Ministros votaram pela inconstitucionalidade e quatro pela constitucionalidade da norma. Dessa maneira, não foi obtida maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade, uma vez que dois Ministros do STF se declararam impedidos de participar do julgamento (STF – Pleno – ADI 4066/DF – Rel. Min. Rosa Weber – julgamento: 23 e 24-8-2017).

[42] *RTJ* 58/499; *RTJ* 71/233; *RTJ* 110/226; *RTJ* 117/265; *RTJ* 135/297; *RTJ* 95/859; *RTJ* 96/1188; *RT* 508/217; *RF* 193/131.

[43] RE nº 190.725, Rel. p/ acórdão Min. Ilmar Galvão e STF – Agravo de Instrumento – nº 172.992-9, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, p. 23.537, que, porém, ressalva sua posição, entendendo da aplicabilidade da cláusula de reserva de plenário, mesmo que a norma questionada perante o

Tribunal inferior já tenha sido declarada inconstitucional *incidentar tantum* pelo próprio Supremo Tribunal Federal (*RTJ* 99/273).

[44] STF – Pleno – AR 1.551/RJ – Rel. Min. Gilmar Mendes, 19-10-2016. *RTJ* 162/765.

[45] STF – 1ª T. – Rcl 24.284/SP – Rel. Min. Edson Fachin, julgamento: 22-11-2016.

[46] Em relação à possibilidade de o Juiz de 1ª instância realizar o controle difuso de constitucionalidade conferir: *RTJ* 554/253; STF – Pleno – Reclamação nº 721-0/AL – medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 fev. 1998, p. 8.

[47] *RTJ* 98/877.

[48] STF – "Controle *incidente de constitucionalidade:* vinculação das Turmas do STF à precedente declaração da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, salvo proposta de revisão de qualquer dos Ministros (RiSTF, arts. 101 e 103)" (*RTJ* 160/1.019).

[49] STF – AI 677.191-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 8-6-2010, Segunda Turma, *DJE* de 25-6-2010.

[50] STF – RE 199.293, voto do Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 19-5-2004, Plenário, *DJ* de 6-8-2004.

[51] O Supremo Tribunal Federal manteve a necessidade de aplicação do artigo 52, X, da CF para ampliar os efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade, afastando a possibilidade da transcendência dos efeitos da declaração independentemente de manifestação da Casa parlamentar (STF, Pleno, Reclamação 4335, Rel. Min. Gilmar Mendes, Red. para o acórdão, Min. Teori Zavaski, 20-3-2014).

[52] Neste sentido: Paulo Brossard, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Themístocles Cavalcanti, Nogueira da Silva, Elival da Silva Ramos e Celso de Mello Filho.

[53] No sentido de que a atividade senatorial, nesta hipótese, é juridicamente vinculada, exercida em caráter compulsório: Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Celso Bastos, Michel Temer, Lúcio Bittencourt e Alfredo Buzaid.

[54] Mandado de Injunção nº 460-9-RJ, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, 16 jun. 1994, p. 15.509. No mesmo sentido: STF – Mandado de Segurança nº 7.248, de São Paulo, Ministro Victor Nunes Leal.

[55] *Revista de Informação Legislativa* nº 48/265 – ano 12 – 1975 – Pareceres nº 154, de 1971; Parecer nº 261 de 1971; Parecer nº 282, de 1971.

[56] *RTJ* 38/19. E, ainda, Mário Guimarães (*O juiz e a função jurisdicional*, 1958, p. 264-265), Josaphat Marinho (*Revista de Informação Legislativa*, v. 2/12) e Paulo Brossard (O Senado e as leis inconstitucionais in *Revista de Informação legislativa*, v. 50/55); Nelson de Souza Sampaio (O STF e a nova fisionomia do Judiciário in *Revista Nomos*, p. 30).

[57] BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa* nº 50/55.

[58] STF – ADI 3.929-MC, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 29-8-2007, Plenário, *DJ* de 11-10-2007.

[59] Neste sentido: Pareceres n°s 154 e 261 de 1971 da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal (*Revista de Informação Legislativa* nº 48/265). Igualmente, MARINHO, Josaphat. *Revista de Informação Legislativa* nº 02/05.

[60] MELLO FILHO, José Celso. *Constituição...* Op. cit. p.183, citando inclusive jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (*RTJ* 38/5; 38/569; 39/628).

[61] Por ex.: **Em relação à lei estadual:** Resolução do Senado Federal nº 81, de 1996, suspendendo a execução do art. 2º, §§ 1º, 2º e 3º, da Lei nº 7.588, de 1989, e dos arts. 10 e 12, da Lei nº 7.802, de 1989, todos do Estado de Santa Catarina. **Em relação à lei municipal:** Resolução do Senado Federal nº 80, de 1996, suspendendo a execução do art. 276, da Lei nº 3.999, de 29-12-1972 – Código Tributário do Município de Santo André, do Estado de São Paulo.

[62] *RTJ* 82/791; *RTJ* 87/758; *RTJ* 89/367.

[63] STF – RE 358.875-AgR, voto do Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-10-2007, Segunda Turma, *DJ* de 7-12-2007.

[64] STF – 1ª T. – AgRegAI nº 495.826-6/RJ – Rel. Min. Cézar Peluso, *Diário da Justiça*, Seção I, 4 fev. 2005, p. 19.

[65] STF – Pleno – medida cautelar – Ação cautelar nº 189-7/SP – Rel. Min. Gilmar Mendes, *Diário da Justiça*, Seção I, 15 abr. 2004, p. 14.

[66] STF – 2ª T. – AI 529694/RS – Rel. Min. Gilmar Mendes – *Informativo* nº 376, p. 5.

[67] Conferir nesse sentido: STF – 2ª T. – Rextr. nº 442683/RS – Rel. Min. Carlos Velloso, decisão: 13-12-2005. STF – Pleno – RE 197.917/SP – Rel. Min. Maurício Corrêa.

[68] STF – 1ª T. – RE nº 217141 AgR/SP – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 13-6-2006 – *Informativo STF* nº 431.

[69] STF – RE nº 502.817-7/SP – Rel. Min. Carlos Britto, *Diário da Justiça*, Seção I, 14 nov. 2006, p. 117.

[70] Conferir nesse sentido: STF – 2ª T. – Rext. 227.159/GO – Rel. Min. Néri da Silveira, *Informativo STF* de 20 mar. 2002, nº 260, p. 3.

[71] Cf. STF – Reclamação nº 633-6/SP – Rel. Min. Francisco Rezek, *Diário da Justiça*, Seção I, 23 set. 1996, p. 34.945, onde são citados vários precedentes em sede liminar: RCLs 557, 559, 560, 562, 564, 569, 600, 602 e 611.

[72] STF – 2ª T. – Rcl 19.662/MT – Rel. Min. Dias Toffoli, 3-5-2016. STF – Pleno – Rcl. nº 2224/SP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 26-10-2005. *Informativo STF* nº 407, STF – Reclamação nº 601 – Rel. Min. Carlos Velloso – *Revista de Direito Administrativo*, 206/267. Igualmente decidiu o STJ: "Impossibilidade do uso da ação civil pública para substituir a ação direta de inconstitucionalidade" (STJ – 1a T. – Resp. nº 134.979/GO – Rel. Min. Garcia Vieira, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 out. 1997, p. 49.903). Conferir, ainda: STJ – 2a Turma – REsp. no 327.206/DF – Rel. Min. Franciulli Netto, *Diário da Justiça*, Seção I, 1o set. 2003, p. 249.

[73] *RTJ* 102/49; 124/266; 124/612.

[74] STF – Pleno – RE 424993/DF – Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão: 12-9-07. *Informativo STF* nº 479; STF – Pleno – Rcl 1503/DF e Rcl 1519/CE – Rel. orig. Min. Carlos Velloso, red. p/ Acórdão Min. Dias Toffoli, decisão: 17-11-2011.

[75] ALVIM, Arruda. *Ação civil pública.* Coord. Édis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 157 e 162.

[76] STF – Pleno – RE 424993/DF – Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJE*-126, 19-10-2007.

[77] STF – Reclamação nº 663-6/SP – Rel. Min. Nelson Jobim, *Diário da Justiça*, Seção I, 13 out. 1997, p. 51.467.

[78] STF – Reclamação nº 554-2/MG – Rel. Min. Maurício Corrêa, *Diário da Justiça*, Seção I, 26 nov. 1997, p. 61.738. No mesmo sentido: STF – Pleno – Reclamações nº 597-SP, Rel. Min. Marco Aurélio e para o acórdão o Min. Néri da Silveira, 600-SP, Rel. Min. Néri da Silveira, e 602-SP, Rel. Min. Ilmar Galvão – Sessão de 3-9-97.

[79] STF – Pleno – Reclamação nº 1.898-9/DF – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 fev. 2004, p. 65. Ressalte-se, nesse sentido, a observação feita pelo Ministro Sepúlveda Pertence, em relação à ação civil pública, ao apontar

a necessidade de diferenciar ambas as hipóteses: “basta que nela se veicule pretensão que, na via do controle abstrato, seria inadmissível” (STF – Pleno – Adin nº 3352/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence – *Informativo STF* nº 383, p. 3).

[80] STF – Pleno – Reclamação nº 602-6/SP – Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 3-9-1997. Conferir, ainda, STF – 1ª T. – Recl. nº 611-5/PR – Rel. Min. Sydney Sanches, *Diário da Justiça*, Seção I, 1º abr. 1998, p. 12. Nesse sentido, importante *leading case* do Supremo Tribunal Federal: “Reclamação. 2. Ação civil pública contra instituição bancária, objetivando a condenação da ré ao pagamento da ‘diferença entre a inflação do mês de março de 1990, apurada pelo IBGE, e o índice aplicado para crédito nas cadernetas de poupança, com vencimento entre 14 a 30 de abril de 1990, mais juros de 0,5% ao mês, correção sobre o saldo, devendo o valor a ser pago a cada um fixar-se em liquidação de sentença’. 3. Ação julgada procedente em ambas as instâncias, havendo sido interpostos recursos especial e extraordinário. 4. Reclamação em que se sustenta que o acórdão da Corte reclamada, ao manter a sentença, estabeleceu ‘uma inconstitucionalidade no plano nacional, em relação a alguns aspectos da Lei nº 8.024/1990, que somente ao Supremo Tribunal Federal caberia decretar’. 5. Não se trata de hipótese suscetível de confronto com o precedente da Corte na Reclamação nº 431-1/SP, onde se fazia inequívoco que o objetivo da ação civil pública era declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 7.844/1992, do Estado de São Paulo. 6. No caso concreto, diferentemente, a ação objetiva relação jurídica decorrente de contrato expressamente identificado, a qual estaria sendo alcançada por norma legal subsequente, cuja aplicação levaria a ferir direito subjetivo dos substituídos. 7. Na ação civil pública, ora em julgamento, dá-se controle de constitucionalidade da Lei nº 8.024/1990, *por via difusa*. Mesmo admitindo que a decisão em exame afasta a incidência de Lei que seria aplicável à hipótese concreta, por ferir direito adquirido e ato jurídico perfeito, certo está que o acórdão respectivo não fica imune ao controle do Supremo Tribunal Federal, desde logo, à vista do art. 102, III, letra *b* da Lei Maior, eis que decisão definitiva de Corte local terá reconhecido a inconstitucionalidade de lei federal, ao dirimir determinado conflito de interesses. Manifesta-se, dessa maneira, a convivência dos dois sistemas de controle de constitucionalidade: a mesma lei federal ou estadual poderá ter declarada sua invalidade, quer em abstrato, na via concentrada, originariamente pelo STF (CF, art. 102, I, *a*) quer na via difusa, *incidenter tantum* ao ensejo do desate de controvérsia, na defesa de direitos subjetivos de partes interessadas, afastando-se sua incidência no caso concreto em julgamento. 8. Nas ações coletivas, não se

nega, à evidência, também a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, de lei ou ato normativo federal ou local. 9. A eficácia *erga omnes* da decisão, na ação civil pública, *ut* art. 16, da Lei nº 7.347/1997, não subtrai o julgado do controle das instâncias superiores, inclusive do STF. No caso concreto, por exemplo, já se interpôs recurso extraordinário, relativamente ao qual, sem situações graves, é viável, emprestar-se ademais, efeito suspensivo. 10. Em reclamação, onde sustentada a usurpação, pela Corte local, de competência do Supremo Tribunal Federal, não cabe, em tese, discutir em torno da eficácia da sentença na ação civil pública (Lei nº 7374/1985, art. 16), o que poderá, entretanto, constituir, eventualmente, tema do recurso extraordinário. 11. Reclamação julgada improcedente, cassando-se a liminar" (STF – Pleno Recl. nº 600-0/SP – Rel. Min. Néri da Silveira, j. 3-9-97).

[81] STF – Pleno – RE 511961/SP – Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJE*-213, 13-11-2009.

[82] Conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça "O princípio do *due process of law* estende-se à gênese da lei. Uma lei mal formada, vítima de defeitos no processo que a gerou, é ineficaz; a ninguém pode obrigar" (STJ – 1ª T. – RMS nº 7.313-0/RS – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *Diário da Justiça*, Seção I, 5 maio 1997 – *Ementário STJ* 18/395).

[83] Tamanha é a importância do respeito do processo legislativo constitucional na formação das leis que Nelson Sampaio nos recorda que "na Terceira República Francesa, onde não existia o controle jurisdicional da constitucionalidade material da lei, a doutrina dominante – com muitas vozes discordantes – sustentava que os tribunais podiam e deviam examinar se a lei se elaborou de acordo com as normas constitucionais, sem o que não mereceria o nome de lei" (*O processo...* Op. cit. p. 180).

[84] *O poder de reforma constitucional.* 3. ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1995. p. 70.

[85] *RTJ* 99/1031 – cf. Capítulo 11 (Processo legislativo) – item 4.1.2, onde encontra-se a íntegra da ementa.

[86] Conferir sobre reforma constitucional: LAVIÉ, Quiroga. *Estudio analítico de la reforma constitucional.* 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993.

[87] Conforme decidiu o STF, haverá extinção do mandado de segurança sem julgamento do mérito na hipótese de perda superveniente do mandato parlamentar pelo autor do *writ* (MS 27971/DF – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 1º-7-2011.

[88] Sobre a possibilidade de impetração de mandado de segurança contra ato de procedimento legislativo, conferir: MORAES, Germana de Oliveira. *O controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo.* São Paulo: Dialética, 1988. p. 78.

[89] Conferir sobre trâmite interno das proposições legislativa no Senado Federal: *Senado & Congresso – proposições legislativas – tramitação.* Brasília: Geresen, 1995.

[90] STF – MS 34562/DF – Rel. Min. Alexandre de Moraes – julgamento: 5-10-2017; MS 34929/DF, 34970/DF, 35090/DF – Rel. Min. Alexandre de Moraes – julgamento: 22-8-2017.

[91] STF – Pleno – RE 1297884/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento virtual finalizado em 11-6-2021. Importante salientar a advertência feita por Manoel Gonçalves Ferreira Filho de que "na organização constitucional dos Estados Unidos da América e na dos Estados que imitam suas instituições, o caráter apolítico do Judiciário foi posto em dúvida por não poucos juristas em virtude do controle de constitucionalidade das leis. Já foi moda denunciar o *governo dos juízes,* expressão cunhada por Edouard Lambert em seu livro (*Le gouvernement des juges et la luffe contre la législation sociale aux États Unis,* Paris, 1921). Todavia, sem aderir aos exageros, deve-se reconhecer que onde se admite o controle de constitucionalidade das leis, *ipso facto*, se politiza a atividade dos juízes" (*Do processo*... Op. cit. p. 115 – nota 114).

[92] *Do processo*... Op. cit. p. 243.

[93] Conferir decisão liminar do Ministro Celso de Mello, em que a matéria é detalhadamente analisada na doutrina e jurisprudência (STF – Pleno – MS nº 23.565/DF – medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello, *Informativo STF* nº 170).

[94] PEC nº 33 – Reforma da Previdência Social.

[95] Conferir: STF – Pleno – MS nº 22503-3/DF – Rel. para Acórdão Min. Maurício Corrêa, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 jun. 1997, p. 24.872.

[96] STF – "Processo legislativo no Congresso Nacional. *Interna corporis*. Matéria relativa à interpretação, pelo Presidente do Congresso Nacional, de normas de regimento legislativo é imune a crítica judiciária, circunscrevendo-se no domínio *interna corporis" – RTJ* 112/1023. Conferir, ainda, em relação à impossibilidade de interpretação, por parte do Poder Judiciário, de normas regimentais, por tratar-se de assunto *interna corporis*: *RTJ* 112/598; 112/1023; *RTJ* 116/67; *RTJ* 137/1053; *RTJ* 114/537; STF – MS nº 20.247/DF – Rel. Min. Moreira Alves: STF – MS nº

20.471/DF – Rel. Min. Francisco Rezek. Nesse mesmo sentido: STF – Pleno – Adin nº 2.038/BA – Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Nelson Jobim, decisão: 18-8-1999 – *Informativo STF* nº 158.

[97] STF – MS 26712 ED-MC/DF – Rel. Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça*, Seção I, 19 set. 2007, p. 26; STF – MC 24645 MC/DF – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 15 set. 2003, p. 65.

[98] STF – MS 34562/DF – Rel. Min. Alexandre de Moraes – julgamento: 5-10-2017; MS 34929/DF, 34970/DF, 35090/DF – Rel. Min. Alexandre de Moraes – julgamento: 22-8-2017.

[99] EISENMANN, Charles. *La justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d'Autriche.* Paris: Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1986. p. 174.

[100] Francisco Fernandez Segado salienta que "o período que transcorre entre outubro de 1918, momento em que cai o Império austro-húngaro, e outubro de 1920, em que ocorre a promulgação da Constituição Federal da República Austríaca, marca os momentos chaves da gestação do modelo austríaco de controle autônomo de constitucionalidade das leis" (Evolución historica y modelos de control constitucional. *La jurisdicción constitucional em Iberoamerica*. Madri: Dykinson, 1997. p. 73).

[101] KELSEN, Hans. *Teoria pura*... Op. cit. p. 288-290.

[102] Conferir os argumentos favoráveis e contrários ao controle jurisdicional das normas constitucionais, em especial o antagonismo do austríaco Hans Kelsen, para quem deveria haver um controle jurisdicional, e do alemão Carl Schmitt, para quem o controle deveria ficar a cargo do Presidente do Reich, in MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional...* Op. cit. p. 116 ss.

[103] BONAVIDES, Paulo. *Curso...* Op. cit. p. 296; VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo...* Op. cit. p. 78; VELOSO, Zeno. *Controle...* Op. cit. p. 34.

[104] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 1985. p. 288-290. Sobre a criação do Tribunal austríaco e das características do controle concentrado de constitucionalidade: MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais.* São Paulo: Atlas, 2000. p. 115-119.

[105] Conferir no direito comparado: FRIEDRICH, Carl Joaquim. *Gobierno constitucional y democracia.* Madri: Instituto de Estudos Políticos, 1975; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional.* 3. ed. Madri: Civitas, 1994; GARCÍA BELAUNDE, Domingo; FERNANDEZ

SEGADO, Francisco. *La jurisdicción constitucional en Iberoamerica.* Madri: Dykinson, 1997; AGUILAR, Juan F. López. *La justicia y sus problemas en la Constitución.* Madri: Tecnos, 1996; ANDRADE, J. C. Vieira de. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In: Vários autores. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional.* Coimbra: Coimbra, 1995; COSTA, José Manuel Moreira Cardoso da. *A jurisdição constitucional em Portugal.* Coimbra: Coimbra, 1992. No direito pátrio: SILVA, José Afonso da. *Curso...* Op. cit. p. 49; MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição...* Op. cit. p. 60; ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Controle...* Op. cit. p. 47.

[106] A Lei nº 9.868, de 10-11-1999, dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

[107] STF – Pleno – agravo regimental – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 43-2/DF – Rel. Min. Carlos Britto, *Diário da Justiça*, Seção I, 13 fev. 2004, p. 9.

[108] O STF afastou a prejudicialidade de ação direta de inconstitucionalidade na hipótese de o julgamento ter se realizado sem prévio comunicado à corte da revogação da norma impugnada (STF – Pleno – ADI 951 ED/SC – Rel. Min. Roberto Barroso, 27-10-2016).

[109] STF – Pleno – Adin nº 612/RJ – questão de ordem – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 maio 1994, p. 14.484. No mesmo sentido afirmou o STF que “as Leis de Diretrizes Orçamentárias caracterizam-se pelas suas vigências temporárias, uma vez que referem-se ao exercício financeiro subsequente. Portanto, não poderá ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade se já houver ocorrido o pleno exaurimento de sua eficácia jurídico-normativa” (Rel. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 29 set. 1997, p. 48.076).

[110] STF – Pleno – Adin nº 162-1/DF – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 set. 97, p. 45.582.

[111] STF – Pleno – Adin nº 482/DF – Rel. Min. Néri da Silveira, *Diário da Justiça*, Seção I, 8 abr. 1994, p. 7.223; STF – Pleno – ADI QO nº 748-3/RS – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 15 dez. 2006, p. 80.

[112] STF – Pleno – Adin nº 709-2 – medida liminar – Rel. Min. Paulo Brossard, *Diário da Justiça*, Seção I, 10 jun. 1994, p. 14.785; STF – Pleno – Adin nº 898/SC – medida cautelar – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 4 mar. 1994, p. 3.388; STF – Pleno – Adin nº 942/PR – medida cautelar – Rel. Min.

Paulo Brossard, *Diário da Justiça*, Seção I, 11 mar. 1994, p. 4.112; STF – Pleno – Adin nº 534/DF – questão de ordem – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 8 abr. 1994, p. 7.240; STF – Pleno – Adin nº 1.859-5/DF – questão de ordem – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 26 nov. 1999. p. 63.

[113] STF – Pleno – Adin nº 649-5/RN – medida cautelar – Rel. Min. Paulo Brossard, *Diário da Justiça*, Seção I, 23 set. 1994, p. 25.313; STF – Pleno – Adin nº 870/DF – questão de ordem – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 20 ago. 1993, p. 16.318; STF – Pleno – Adin nº 737/DF – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 22 out. 1993, p. 22.252. Portanto, não prevalece mais posição anterior do STF, sob a égide da Constituição anterior, pela qual "a revogação de lei ou ato normativo objeto de representação não prejudica a ação direta de inconstitucionalidade, se deles decorreram efeitos" (Representação nº 1.370/GO – Rel. Min. Célio Borja, decisão: 25 jun. 1987 e STF – Pleno – Representação nº 11.615/GO – Rel. Min. Néri da Silveira – decisão: 16 mar. 1984).

[114] STF – Rcl nº 1.880-AgR, Rel. Min. Maurício Corrêa, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 mar. 2004.

[115] Cf. NEVES, A. Castanheira. *O problema da constitucionalidade dos assentos*. Coimbra: Coimbra, 1994.

[116] KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 2-6.

[117] STF – Adin nº 1352-1-DF, Rel.: Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, 4 out. 1995, p. 32.736/32.737; STF – Pleno – ADI 6407 MC-Ref, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 30-11-2020.

[118] STF – Pleno – Adin nº 1.553/DF – Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 13-5-2004. *Informativo STF* nº 348; STF – Pleno – medida cautelar – Adin nº 1.969-4/DF – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 5 mar. 2004, p. 13.

[119] STF – Pleno – ADI 5935, Rel. Min. Edson Fachin, j. 22-5-2020; STF – Pleno – Adin nº 829-3/DF – Rel. Min. Moreira Alves – decisão 14-4-93. A citada ação direta de inconstitucionalidade referia-se à Emenda Constitucional nº 2, de 25-8-1992; STF – Pleno – Adin nº 9397/DF – Rel. Min. Sydney Sanches, Ementário STF nº 1730-10 (medida cautelar in *RTJ* 150/68), referente à Emenda Constitucional nº 3, de 17-3-1993; STF – Pleno – Adin nº 1.805/DF – medida cautelar – Rel. Min. Néri da Silveira, 26-3-98 – *Informativo STF* nº 104, capa, referente à Emenda Constitucional nº 16, de 4-6-1997; STF – Pleno – Adin nº 1.946/DF – medida cautelar – Rel. Min. Sydney Sanches, 7-4-99 – *Informativo STF* nº 144, referente à Emenda Constitucional nº 20, de 15-12-98 (Reforma Previdenciária).

[120] STF – Pleno – Adin nº 1352-1/DF – medida liminar – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 4 out. 1995, p. 32.736; *RTJ* 143/51, Rel. Min. Celso de Mello.

[121] STF – Adin nº 728, Rel. Min. Marco Aurélio e Adin nº 730, Rel. Min. Ilmar Galvão.

[122] STF – Adin nº 681-DF, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJU*, 30 abr. 1992.

[123] CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 145.

[124] STF – Pleno – Adin nº 769/MA – medida liminar Rel. Min. Celso de Mello; *RTJ* 154/432. Nesse mesmo sentido, entendeu o Pretório Excelso que "só se consideram objeto idôneo de controle abstrato de constitucionalidade os atos normativos dotados de generalidade, o que exclui os que, malgrado sua forma de lei, veiculam atos de efeito concreto, como sucede com as normas individuais de autorização que conformam originalmente o orçamento da despesa ou viabilizam sua alteração no curso do exercício" (STF – Pleno – Adin nº 1.716/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – *Informativo STF* nº 104 – p. 2).

[125] STF – Pleno – Adin nº 8-0/DF, Rel. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 10 maio 1996, p. 15.129.

[126] STF – Pleno – Adin nº 769/MA – medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello; *RTJ* 154/432; STF – Pleno – Adin nº 2.100-1/RS – Rel. Min. Néri da Silveira – Rel. para o acórdão Min. Nelson Jobim – *Diário da Justiça*, Seção I, 1º jun. 2001, p. 76 (em relação a normas concretas presentes na Lei de Diretrizes Orçamentárias).

[127] STF – Pleno – Adin nº 769/MA – medida cautelar – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 8 abr. 1994, p. 7.224.

[128] STF – Pleno – Adin nº 1.096-4 – medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 22 set. 1995, p. 30.589.

[129] STF – Pleno – Adin nº 594/DF – medida cautelar – Rel. Min. Carlos Velloso.

[130] Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal, ao afirmar que "Não se conhece de ação direta ajuizada contra resposta do TSE à consulta prevista no art. 23, inciso XII, do Código Eleitoral por tratar-se de ato de caráter administrativo, sem eficácia vinculativa, insusceptível de controle abstrato de constitucionalidade. Com esse fundamento, o Tribunal não conheceu em parte de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada por diversos partidos políticos – PDT, PE, PC do B e PL – no ponto em que impugnou as Resoluções n°s 19.952, 19.953, 19.954, 19.955, todas de 1997, do TSE, que responderam a consulta

sobre a necessidade de desincompatibilização do Presidente da República, Governadores e Prefeitos, candidatos à reeleição. ADInMC 1.805-DF, Rel. Min. Néri da Silveira, 26-3-98" *Informativo STF* nº 104, capa).

[131] STF – Pleno – Adin nº 3345/DF e Adin nº 3365/DF, Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 25-8-2005 – *Informativo STF* nº 398, p. 1. Inclusive, o Tribunal reconheceu que nessas hipóteses não há impedimento ou suspeição para o julgamento das ações diretas dos Ministros do STF que tenham participado da edição do ato no Tribunal Superior Eleitoral.

[132] STF – Pleno – ADI 4.108/MG – medida cautelar – Rel. Min. Ellen Gracie.

[133] STF – Pleno – Adin nº 525, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 4 set. 1991, p. 11.929; STF – Pleno – Adin nº 298, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, 21 nov. 1990, p. 13.427.

[134] Conferir Capítulo 11, Processo Legislativo (item 4.3.8 – Medidas provisórias e controle de constitucionalidade).

[135] STF – Pleno – Adin nº 815-3, Rel. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 10 maio 1996, p. 15.131, onde se salienta que: "a tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é incompossível com o sistema de Constituição rígida".

[136] BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Atlântica, 1977; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional.* Coimbra: Almedina, 1993. p. 235 e p. 1.171.

[137] STF – Ag. Reg. na ADI nº 4.097/DF – Rel. Min. Cezar Peluso, *Informativo STF* nº 529.

[138] Por exemplo, no caso do Estado de São Paulo, art. 90 da Constituição Estadual.

[139] STF – Reclamação nº 386/8-SC, Rel. Min. Octavio Gallotti, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 dez. 1994, p. 33.197.

[140] STF – Pleno – ADI 5647/AP, rel. Min. Rosa Weber, julgamento virtual finalizado em 3-11-2021; STF – Adin nº 1.341-6-SP, Rel. Min. Francisco Rezek, *Diário da Justiça*, 22 set. 1995, p. 30.541; Precedentes RCL 383-SP e REMC 161.390-AL, STF – Reclamação nº 360-4/SP, Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 29 set. 1995, p. 31.901.

[141] STF – ADI 5548/PE, rel. Min. Ricardo Lewadowski, julgamento virtual finalizado em 16-8-2021.

[142] STF – Pleno – Medida Cautelar – Adin nº 1423 /SP, Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 22 nov. 1996, p. 45.684.

[143] *RTJ* 102/49; *RTJ* 124/266 e *RTJ* 124/612; RE 91.740; RE 92.287-PR, 1ª T., *RTJ* 97/438; RE 94.039-SP, 2ª T., *RTJ* 102/749, RE 93.313-SP, *RTJ* 104/724; RE 99.267-RS, 1ª T., *RTJ* 124/612; e RE 99.987-SP, 1ª T., *RTJ* 124/266.

[144] STF – Pleno – Adin nº 347-0/SP, Rel. Min. Paulo Brossard. Inclusive tendo sido suspensa a eficácia do inciso XI do art. 74 da Constituição do Estado de São Paulo, que atribui competência do Tribunal de Justiça para a representação da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal. Da mesma forma foram suspensas todas as previsões semelhantes nas diversas Constituições estaduais.

[145] STF – reclamação nº 337-0/DF, Rel. Min. Paulo Brossard. Precedentes: RCL 383-SP e REMC 161.390-AL.

[146] STF – Pleno – Adin nº 347-0/190, Rel. Min. Paulo Brossard; STF – Pleno – ADI nº 347/SP – Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão: 20-9-2006 – *Informativo STF* nº 441, Seção I, p. 2.

[147] Excetuando-se o art. 22, XVII, da CF.

[148] STF – Pleno – Adin nº 611/DF – medida cautelar – Rel. Sepúlveda Pertence, *RTJ* 145/491. Súmula STF 642: Não cabe ação direta de inconstitucionalidade de lei do Distrito Federal derivada da sua competência legislativa municipal.

[149] *RTJ* 95/980; 95/993; 99/544; 143/3 e 145/340.

[150] BROSSARD, Paulo. A constituição e as leis a ela anteriores. *Arquivo Ministério Justiça.* Brasília, 45 (180), jul./dez. 1992. p.127.

[151] STF – Adin nº 07-DF – questão de ordem – Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello.

[152] STF – Plenário – ADPF 54 QO/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 27-4-2005 – *Informativo STF* nº 385, p. 1. Conferir, ainda, em relação à possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade de norma anterior à Constituição – "controle concentrado da recepção" – a análise da denominada "Lei da Anistia": STF – Pleno – ADPF 153/DF – Rel. Min. Eros Grau, *DJe*-145, 5-8-2010.

[153] STF – Pleno – ADPF 90, Rel. Luiz Fux, j. 3-4-2020; STF – Pleno – ADPF 369, Rel. Min. Luiz Fux, Red. p/ Acórdão Alexandre de Moraes, j. 27-4-2020.

[154] STF – Pleno – Adin nº 264 (AgRg)/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *RTJ* 152/352-357; STF – Adin nº 1.253-3 – medida liminar – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 25 ago. 1995, p. 26.022.

[155] STF – Pleno – Adin nº 2.618-6/PR – Agravo Regimental – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 31 mar. 2006, p. 7. Conferir, ainda: STF – AI nº 402.876-1/SP – Agravo Regimental – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 23 mar. 2006, p. 9.

[156] CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da...* Op. cit. p. 85.

[157] Em relação à eventual incompatibilidade entre a Convenção de Varsóvia (art. 22) e a Constituição Federal (art. 5º, inciso II e § 2º), o Supremo Tribunal Federal decidiu que "*os tratados subscritos pelo Brasil não se superpõem à Constituição Federal*" (STF – Agravo de Instrumento 196.379-9/RJ – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 14 ago. 1997, p. 36.790, inclusive citando precedente da Corte – RE nº 172.720).

[158] "Em complementação à notícia do julgamento da medida cautelar nas ações diretas ajuizadas contra o decreto legislativo que aprovou e o decreto executivo que promulgou Convenção 158 da OIT (sessão plenária de 25-9-96, v. Informativo nº 46), informamos que, antes da suspensão motivada pelo pedido de vista do Min. Moreira Alves, no julgamento da Convenção 158 da OIT o Supremo Tribunal Federal afirmou, por unanimidade, a propósito de objeções levantadas ao cabimento da ADIn pelo Presidente da República nas informações elaboradas pela Advocacia-geral da União, a possibilidade jurídica do controle de constitucionalidade, pelos métodos concentrado e difuso, das normas de direito internacional, desde que já incorporadas definitivamente ao plano do direito positivo interno, *explicitando também por votação unânime, que esse entendimento decorre da absoluta supremacia da CF sobre todo e qualquer ato de direito internacional público celebrado pelo Estado brasileiro.* Precedentes citados: Rp 803-DF (*RTJ* 84/724); RE 109173-SP (*RTJ* 121/270)". Publicado no *Informativo STF*, Brasília, 7 a 11 out. 1996 – nº 48, p. 1.

[159] *RTJ* 83/809; STF – Adin nº 1.480-3 – medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, 17 jul. 1996.

[160] *RTJ* 70/333; 100/1030.

[161] *RTJ* 84/724; STF – 2ª T. – v.u. – *Habeas Corpus* nº 73044-2/SP – Rel. Maurício Corrêa, *Diário da Justiça*, Seção I, 20 set. 1996, p. 34.534; STF – Adin nº 1.480-3 – medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, 17 jul. 1996.

[162] STF – Pleno – HC nº 87.585/TO – Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 3-12-2008. Ficaram vencidos, por qualificarem os tratados internacionais definidores de direitos fundamentais com *status constitucional*, após a EC 45/04, os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau.

[163] *RTJ* 142/718.

[164] STF – Pleno – Adin nº 1.435-8/DF – medida liminar – Rel. Min. Francisco Rezek, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 ago. 1999, p. 5.

[165] A decisão do Supremo Tribunal Federal refere-se ao Decreto nº 1.719/95 (Concessão ou permissão para exploração dos serviços de telecomunicações).

[166] STF – Pleno – Adin nº 1.435-8/DF – medida liminar – Rel. Min. Francisco Rezek, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 ago. 1999, p. 5; STF – Pleno – Adin nº 1.999-6/SP – medida liminar – Rel. Min. Octavio Gallotti, *Diário da Justiça*, Seção I, 5 ago. 1999, capa.

[167] STF – Pleno – Adin nº 1383-1/RS – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 18 out. 1996, p. 39.844; STF – Pleno – Adin nº 1388-3/DF – Rel. Min. Néri da Silveira, *Diário da Justiça*, Seção I, 14 nov. 1996, p. 44.467.

[168] STF – Pleno – Adin nº 996/DF – medida cautelar – Rel. Min. Celso de Mello; *RTJ* 158/54.

[169] *RTJ* 99/1.366; 138/436.

[170] Cf. STF – Adin nº 365/DF – AgRg – Rel. Min. Celso de Mello; Adin nº 311, Rel. Min. Carlos Velloso; na Adin nº 531 – AgRg, Rel. Min. Celso de Mello; e na Adin nº 536, Rel. Min. Carlos Velloso.

[171] Tradicionalmente, a legitimidade era exclusiva do Procurador-Geral da República (Emenda Constitucional nº 01/69, art. 119, I, *l*; CF/67, art. 113, *l*; CF/46, com base na Emenda Constitucional nº 26/65, art. 101, I, *k*).

[172] O STF decidiu que Advogado-Geral da União não possui legitimidade para o controle concentrado de constitucionalidade, havendo necessidade da assinatura do Presidente da República (STF – ADPF 102 – Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão: 16-6-2007). Porém, em posicionamento mais recente, nossa Corte Suprema vem mantendo dúvidas sobre tal posicionamento, ora entendendo que apesar de a Legitimidade pertencer ao Chefe do Executivo (há hipótese concreta ao Governador de Estado), “sua assinatura é dispensável na inicial, tem-na o Procurador-Geral do Estado” (STF – Pleno – ADI 2900/RJ – Rel. Min. Marco Aurélio). Ora entendendo que a ADI assinada somente por procurador-geral de estado é incabível (STF – ADI 5084 – decisão monocrática Min. Rosa Weber, 5-3-2014).

[173] Interpretação do art. 103, com 32, § 1º, da CF. Nesse sentido: STF – Pleno – Adin nº 645-2, Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, Seção I, 21 fev. 1992, p. 1.693. O entendimento do STF foi consagrado pelo art. 2º, IV, da Lei nº 9.868/99,

e posteriormente passou a constar expressamente no texto constitucional (EC nº 45/04).

[174] Interpretação do art. 103, com 32, § 1º, da CF. Nesse sentido: STF – Pleno – Adin nº 655, Rel. Min. Octavio Gallotti, *Diário da Justiça*, Seção I, 24 abr. 1992, p. 5.376. O entendimento do STF foi consagrado pelo art. 2º, V, da Lei nº 9.868/99, e posteriormente passou a constar expressamente no texto constitucional (EC nº 45/04).

[175] Nesse sentido: STF – Pleno – Adin (AgRg) 2.130/SC – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 3-10-2001. *Informativo STF* nº 244.

[176] STF, Pleno, ARE 873804 AgR-segundo-ED-EDv-AgR/RJ, Rel. Min. Carmen Lúcia.

[177] STF – Pleno – ADI 5035 e 5037/DF – Rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes – julgamento: 30-11-2017.

[178] CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização...* Op. cit. p. 121; *RTJ* 158/441; STF – Pleno – Adin nº 1398/SC – medida cautelar – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 22 mar. 1996, p. 08.206.

[179] STF – Pleno – Adin nº 1.096-4 – medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 22 set. 1995, p. 30.589.

[180] Pertinência temática para as mesas: STF – Pleno – Adin nº 1307-6 – Rel. Min. Francisco Rezek, *Informativo STF*, 29 maio 1996, nº 32.

[181] Pertinência temática para os Governadores: STF – Pleno – Adin nº 902, Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 22 abr. 1994, p. 8.946.

[182] STF – Adin nº 1.096-4 – RS – *Diário da Justiça*, 22 set. 1995, p. 30.589, Rel. Min. Celso de Mello.

[183] *RT* 675/244; *RT* 675/245; *RT* 677/240.

[184] STF – Adin nº 89-3-DF; Rel. Min. Néri da Silveira, onde se nega legitimidade à União Nacional dos Estudantes (UNE), por não representar uma classe profissional, mas sim uma "classe estudantil", não se tratando do exercício de uma profissão, no sentido do art. 5º, XIII, da Lei Fundamental de 1988.

[185] STF – Pleno – Adin nº 1.437-4/PR, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 maio 1996, p. 15.018; *RTJ* 141/3.

[186] STF – Pleno – ADPF 254 AgR/DF – Rel. Min. Luiz Fux, 18-5-2016.

[187] *RTJ* 141/3; STF – Pleno – Adin nº 151-5/RS, questão de ordem, Rel. Min. Sydney Sanches, *Diário da Justiça*, 10 maio 1996, p. 15129; *RTJ* 151/435.

[188] STF – Pleno – Adin nº 3153 AgR/DF – Rel. Min. Celso de Mello, Rel. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence, *Informativo STF* nº 356, p. 2; STF – Pleno – Adin nº 3105/DF e ADI 3128/DF – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 26-5-2004, *Informativo STF* nº 349, p. 1; STF – Pleno – agravo regimental – ADI nº 3153/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Informativo STF* nº 361, p. 4.

[189] MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional.* São Paulo: Saraiva, 1996. p. 145.

[190] STF – Adin nº 1.449-8/AL, Rel. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, Seção I, 21 maio 1996, p. 16.877.

[191] STF – Pleno – Adin nº 2159 AgR/DF, Rel. originário Min. Carlos Velloso, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, *Informativo STF* nº 356, p. 1.

[192] No sentido anterior da prejudicialidade da ação: STF – Pleno – Adin nº 1.063-8/DF – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 8 ago. 2001.

[193] STF – Pleno – Adin nº 1398/SC – medida cautelar – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 22 mar. 1996, p. 08.206. Conferir, ainda, voto do Ministro Carlos Britto (STF – Pleno – Adin nº 3.059/RS – medida cautelar – Rel. Min. Carlos Britto, decisão: 15-3-2004. *Informativo STF* nº 346).

[194] Art. 60, Regimento Interno do Senado Federal.

[195] *RTJ* 143/57. Conferir, ainda: STF – Pleno – MS nº 22.690-1/CE – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 7 dez. 2006, p. 36.

[196] STF – Adin nº 732-RJ, Rel. Min. Celso de Mello.

[197] STF – Pleno – Adin nº 164/DF – medida cautelar – Rel. Min. Moreira Alves, *RTJ* 139/396. No mesmo sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal: “Ação Direta de Inconstitucionalidade. Pedido de desistência. Impossibilidade. Interesse público. Princípio da indisponibilidade. Postulação indeferida. Instaurado o processo de controle normativo abstrato perante o Supremo Tribunal Federal, não mais assiste ao autor qualquer poder de disposição sobre a ação direta de inconstitucionalidade. Em consequência, não lhe será lícito requerer a desistência da ação direta já ajuizada” (STF – Pleno – Adin nº 1.971-6/SP – medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 ago. 1999). Esse entendimento foi consagrado pelo art. 5º, da Lei nº 9.868/99.

[198] MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição...* Op. cit. p. 123.

[199] STF – Pleno – Adin nº 892-7/RS – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 7 nov. 1997, p. 57.230.

[200] STF – ADI 4594 MC/DF – Rel. Min. Alexandre de Moraes – julgamento: 22-11-2017; ADI 4693 MC/BA, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento: 30-10-2017; ADI 5786 MC/SC, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento: 2-10-2017; ADI 5450 MC/DF – Rel. Min. Alexandre de Moraes – julgamento: 18-9-2017; ADI 5776 MC/BA, Rel. Min. Alexandre de Moraes – julgamento: 21-9-2017; ADPF 482 MC/DF – Rel. Min. Alexandre de Moraes – julgamento: 2-10-2017; ADPF 478 MC/DF – Rel. Min. Alexandre de Moraes – julgamento: 11-09-2017.

[201] Conferir, nesse sentido: STF – Pleno – Adin nº 1.155-3/DF – Rel. Min. Marco Aurélio – *Diário da Justiça*, Seção 1, 18 maio 2001, p. 63.

[202] BROSSARD, Paulo. A constituição e as leis a ela anteriores. Arquivo Ministério Justiça. Brasília, 45 (180), jul./dez. 1992. p. 139.

[203] MARTINS, Ives Gandra. *Repertório IOB de jurisprudência*, nº 8/95, p. 150/154, abr. 1995.

[204] STF – Pleno – ADI nº 425/DF – medida cautelar – Rel. Min. Paulo Brossard, decisão: 4-4-91; STF – Pleno – ADI 467 – medida cautelar – Rel. Min. Octavio Gallotti, decisão: 3-4-91.

[205] STF – Pleno – ADI nº 490/RS – medida cautelar – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 6-12-90; STF – Pleno – ADI 508/MG – medida cautelar – Rel. Min. Octavio Gallotti, decisão: 16-4-91.

[206] STF – Pleno – ADI nº 474/RJ – medida cautelar – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 4-4-91. No mesmo sentido: STF – Pleno – ADI/MA – medida cautelar – Rel. Min. Octavio Gallotti, decisão: 1-8-91.

[207] STF – Pleno – ADI nº 718/MA – medida cautelar – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 3-8-92.

[208] STF – Pleno – ADI nº 804/DF – medida cautelar – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 27-11-92.

[209] STF – Pleno – ADI nº 173/DF – medida cautelar – Rel. Min. Moreira Alves, decisão: 9-3-90.

[210] STF – Pleno – ADI nº 3401/SP – medida cautelar – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 3-2-2005.

[211] Cf. “Deferida liminar pelo STF determinando a suspensão *ex nunc* da eficácia do § 2º do art. 276 da Lei nº 10.098/94, faz-se incabível a realização de ato pela Administração com base na norma suspensa” (STJ – 5ª T. – RMS nº 7.724 0/RS – Rel. Min. Edson Vidigal, *Diário da Justiça*, Seção I, 18 ago. 1997, *Ementário STJ* 19/146).

[212] STF – Pleno – Adin nº 1.801 7/PE – medida liminar – Rel. Min. Maurício Corrêa, *Diário da Justiça*, Seção I, 18 mar. 1998, capa; STF – Pleno – Adin nº 1.592 3/DF – medida liminar – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 17 abr. 1998; STF – Adin (MC) nº 1.985-6/PE – Rel. Min. Nelson Jobim, *Diário da Justiça*, Seção 1, 12 set. 2003, p. 28.

[213] STF – Rcl 872-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *Diário da Justiça*, Seção I, 3 fev. 2006.

[214] STF – Pleno – Rextr. nº 316.857-6/RN – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção 1, 12 jun. 2003, p. 125. Conferir excelente estudo sobre as liminares no controle concentrado e seus efeitos: STF – Pleno – Reclamação nº 2.256/RN – Rel. Min. Gilmar Mendes, *Informativo STF* nº 321, p. 3. Observe-se, porém, que, excepcionalmente, o STF estava concedendo efeitos vinculantes à decisão que negou liminar em ação direta de inconstitucionalidade contra a Lei nº 10.628/02 (foro especial em ação de improbidade administrativa), aceitando reclamações e suspendendo julgamentos em 1ª instância de ações movidas contra autoridades públicas por atos de improbidade administrativa, com base na *presunção de constitucionalidade da lei (reforçada pela negativa da liminar)*. Conferir nesse sentido: STF – 2ª T. – Rextr. nº 406.341/PR – Rel. Min. Carlos Britto, decisão: 30-6-2004; STF – medida cautelar – Reclamação nº 2657/PR – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 21-6-2004, *Informativo STF* nº 353, p. 3. Posteriormente, porém, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, reiterou seu antigo posicionamento sobre a impossibilidade de vinculação de decisão negativa de pedido liminar em ações diretas de inconstitucionalidade (STF – Pleno – Reclamação nº 2.810 – AgR/MG – Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 18-11-2004. *Informativo STF* nº 370, 24 de novembro de 2004). Conferir, ainda, decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, na Petição nº 3.270/SC (*Informativo STF* nº 370, 24 de novembro de 2004).

[215] STF – Pleno – ADI nº 2.154/DF e ADI nº 2.258/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 14-2-2007. *Informativo STF* nº 456.

[216] *RTJ* 152/692; STF – Pleno – Adin nº 1.857 2/SC – medida liminar – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 7 ago. 1998, p. 81.

[217] STF – Pleno – Adin nº 1.667-9/DF – medida liminar – Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 mar. 1998, p. 2, onde são citados dois outros precedentes: ADIMCS 504, Rel. Min. Paulo Brossard e ADIMCS 1.182, Rel. Min. Francisco Rezek.

[218] STF – Adin nº 1.247-9-PA – medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, 8 set. 1995. p. 28354, citando a Súmula 360.

[219] *RTJ* 131/470, Rel. Min. Moreira Alves.

[220] STF – Pleno – Adin nº 3522/RS – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 12 maio 2006, p. 4.

[221] STF – Adin nº 1350-5, relator Celso de Mello, *Diário da Justiça*, 13 ago. 1996, p. 27.615; *RTJ* 131/958, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Conferir, ainda: STF – "A Constituição exige que o Advogado-Geral da União, ou quem desempenha tais funções, faça a defesa do ato impugnado em ação direta de inconstitucionalidade. Inadmissibilidade de ataque à norma por quem está no exercício das funções previstas no § 3º do art. 103" (STF – Pleno – Adin nº 242-2/RJ – Rel. Min. Paulo Brossard – *Diário da Justiça*, Seção I, 23 mar. 2001, p. 84).

[222] Conferir: STF – "O *munus* a que se refere o imperativo constitucional (CF, art. 103, § 3º) deve ser entendido com temperamentos. O Advogado-Geral da União não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela esta Corte já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade" (STF – Pleno – Adin nº 1.616-4/PE – Rel. Min. Maurício Corrêa, *Diário da Justiça*, Seção I, 24 ago. 2001, p. 41).

[223] STF – Pleno – ADI 3916/DF – Rel. Min. Eros Grau, decisão: 7-10-2009. *Informativo STF* nº 562.

[224] STF – Pleno – ADI 2906/RJ, ADI 3674/RJ e ADI 4457/PR - Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 1-06-2011.

[225] Conferir, em relação à ilegitimidade para ADPF: STF – ADPF 102 – Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão: 16-6-2007. Apesar de, em decisão mais recente, o STF ter reafirmado a legitimidade somente ao Chefe do Executivo (na hipótese concreta tratava-se de Governador de Estado), porém considerado sua assinatura "dispensável", desde que estivesse representado pelo Procurador-Geral do Estado (STF – Pleno – ADI 2900/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio).

[226] O Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, não conheceu da ação direta de inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.868/99 (STF – Pleno – Adin nº 2.111-7/DF – medida liminar – Rel. Min. Sydney Sanches, *Diário da Justiça*, Seção I, 24 mar. 2000. p. 37).

[227] Nos termos da nova Lei, o Supremo Tribunal Federal passou a publicar a partir de 26 de novembro de 1999, em destaque, as "*Decisões: Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade*" e a pauta de julgamento dessas ações (*Diário da Justiça*, Seção I, 26 nov. 1999. p. 62).

[228] STF – Pleno – Adin nº 474 (AgRg), Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, 8 nov. 1991, p. 15.952; STF – Pleno – Adin nº 722, Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, 19 jun. 1992, p. 9.520.

[229] STF – Pleno – Adin nº 437, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 fev. 1993, p. 2.031.

[230] STF – Pleno – Adin nº 259, Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 fev. 1992, p. 2.030.

[231] STF – Pleno – Adin nº 2.270-9/MS – medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 22 ago. 2000, p. 44.

[232] *Informativo STF* – Brasília, 4 a 8 mar. 1996 – nº 22, Ag nº 158725-1 (AgRg) (EDel) – Rel. Min. Marco Aurélio.

[233] *RTJ* 122/923; 124/59.

[234] *RTJ* 94/58.

[235] STF – Pleno – Adin nº 164/DF – medida liminar – Rel. Min. Moreira Alves, *RTJ* 139/396; STF – Pleno – Adin nº 1.971-6/SP – medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 ago. 1999.

[236] Cf. audiência pública designada pelo Ministro-relator Carlos Britto (STF – Pleno – ADI nº 3.510-0/DF – Rel. Min. Carlos Britto, decisão: 19-12-2006).

[237] STF – "Decisão: O Tribunal, por unanimidade, resolvendo questão de ordem proposta pelo Relator, indeferiu os pedidos da Advocacia-Geral da União, um no sentido de serem ouvidos os Estados-membros, e o outro no sentido de, na forma e com observância do art. 12 da Lei nº 9.868/99, submeter as ações diretas ao julgamento definitivo do Tribunal, anulando-se o julgamento ora em andamento. Votou o Presidente, 11-10-2000" (STF – Pleno – Adin nº 2.238 5/DF – questão de ordem – Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça* nº 204 E, Seção I, 23 out. 2000, p. 2).

[238] STF – RE 597165/DF – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 12-4-2011.

[239] STF, Pleno, RE 602584 AgR/DF, red. p/Ac. Min. Luiz Fux, julgamento em 17-10-2018.

[240] STF – Pleno – ADI nº 4357/ED – Rel. Min. Luiz Fux – 9-12-2015.

[241] STF – Pleno – ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 11 e 12-4-2012, *Informativo STF* nº 661.

[242] Somente de maneira excepcional, o Superior Tribunal de Justiça admite a figura do *amicus curiae* em processos subjetivos, como por exemplo Recursos especiais, desde que "a multiplicidade de demandas similares demonstre a

generalização da decisão a ser proferida" (STJ – 2ª Seção – Resp 1023053/SP – Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, decisão: 23-11-2011.

[243] Conferir nesse sentido, decisão do STF, onde foi realçada a finalidade da norma: "a regra inscrita no art. 7º, § 2º, Lei nº 9.868/99 – que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* – tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional" (STF – Pleno – Adin nº 2.130-3/SC – medida cautelar – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 2. fev. 2001). Consultar, ainda: STF – Adin nº 2.937-1/DF – Rel. Min. Cezar Peluso, *Diário da Justiça*, Seção 1, 23 set. 2003, p. 27; STF – Adin nº 2.999-1/RJ – Rel. Min. Gilmar Mendes, *Diário da Justiça*, Seção I, 12 nov. 2003, p. 30; STF – Adin – liminar nº 2.540-6/RJ – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção 1, 8 ago. 2002, p. 20 (nessa ação o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro foi admitido como *amicus curiae*).

[244] STF – Pleno – Adin nº 3.474/DF – Rel. Min. Cezar Peluso, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 out. 2005.

[245] STF – Adin nº 2548/PR – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 18-10-2005. *Informativo STF* nº 406.

[246] STF – Pleno – Adin nº 2.223 – *Informativo STF* nº 246.

[247] STF – Pleno – Adin nº 2.675/PE – Rel. Min. Carlos Velloso, decisão: 26-11-2003; STF – Pleno – Adin nº 2.777/SP – Rel. Min. Cezar Peluso, decisão: 27-11-2003. *Informativo STF* nº 331.

[248] STF – Pleno – Adin nº 2.943-6/DF – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *Diário da Justiça*, Seção I, 23 maio 2006, p. 3; STF – Pleno – ADI nº 2.777-8/SP – Rel. Min. Cezar Peluso, *Diário da Justiça*, Seção I, 16 fev. 2007, p. 17; STF – Pleno – ADI nº 1.362-3/MG – medida cautelar – Rel. Min. Gilmar Mendes, *Diário da Justiça*, Seção I, 15 set. 2006, p. 66.

[249] Ressalte-se que, em julgamento posterior, o Ministro Sepúlveda Pertence voltou a aceitar a sustentação oral do *amicus curiae*, ressaltando, novamente, a necessidade de "uma fórmula regimental que a discipline, em especial, para as hipóteses em que sejam muitos os admitidos à discussão da causa" (STF – Pleno – Adin nº 2.777/SP – questão de ordem – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Informativo STF* nº 349).

[250] Com essa finalidade, o Supremo Tribunal Federal aceitou a participação do Ministério Público como *amicus curiae* (STF – Pleno – ADI nº 3.277-1/PB – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 12 dez. 2006, p. 46).

[251] STF – Pleno – ADI 3.474/DF – Rel. Min. Cezar Peluso, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 out. 2005.

[252] Foram vencidos os Ministros Cármen Lúcia, Carlos Britto, Celso de Mello e Gilmar Mendes, Presidente, que admitiam a intervenção, no estado em que se encontra o processo, inclusive para o efeito de sustentação oral.

[253] STF – Pleno – ADI 4071 AgR/DF, Rel. Min. Menezes Direito, 22-4-2009.

[254] Em posicionamento anterior, o STF admitia a possibilidade da manifestação do *amicus curiae* mesmo com o processo já incluso na pauta de julgamento (STF – Pleno – ADI 2.548/DF – Rel. Min. Gilmar Mendes, *Diário da Justiça*, Seção I, 24 out. 2005).

[255] STF – ADI 2.238/DF – medida cautelar – Rel. Min. Ilmar Galvão, *Informativo STF* nº 267, p. 1; STF – ADI – 1.842-5/RJ – Rel. Min. Ellen Gracie, *Diário da Justiça*, Seção I, 26 jun. 2006, p. 13; STF – ADI 2.316-1/DF – Rel. Min. Ellen Gracie, *Diário da Justiça*, Seção I, 30 out. 2006, p. 31. Excepcionalmente, o STF admitiu a sustentação oral do *amicus curiae* já iniciado o julgamento (leitura do relatório), porém, antes do voto do Ministro-relator (STF – Pleno – ADI 2.777 – questão de ordem – Rel. Min. Cezar Peluso).

[256] STF – Pleno – ADI nº 1.362-3/MG – medida cautelar – Rel. Min. Gilmar Mendes, *Diário da Justiça*, Seção I, 15 set. 2006, p. 66.

[257] STF – Pleno – ADPF 187/DF – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 15-6-2011.

[258] STF, Pleno, ADI 4167 AgR/DF e Primeiros a Quintos ED/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, 27-2-2013.

[259] STF – Pleno – ADI-ED nº 3.105-8/DF – Rel. Min. Cezar Peluso, *Diário da Justiça*, Seção I, 23 fev. 2007, p. 17.

[260] CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Comentários...* Op. cit. p. 1.037.

[261] STF – Pleno – ADI 1.194/DF – Rel. p/ Acórdão Min. Cármen Lúcia, decisão: 11-9-2009.

[262] Em relação ao ativo: *RTJ* 82/44; 87/5. No tocante ao passivo: STF – Adin nº 1512-5/RR – Rel. Min. Maurício Corrêa, *Diário da Justiça*, Seção I, 18 nov. 1996, p. 44.790.

[263] RiSTF, art. 169, § 2º. No mesmo sentido, o art. 7º da Lei nº 9.868/99.

[264] STF – Adin nº 1.350-5, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 7 ago. 1996, p. 26.666/7.

[265] STF – Pleno – Adin nº 2.321 7/DF – medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 out. 2000, p. 2.

[266] RiSTF, art. 143, parágrafo único; art. 22 da Lei nº 9.868/99.

[267] RiSTF, arts. 143 c.c. 173; art. 23 da Lei nº 9.868/99.

[268] RiSTF, art. 174; art. 26 da Lei nº 9.868/99.

[269] *RTJ* 94/49. Nesse sentido: STF – Ação Rescisória nº 1.357-8/MA – Rel. Min. Sydney Sanches; STF – Ação Rescisória nº 1.365-4/BA – Rel. Min. Moreira Alves.

[270] No julgamento da inconstitucionalidade do art. 2º da Lei no 9.055/95 ("questão do amianto"), cinco Ministros votaram pela inconstitucionalidade e quatro pela constitucionalidade da norma. Dessa maneira, não foi obtida maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade, uma vez que dois Ministros do STF se declararam impedidos de participar do julgamento (STF – Pleno – ADI 4066/DF – rel. Min. Rosa Weber – julgamento: 23 e 24-8-2017).

[271] *RTJ* 46/352.

[272] STF, RE 631698 AgR/Pr, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento 22-5-2012.

[273] O STF declarou constitucional o art. 26 da Lei nº 9.868/99, que veda a possibilidade de ação rescisória (STF – Pleno – ADI nº 2.154/DF e ADI nº 2.258/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 14-2-2007. *Informativo STF* nº 456).

[274] *RTJ* 82/791; *RTJ* 87/758; *RTJ* 89/367.

[275] Neste sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Gilmar Ferreira Mendes nos aponta que, na Alemanha, a fórmula tradicional explicita que a lei "é inconstitucional e, por isso, nula" (*Das Gesetz ist verfassungwidrig und daher nichtig*). Vincula-se, dessarte, determinada situação – a inconstitucionalidade – à consequência jurídica – nulidade. Contra esta posição, Hans Kelsen, para quem os atos inconstitucionais são *anuláveis ex tunc* (*Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1986. p. 374) e Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 37).

[276] Observe-se que "a declaração da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei surte efeitos a partir da publicação da decisão no DJU, ainda que esta não tenha transitado em julgado" (STF – Pleno – Reclamação nº 2576/SC – Rel. Min. Ellen Gracie, decisão: 23-6-2004, *Informativo STF* nº 353, p. 1). No mesmo sentido: STF – Pleno – Rcl-AgR 3473/DF – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 dez. 2005, p. 5 – Ementário v. 2217-3, p. 296.

[277] STF – Pleno – Rcl. nº 2600 AgR/SE – Rel. Min. Cezar Peluso, decisão: 14-9-2006. *Informativo STF* nº 440.

[278] STF – Repercussão Geral – RE nº 730462/SP – Rel. Min. Teori Zavascki – decisão: 28-5-2015 (RE-730462).

[279] *RTJ* 146/461.

[280] *RTJ* 151/331-355.

[281] Cf. *Revista de Informação Legislativa* nº 57. 1978. p. 260.

[282] STF – Pleno – ADI 3840, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 29-5-2020; STF – Pleno – ADI 4867, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 11-5-2020.

[283] STF – ADI 3.462/PA, Rel. Min. Carmem Lúcia, decisão: 15-9-2010.

[284] Igual possibilidade existe no art. 282, item 4, da Constituição portuguesa, que prevê "quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito". Canotilho e Vital Moreira ao comentarem o citado dispositivo, advertem que "ao permitir que o TC proceda à limitação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade, a Constituição permite-lhe manipular com certa amplitude os efeitos das sentenças, abrindo-lhe a possibilidade de exercer poderes tendencialmente normativos, embora vinculados aos pressupostos objectivos constitucionalmente fixados (segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo)" – (CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição...* Op. cit. p. 1.042).

[285] Observe-se, que o STF entende ser possível a utilização de embargos de declaração para fins de modulação dos efeitos de decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade, ficando seu acolhimento condicionado, entretanto, à existência de pedido formulado nesse sentido na petição inicial (STF – Pleno – ADI 2791 ED/PR, Rel. orig. Min. Gilmar Mendes, Rel. p/ o acórdão Min. Menezes Direito, 22-4-2009). Excepcionalmente, porém, o Supremo Tribunal Federal admitiu embargos de declaração para aplicar a modulação dos efeitos em decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade, mesmo sem pedido formulado na petição inicial (STF – Pleno – ADI 3.601 ED/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, 9-9-2010). Excepcionalmente, em face do princípio da segurança jurídica, o STF entende possível a "modulação dos efeitos" no controle de não recepção de norma anterior ao ordenamento jurídico (STF – RE 600885/RS – Rel. Min. Carmen Lúcia) e também no controle difuso (STF – Pleno – RE 500171 ED/GO – Rel. Ricardo Lewandowski, decisão: 16-3-2011).

[286] STF – Pleno – ADI nº 4876 ED/DF – Rel. Min. Dias Toffoli – decisão: 26-3-2015.

[287] STF – Pleno – ADI nº 2791 ED/PR – Rel. orig. Min. Gilmar Mendes – Rel. p/ o acórdão Min. Menezes Direito – 22-4-2009.

[288] STF – Pleno – ADI nº 3.601 ED/DF – Rel. Min. Dias Toffoli – 9-9-2010.

[289] STF – RE nº 600885/RS – Rel. Min. Carmen Lúcia.

[290] STF – Pleno – RE nº 500171 ED/GO – Rel. Ricardo Lewandowski – decisão: 16-3-2011.

[291] STF, ADI 2797 ED/DF, Rel. orig. Min. Menezes Direito, red. p/Acórdão Min. Ayres Britto, decisão: 17-5-2012, *Informativos STF* nºs 664 e 665. Em relação à possibilidade do STF analisar a modulação de efeitos em face de pedido feito pela Tribuna logo após o término do julgamento da ADI: STF – Pleno – ADI 4414/AL – Rel. Min. Luiz Fux, decisão: 30 e 31-5-2012.

[292] Conferir importante análise do Ministro Gilmar Mendes sobre a possibilidade da aplicação da limitação temporal de efeitos no sistema difuso (STF – Pleno – medida cautelar – Ação Cautelar nº 189-7/SP – Rel. Min. Gilmar Mendes, *Diário da Justiça*, Seção I, 15 abr. 2004, p. 14). Verificar, ainda, item 10.9-A neste capítulo.

[293] STF – Pleno – ADI 4140/GO – Rel. Min. Ellen Gracie, decisão: 29-6-2011; STF – Pleno – ADI 2.996-ED – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 16 março 2007; STF – AI 457.766-AgR – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *Diário da Justiça*, Seção I, 11 maio 2007.

[294] Nos termos do artigo 27 da Lei 9.868/99, o Ministro Gilmar Mendes, analisando a extensão da eficácia da declaração de inconstitucionalidade, propôs ao Plenário a concessão de efeitos *ex nunc* em relação à inconstitucionalidade da Lei nº 11.183/98 do Rio Grande do Sul. Votaram pela concessão de efeitos não retroativos (*ex nunc*) os ministros Gilmar Mendes, Eros Grau, Cezar Peluzo, Celso de Mello, Carlos Velloso, Ellen Gracie e Nelson Jobim. Pela concessão de efeitos retroativos (*ex tunc*), os ministros Marco Aurélio, Joaquim Barbosa, Sepúlveda Pertence e Carlos Ayres Britto. Dessa forma, não se atingiu o *quorum* legal de 2/3 dos Ministros (STF – Pleno – Adin nº 3.522/RS – Rel. Min. Marco Aurélio, decisão 25-11-2005). Após essa primeira tentativa, o Supremo Tribunal Federal obteve *quorum* legal para a concessão de efeitos *ex nunc* em outras ações: STF – Pleno – ADI nº 3615/PB – Rel. Min. Ellen Gracie, decisão: 30-8-2006 – *Informativo STF* nº 438, Seção I, p. 1.

[295] STF – Pleno – ADI nº 4876 ED/DF – Rel. Min. Dias Toffoli – 20-5-2015 (ADI-4876).

[296] GARCIA BELAUNDE, Domingo; FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *La jurisdicción constitucional en Iberoamerica*. Madri: Dykinson, 1997. p. 156.

[297] STF – AC 189/SP – Rel. Min. Gilmar Mendes, *Diário da Justiça*, Seção I, 15 abr. 2004, p. 14.

[298] STF – Pleno – ADI nº 3.458/GO – Rel. Min. Eros Grau, decisão: 21-2-2008.

[299] STF – Pleno – ADI nº 4.876/DF – Rel. Min. Dias Toffoli, 26-3-2014 (efeitos prospectivos à decisão, de modo a somente produzir efeitos a partir de 12 meses, contados da data da publicação da ata de julgamento); STF – Pleno – ADI nº 2.240/BA – Rel. Min. Eros Grau, decisão: 9-5-2007. *Informativo STF* nº 466; STF – Pleno – ADI nº 3.316/MT e ADI 3.689/PA – Rel. Min. Eros Grau, decisão: 9-5-2007.

[300] STF – Pleno – ADI nº 3.489-9/SC. Conferir íntegra do voto no *Informativo STF* nº 467.

[301] O prazo anterior de um ano foi substituído pela nova redação do art. 140.5 da Constituição austríaca (Cf. LLORENTE, Francisco Rubio; PELAEZ, Mariana Darana. *Constituiciones...* Op. cit. p. 94).

[302] CAPPELLETTI, Mauro. *O controle...* Op. cit. p. 116.

[303] Cf. estudo sobre o Tribunal Constitucional Austríaco: MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 115-135.

[304] KELSEN, Hans. *Teoria...* Op. cit. p. 293.

[305] STF, ADO 23 MC/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe*-022, 31-1-2013.

[306] Nesse sentido, conferir: MENDES, Gilmar Ferreira. *Anteprojeto de lei sobre processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.* Cadernos de direito constitucional e ciência política nº 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 24 e ss.

[307] Igualmente, o art. 282 da Constituição portuguesa prevê que “a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com *força obrigatória geral* produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional” (cf. a respeito: NADAIS, Antonio; VITORINO, António; CANAS, Vitalino. *Lei sobre organização, funcionamento e processo do tribunal constitucional.* Lisboa: AAFDL, 1984; CANA, Vitalino. *Introdução às decisões de provimento do tribunal constitucional*: os seus efeitos em particular. Lisboa: Cognitio, 1984).

[308] Conferir nesse sentido extensa análise do direito comparado: MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.* 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013, item 27.5. Importante, ainda, analisar a transcendência dos motivos determinantes que dão suporte ao julgamento *in abstracto* de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade (STF – Reclamação nº 2.986/SE – medida cautelar – Rel. Min. Celso de Mello, *Informativo STF* nº 379, p. 4).

[309] STF – Pleno – Rcl 2475/MG – Agravo Regimental – Rel. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, decisão: 2-8-2007. *Informativo STF* nº 474.

[310] STF – Pleno – RE nº 730.462/SP – Repercussão Geral – Rel. Min. Teori Zavascki.

[311] Nesse sentido: GARCIA BELAUNDE, Domingo; FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *La jurisdicción constitucional en Iberoamerica*. Madri: Dykinson, 1997. p. 669 e CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição*... Op. cit. p. 1.044.

[312] A realidade da Jurisdição Constitucional brasileira e a necessidade de adequação e ponderação entre a atividade do STF e o Congresso Nacional nos fizeram melhor refletir sobre essa questão a partir da 30ª edição.

[313] Cf. STF, Rcl 14156 MC/AP, Rel. Min. Celso de Mello, *DJe* de 5-4-2013.

[314] STF – Pleno – Rcl 2617 AgR/MG – Rel. Min. Cezar Peluso – *Informativo STF* nº 377 e *Informativo STF* nº 386; STF – Rcl 5442/PE – Medida cautelar – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 31-8-07. *Informativo STF* nº 477; RTJ 157/773; RTJ 193/858; RTJ 150/726-727; RTJ 187/150.

[315] STF – 1ª T. – Agravo de Instrumento nº 174.811-7/RS – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça,* Seção I, 2 maio 1996, p. 13.770. O Direito brasileiro seguia o mesmo posicionamento do Tribunal Constitucional Português, que deverá decidir todos os demais casos pendentes de acordo com sua declaração abstrata de constitucionalidade (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...* Op. cit. p. 900).

[316] STF – Pleno – Adin nº 2.675/PE – Rel. Min. Carlos Velloso, decisão: 26-11-2003 e STF – Pleno – Adin nº 2.777/SP – Rel. Min. Cezar Peluzo, decisão: 27-11-2003. *Informativo STF* nº 331. O STF adotou posição semelhante ao Tribunal Constitucional Federal Alemão, que não está vinculado a suas próprias decisões, podendo alterar sua jurisprudência constitucional, devendo, porém, fixar o momento dessa alteração (SCHLAIH, Klaus. El tribunal constitucional federal

alemán. In: Vários autores. *Tribunales constitucionales europeus y derechos fundamentales.* Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 210).

317 Nesse sentido, Fernandez Segado aponta que "a *racionalidade do sistema concentrado* de controle de constitucionalidade implica que a decisão ditada pela Corte Constitucional, atuando como juiz constitucional, tenha efeitos gerais – *erga omnes* –, de tal modo que a norma tachada de inconstitucional seja anulada e não possa aplicar-se nem para resolução do caso concreto, nem a nenhum outro", concluindo, ao analisar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Tribunal Constitucional Espanhol, que "as condutas jurídicas realizadas pelos demais poderes devem estar em conformidade com a solução dada ao caso de inconstitucionalidade" (GARCIA BELAUNDE, Domingo; FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *La jurisdicción constitucional en Iberoamerica.* Madri: Dykinson, 1997. p. 381 e 671).

318 O STF declarou a constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 9.868, que prevê os efeitos vinculantes das ações diretas de inconstitucionalidade (Reclamação – AgR – questão de ordem – nº 1.880/SP – Rel. Min. Maurício Corrêa, decisão: 6-11-2002. *Informativo STF*, nº 289). Em relação à aplicabilidade dos efeitos vinculantes, conferir: STF – AI nº 461.289-4/DF – Rel. Min. Gilmar Mendes, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 set. 2003, p. 46; STF – Pleno – AgRg na Recl. nº 2.143-2 SP – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção 1, 6 jun. 2003, p. 30.

319 COOLEY, Thomas. *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 165 e 166.

320 Conferir ampla análise do efeito repristinatório na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no voto do Ministro Celso de Mello: STF – ADI nº 2.215/PE – MC – decisão: 17-4-2001, *Informativo STF* nº 224. Conferir, ainda: STF – Pleno – ADI nº 3.660/MS – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 13-3-2008; STF – ADI nº 3.368-9/DF – Rel. Min. Eros Grau, *Diário da Justiça*, Seção I, 5 abr. 2005, p. 50; STF – Pleno – ADI 1825, Rel. Min. Luiz Fux, j. 15-4-2020.

321 STF – Pleno – ADI nº 2.867/ES – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 fev. 2007, p. 16, STF – Pleno – Adin nº 2.883/DF – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 30-8-2006 – *Informativo STF* nº 438, Seção I, p. 1; STF – Pleno – Adin nº 2.760/DF – Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão: 30-8-2006 – *Informativo STF* nº 438, Seção I, p. 2.

322 STF – Pleno – Adin nº 2.215 – medida cautelar – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 26 abr. 2001.

[323] STF – Adin nº 3.368-9/DF – Rel. Min. Eros Grau, *Diário da Justiça*, Seção I, 5 abr. 2005, p. 50. Conferir, ainda: STF – Pleno – ADI nº 2883/DF – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 30-8-2006 – *Informativo STF* nº 438; STF – Pleno – ADI nº 2760/DF – Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão: 30-8-2006 – *Informativo STF* nº 438.

[324] STF – Pleno – ADI 3529, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 15-4-2020; STF – Pleno – ADI 6343 MC-Ref, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão Ministro Alexandre de Moraes, j. 15-4-2020; STF – Pleno – ADI 6421 MC, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 21-5-2020; STF – Pleno – ADI 6330, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 11-11-2020.

[325] *Direito...* Op. cit. p. 230.

[326] Nesse sentido, importante o conceito dado pelo Ministro Sepúlveda Pertence: "Interpretação conforme a Constituição: técnica de controle de constitucionalidade que encontra o limite de sua utilização no raio das possibilidades hermenêuticas de extrair do texto uma significação normativa harmônica com a Constituição" (STF – Pleno – Adin nº 3.046-9/SP).

[327] STF – Pleno – Adin nº 1.344-1/ES – medida liminar – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 abr. 1996, p. 12.212.

[328] RTJ 151/331. Conferir, ainda, a interpretação conforme dada ao Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (STF – Pleno – Adin nº 1.194-4/DF – Rel. Min. Maurício Corrêa, decisão: 14 fev. 1996).

[329] STF – Pleno – Adin nº 1.344-1/ES – medida liminar – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 abr. 1996, p. 12.212. No mesmo sentido: STF – Pleno – Adin nº 1.719-9 – medida liminar – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 27 fev. 1998, capa.

[330] STF – Pleno – Adin nº 1.150-2/RS – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, 17 abr. 1998, capa.

[331] STF – Pleno – Adin nº 1.719-9 – medida liminar – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 27 fev. 1998, capa.

[332] STF – Adin nº 1.510-9/SC – medida liminar – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 25 fev. 1997.

[333] STF – Pleno – Adin nº 1.600-8/UF – medida liminar – Rel. Min. Sydney Sanches, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 fev. 1998, p. 2.

[334] Gilmar Mendes Ferreira também se refere a essa semelhança, afirmando que "Identifica-se, assim, uma forte semelhança entre a declaração de

inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e interpretação conforme à Constituição, na qual, como se verá adiante, declara-se, muitas vezes, a inconstitucionalidade de determinadas possibilidades de interpretação com a eliminação de ampla constelação de casos do âmbito de aplicação da norma" (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional.* São Paulo: Saraiva, 1996. p. 199).

335 Bryde, *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, p. 411, apud MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 228.

336 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 451.

337 Discurso do Ministro Celso de Mello na posse do Min. Gilmar Mendes na presidência do STF, 23-4-2008.

338 Em relação à impossibilidade de utilização de Reclamação com base na teoria da transcendência dos motivos determinantes, conferir: "O Colegiado salientou que a reclamação seria medida excepcional e pressuporia a usurpação da competência do Supremo ou o desrespeito a decisão por ele proferida. Consignou-se que se estaria a articular com a teoria da transcendência dos motivos. O relator assinalou que a Corte não teria admitido a adequação da reclamação pela teoria em comento" (STF – 1ª T. – Rcl 11477 AgR/CE – Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 29-5-2012).

339 STF – "EMENTA: Reclamação. Preliminar: Cabimento de reclamação por desrespeito a decisão do Supremo Tribunal Federal prolatada em ação direta de inconstitucionalidade. Mérito: Alcance da decisão prolatada na Adin nº 598, quanto ao edital de concurso, e desconstituição e cassação de atos exorbitantes deste julgado" (STF – Pleno – Reclamação nº 556-9/TO – Rel. Min. Maurício Corrêa).

340 *RTJ* 131/11. Conferir, ainda: "O eventual descumprimento, por juízes ou Tribunais, de decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal, especialmente quando proferidas com efeito vinculante (CF, art. 102, § 2º), ainda que em sede de medida cautelar, torna legítima a utilização do instrumento constitucional da reclamação, cuja específica função processual – além de impedir a usurpação da competência da Corte Suprema – também consiste em fazer prevalecer e em resguardar a integridade e a eficácia subordinante dos comandos que emergem de seus atos decisórios" (STF – Pleno – ARR nº 1.723-1/CE – Rel. Min. Celso de Mello – *Diário da Justiça*, Seção I, 6 abr. 2001, p. 71).

[341] STF – Reclamação 397/RJ – questão de ordem – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 21 maio 1993; *RTJ* 124/411; *RTJ* 160/788.

[342] *RTJ* 160/788; STF – Reclamação nº 354-0/DF – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 28 jun. 1991.

[343] STF – Pleno – Reclamação nº 702-5/PI – medida liminar – Rel. Min. Maurício Corrêa, *Diário da Justiça*, Seção I, 4 nov. 1997, p. 56.548. No mesmo sentido: STF – Pleno – Reclamação nº 556-9/TO – Rel. Min. Maurício Corrêa, *Diário da Justiça*, Seção I, 3 out. 1997, p. 49.230.

[344] STF – Pleno – Reclamação (AgR – questão de ordem) nº 1.880/SP – Rel. Min. Maurício Corrêa, decisão: 6-11-2002. *Informativo STF*, nº 289. Conferir, ainda: STF – Rcl. 18.836-MC/GO – Rel. Min. Celso de Mello, *DJe* de 2-12-2014.

[345] STF – Pleno – medida cautelar – Recl. nº 2.523-3/SP – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 fev. 2004, p. 97.

[346] Nesse sentido, conferir possibilidade de utilização do instrumento da "reclamação" para o cumprimento da Súmula nº 11: STF – Pleno – Rcl 7.814/RJ – Rel. Min. Carmen Lúcia, *DJe*-154, 19 agosto 2010. STF – 2ª T. – HC 101.031/SP – Rel. Min. Ellen Gracie, *DJe*-091, 20 maio 2010. Inclusive, tendo reconhecido o Supremo Tribunal Federal, a legitimidade dos Ministérios Públicos estaduais para ajuizar reclamações, originariamente, na própria Corte para fazer prevalecer suas Súmulas Vinculantes (no caso em questão, tratava-se da Súmula Vinculante 09). Cf.: Reclamação 7.245/SP, Rel. Min. Celso de Mello, e, ainda, as Rcl 7.517 AgR/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão: 11-11-2010, e Rcl 8.150 AgR/SP, Rel. Min. Eros Grau, decisão: 11-11-2010, para determinar o efetivo cumprimento da Súmula Vinculante 2.

[347] STF – 1ª T. – Rcl 25927 AgR/SE – Rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes – julgamento: 31-10-2017 (referente a SV 37).

[348] STF – 1ª T., Rcl. 24965 AgR/SE – Rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes – julgamento: 28-11-2017 (referente a SV 37).

[349] Redação dada pelo art. 1º da Emenda Constitucional nº 14, de 12 set. 1996. O art. 6º da referida EC nº 14 determina sua entrada em vigor a primeiro de janeiro do ano subsequente ao de sua promulgação (1º-1-97).

[350] Redação dada pela EC nº 29, de 13 de set. 2000.

[351] BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 101.

[352] MELLO FILHO, José Celso. *Constituição...* Op. cit. p. 344. Neste sentido, o autor ainda indica *RTJ* 98/3, 48/156, 59/333, 100/1013, 100/954, 100/1. **Contra:** MARINHO, Josaphat. Inconstitucionalidade de lei. Representação ao Supremo Tribunal Federal. *RDP* 12/150.

[353] CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização...* Op. cit. p. 102.

[354] A liminar é expressamente proibida pela Lei nº 4.337/64.

[355] A Lei nº 12.063, de 27-10-2009, estabeleceu a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, acrescentando o Capítulo II-A, com os arts. 12-A até 12-H na Lei nº 9.868, de 10-11-1999.

[356] Por exemplo, art. 128, § 5º, que estabelece a necessidade de edição de lei complementar para estabelecer a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público.

[357] Por exemplo, o art. 7º, XI, da Constituição Federal prevê a participação dos empregados nos lucros, ou resultados da empresa, conforme definido em lei.

[358] Em relação à imposição pelo Poder Judiciário de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, conferir: STF – Pleno – Repercussão Geral – RE nº 592581/RS – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – 13-8-2015 (RE-592581).

[359] RAMOS, Dirceo Torrecillas. *O controle de constitucionalidade por via de ação*. São Paulo: Angelotti, 1992. p. 100.

[360] Em relação a diferença entre “omissão legislativa” e “opção legislativa”, conferir: STF – Pleno – ADO nº 22/DF – Rel. Min. Carmen Lúcia – decisão: 22.4.2015.

[361] CANOTILHO, J. J. Gomes. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *As garantias do cidadão na justiça.* São Paulo: Saraiva, 1993. p. 354.

[362] MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição...*Op. cit. p. 289.

[363] PIOVESAN, Flávia C. *Proteção...* Op. cit. p. 97.

[364] CF, art. 103, incisos I a IX. cf. comentários sobre legitimidade da ação direta de inconstitucionalidade genérica. A Lei nº 12.063, de 27-10-2009, repete esta legitimidade na inserção do art. 12-A na Lei nº 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).

[365] CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização...* Op. cit. p. 230.

[366] STF – Pleno – Adin nº 480-8 – Rel. Min. Paulo Brossard, *Diário da Justiça*, Seção I, 25 nov. 1994 e *RT* 659/205.

[367] Conferir amplo estudo sobre os efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão: STF – Pleno – Adin nº 1.484/DF – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 28-8-2001. *Informativo STF* nº 244.

[368] Para José Tarcízio de Almeida Neto (Op. cit. p. 171), para conciliar o princípio político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais haveria necessidade da existência de um Tribunal Constitucional que fosse órgão comum dos Poderes Legislativo e Judiciário.

[369] ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência.* Tese de doutorado publicada pela CORDE – Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1994. p. 188.

[370] *RT* 668/212.

[371] STF, ADO 23 MC/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe*-022, 31-1-2013.

[372] O Ministro Marco Aurélio (Ação Declaratória nº 1-1/DF) votou vencido pela inconstitucionalidade da ação declaratória de constitucionalidade. Diversos juristas manifestaram-se pela inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3, em virtude da criação da Ação declaratória de constitucionalidade (Celso Bastos, Ives Gandra, Ana Maria Scartezzini, Edvaldo Brito, Marcelo Figueiredo), por violação ao princípio do contraditório, dupla instância de julgamento, inafastabilidade do controle judicial e direito de acesso do cidadão ao Judiciário. Tendo outros se manifestado pela sua constitucionalidade (Gilmar Ferreira Mendes, Arnoldo Wald, Hugo de Brito Machado). Ver a respeito MENDES, Gilmar Ferreira, MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 88.

[373] STF – Pleno – Ação declaratória de constitucionalidade n. 1-1/DF – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 5 nov. 1993, p. 23.286.

[374] SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo.* 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 63.

[375] SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação declaratória...* Op. cit. p. 75.

[376] VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal*: jurisprudência política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 89.

[377] O art. 9º, da EC nº 45/04, revogou o § 4º do art. 103 da Constituição Federal, que concedia legitimidade para ações declaratórias de constitucionalidade

somente ao Presidente da República, mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados ou Procurador-Geral da República.

[378] Conforme decidiu o STF, Governador de Estado afastado cautelarmente de suas funções não detém legitimidade ativa para iniciar o controle concentrado (STF – Pleno – ADI 6728 AgR/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgamento virtual finalizado em 30-4-2021).

[379] Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz Tucci, analisando a presente ação sob o ângulo processual do interesse de agir, concluem que somente "o Procurador-Geral da República, exatamente, por não ter tido oportunidade para fiscalizar, em seu *iter* de formação, a constitucionalidade de determinada lei, é que, em tese, possuiria interesse processual para a propositura da denominada ação declaratória" (Aspectos processuais da denominada ação declaratória de constitucionalidade. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Ação declaratória de constitucionalidade.* Op. cit. p. 147).

[380] Ressalte-se que, antes da edição da EC nº 45/04, a segunda Ação Declaratória de constitucionalidade desde a edição da EC nº 03, de 17-3-1993, de nº 2-9, foi proposta pela Associação Brasileira da Indústria de Embalagens Plásticas Flexíveis, tendo, porém, o Ministro-relator Carlos Velloso negado seguimento à inicial por flagrante ilegitimidade de parte – CF, art. 103, § 4º (STF – *Diário da Justiça*, Seção I, 19 jun. 1997, p. 28.264).

[381] O Ministro Carlos Britto ressaltou a necessidade de *pertinência temática*, para propositura da Ação Declaratória de Constitucionalidade, reconhecendo a legitimidade da Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), em virtude de "preenchido o requisito da pertinência temática, à face do estreito vínculo entre as finalidades institucionais da agremiação autora deste processo e o conteúdo do ato normativo por ela defendido" (STF – ADC nº 12 – medida cautelar – Rel. Min. Carlos Britto, 16-2-2006).

[382] O Senado Federal aprovou o parecer nº 1.748 e, posteriormente, em dois turnos a Proposta de Emenda à Constituição nº 29, de 2000 (nº 96, de 1999, na Câmara dos Deputados), constante da Emenda nº 240, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, enviando o texto à Câmara dos Deputados, para nova análise e eventual aprovação em dois turnos, pelo quórum qualificado de 3/5. Em um dos tópicos, o Senado ampliou o objeto da ação declaratória de constitucionalidade também para leis ou atos normativos estaduais e distritais.

[383] Lei nº 9.868/99, art. 14, III.

[384] Voto do Ministro Carlos Velloso, na Ação declaratória de constitucionalidade nº 1-1/DF.

[385] Voto do Ministro Néri da Silveira, na Ação declaratória de constitucionalidade nº 1-1/DF.

[386] STF – Agravo de Instrumento nº 174.778-1 – Rio Grande do Sul, Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 22 set. 1995, p. 30.573.

[387] Voto do Ministro-Relator Moreira Alves, na Ação declaratória de constitucionalidade nº 1-1/DF.

[388] Como salientado pelo Supremo Tribunal Federal, "o ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade, que faz instaurar processo objetivo de controle normativo abstrato, supõe a existência de efetiva controvérsia judicial – fundada em razões jurídicas idôneas e consistentes – em torno da legitimidade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal" (STF – Pleno – Ação declaratória de constitucionalidade nº 8/DF – medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 4-8-99. *Informativo STF* nº 160). Conferir, ainda: *RTJ* 157/371, *RTJ* 408-409.

[389] Entendendo a necessidade de estabelecer-se um contraditório na ação declaratória de constitucionalidade, os Ministros Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão votaram vencidos pela necessidade de citação editalícia dirigidas aos entes que são constitucionalmente legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (STF – Ação Declaratória de Constitucionalidade 1-1/DF). Esse entendimento foi confirmado pelo artigo 18 da Lei nº 9.869/99.

[390] No mesmo sentido do texto, ressalte-se a posição do Ministro Marco Aurélio, minoritária no Supremo Tribunal Federal: "no citado parágrafo tem-se o efeito vinculante relativamente às decisões definitivas de mérito e com estas são inconfundíveis as liminares, sempre precárias e efêmeras, sempre submetidas à condição resolutiva, ou seja, à possibilidade de, no julgamento de fundo, vir-se a concluir de forma diametralmente oposta" (STF – Pleno – Reclamação nº 1.197-6/PB – medida liminar – *Diário da Justiça*, Seção I, 22 nov. 1999, p. 2).

[391] Votaram vencidos, ou seja, pela impossibilidade de conhecimento do pedido cautelar em ação declaratória de constitucionalidade, os Ministros Marco Aurélio e Ilmar Galvão. Conferir, no mesmo sentido: STF – Rcl. 909-AgR, Rel. Min. Nelson Jobim, decisão: 27-5-2005.

[392] Igualmente, no mérito, os Ministros Marco Aurélio e Ilmar Galvão votaram vencidos pelo seu indeferimento, enquanto o Ministro Néri da Silveira votou

parcialmente vencido, pois deferia a liminar em menor extensão.

[393] STF – Pleno – Ação declaratória de constitucionalidade nº 4-6 – medida liminar – Rel. Min. Sydney Sanches, *Diário da Justiça*, Seção I, 13 fev. 1998 – Capa – Decisão: "O Tribunal, por votação majoritária, deferiu, em parte, o pedido de medida cautelar, para suspender, com eficácia *ex nunc* e com efeito vinculante, até o final do julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão sobre pedido de tutela antecipada, contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10-9-97, suspendendo, ainda, com a mesma eficácia, os efeitos futuros dessas decisões antecipatórias de tutela proferidas contra a Fazenda Pública, vencidos, em parte, o Ministro Néri da Silveira, que deferia a medida cautelar em menor extensão, e, integralmente, os Ministros Ilmar Galvão e Marco Aurélio, que a indeferiam" (Conferir, ainda, *Informativo STF* nº 96 – Ação declaratória e medida liminar).

[394] STF – Petição nº 1.404-8 – União Federal – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 12 mar. 1998, p. 13; *Informativo STF* nº 101, 12 mar. 1998 – ADC: Extensão dos efeitos da liminar – Pet. 1.402-5/MS (medida liminar) – Ministro Celso de Mello; STF – nº 1.402-5/MS – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 16 mar. 1998. p. 27. No mesmo sentido: STF – Pleno – ADC nº 8/DF – medida cautelar – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 13-10-99 – *Informativo STF* nº 166. Nesse sentido, decidiu o Ministro Nelson Jobim: "No julgamento da ADC 4 restou assentada que a decisão que concede medida cautelar em sede de ação declaratória de constitucionalidade é investida da mesma eficácia contra todos e efeito vinculante, características da decisão de mérito" (STF – Rcl. 909-AgR, Rel. Min. Nelson Jobim, decisão: 27 maio 2005).

[395] Em relação aos efeitos vinculantes em sede de liminar em ação declaratória de constitucionalidade, conferir, ainda, a ADC nº 5, "nesse julgamento, o STF por maioria, deferiu o pedido de liminar para, com eficácia *ex nunc* e efeito vinculante, suspender, até decisão final da ação, a prolação de qualquer decisão, assim como os efeitos de todas as decisões não transitadas em julgado e de todos os atos normativos que digam respeito à legitimidade constitucional, eficácia e aplicação dos arts. 1º, 3º e 5º da Lei nº 9.534/97, que prevê a gratuidade do registro civil de nascimento, do assento de óbito, bem como da primeira certidão respectiva" (STF – Pleno – Ação declaratória de constitucionalidade nº 5/DF – medida liminar – Rel. Min. Nelson Jobim, decisão: 17-11-99. *Informativo STF* nº 171). No mesmo

sentido: STF – Pleno – Ação declaratória de constitucionalidade nº 8/DF – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 13-10-99. *Informativo STF* nº 166.

396 STF – Reclamação nº 739-6 – medida liminar – Rel. Min. Sydney Sanches, *Diário da Justiça*, Seção 1, 19 mar. 1998, p. 7. No mesmo sentido: STF – Pleno – Reclamação nº 755-1/MG – medida liminar – Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, Seção I, 5 maio 1998, p. 5; STF – Pleno – Reclamação nº 753-9/RS – medida liminar – Rel. Min. Octavio Gallotti, *Diário da Justiça*, Seção I, 4 maio 1998, p. 44. Conferir, ainda: STF – Rcl 1.770, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, 7 fev. 2003; STF – Rcl 2.143-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, 6 jun. 2003.

397 STF – Pleno – MC em ADC nº 12-6/DF – Rel. Min. Carlos Britto, *Diário da Justiça*, Seção I, 1º set. 2006, p. 15.

398 O STF declarou constitucional essa possibilidade prevista no art. 21 da Lei nº 9.868/99 (STF – Pleno – ADI nº 2.154/DF e ADI nº 2.258/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 14-2-2007. *Informativo STF* nº 456).

399 STF – Pleno – ADC 4/MC – Rel. Min. Sydney Sanches, *Diário da Justiça*, Seção I, 21 maio 1999; STF – Rcl. 909-AgR, Rel. Min. Nelson Jobim, decisão: 27 maio 2005; STF – Rcl 1.770, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, 7 fev. 2003; STF – Rcl 2.143-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, 6 jun. 2003.

400 Em relação aos efeitos vinculantes nas ações declaratórias de constitucionalidade, conferir: STF – Pleno – ADC 4/MC – Rel. Min. Sydney Sanches, *Diário da Justiça*, Seção I, 21 maio 1999; STF – Rcl. 909-AgR, Rel. Min. Nelson Jobim, decisão: 27 maio 2005; STF – Reclamação....p. 44. Conferir, ainda: STF – Rcl 1.770, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, 7 fev. 2003; STF – Rcl 2.143-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, 6 jun. 2003.

401 STF – Agravo de Instrumento nº 174.811-7/RS – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*. Seção I, 2 maio 1996, p. 13.770.

402 O Senado Federal aprovou o parecer nº 1.748 e, posteriormente, em dois turnos a Proposta de Emenda à Constituição nº 29, de 2000 (nº 96, de 1999, na Câmara dos Deputados), constante da Emenda nº 240, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, enviando o texto à Câmara dos Deputados, para nova análise e eventual aprovação em dois turnos, pelo quórum qualificado de 3/5. Em um dos tópicos, o Senado previu a instituição de arguição de descumprimento de preceito constitucional estadual fundamental perante o

Tribunal de Justiça, bem como a possibilidade de efeitos vinculantes na jurisdição constitucional estadual (proposta de nova redação ao art. 125, § 2º).

403 Como salientou o Ministro Sydney Sanches, "... para arguição de descumprimento de preceito fundamental dela decorrente, perante o STF, exige lei formal, não autorizando, à sua falta, a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito" (STF – Agravo Regimental em Petição nº 1.140-7 – Rel. Min. Sydney Sanches, *Diário da Justiça*, 31 maio 1996, p. 18.803). No mesmo sentido: STF – Petição nº 1.369-8 – Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, Seção I, 8 out. 1997, p. 50.468.

404 Nesse sentido: STF – Pleno – agravo regimental – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 43-2/DF – Rel. Min. Carlos Britto, *Diário da Justiça*, Seção I, 13 fev. 2004, p. 9.

405 O Presidente da República vetou o inciso II, do parágrafo único, do art. 1º, da Lei nº 9.882/99, que permitia a propositura ampla da arguição de descumprimento de preceito fundamental, por qualquer prejudicado, nos termos do recurso de amparo previsto no ordenamento jurídico alemão, espanhol e argentino. Conferir, nesse sentido, decisão do STF que negou *legitimatio ad causam* ativa para eventual prejudicado: STF – ADPF nº 11/SP – Rel. Min. Carlos Velloso – *Informativo STF* nº 216, p. 4; STF – Pleno – ADPF nº 27-1/RJ – Rel. Min. Néri da Silveira, *Diário da Justiça*, Seção I, 1º abr. 2002, p. 3; STF – Pleno – ADPF nº 31-9/DF – Rel. Min. Maurício Corrêa, *Diário da Justiça*, Seção I, 1º abr. 2002, p. 3; STF – ADPF nº 30-1/DF – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 26 mar. 2002, p. 39.

406 O Advogado-Geral da União não possui legitimidade para o controle concentrado de constitucionalidade, havendo necessidade da assinatura do Presidente da República (STF – ADPF 102 – Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão: 16-6-2007).

407 STF – Pleno – ADI 6327 MC-Ref, Rel. Min. Edson Fachin, j. 3-4-2020.

408 O Supremo Tribunal Federal, examinando questão de ordem, não conheceu de arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil contra ato do Prefeito Municipal do Rio de Janeiro, que, ao vetar, parcialmente, de forma imotivada, projeto de lei aprovado pela Câmara Municipal – que eleva o valor do IPTU para o exercício financeiro de 2000 –, teria violado o princípio constitucional da separação dos Poderes (CF, art. 2º). Conforme se verifica na decisão, "considerou-se incabível na espécie a arguição de descumprimento de preceito fundamental, dado que o veto constitui ato político

do Poder Executivo, insuscetível de ser enquadrado no conceito de ato do Poder Público, previsto no art. 1º da Lei 9.882/99" (STF – Pleno – ADPF (QO) nº 1/RJ – Rel. Min. Néri da Silveira, decisão: 3-2-2000. *Informativo STF* nº 176). No mesmo sentido: STF – ADPF 73-4/DF – Rel. Min. Eros Grau, *Diário da Justiça*, Seção I, 11 maio 2007, p. 122.

409 Nesse sentido, conferir decisão do Supremo Tribunal Federal pelo não cabimento de ADPF para análise de proposta de emenda constitucional (STF – Pleno – agravo regimental – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 43-2/DF – Rel. Min. Carlos Britto, *Diário da Justiça*, Seção I, 13 fev. 2004, p. 9).

410 STF – Pleno – ADPF nº 80 AgR/DF – Rel. Min. Eros Grau, decisão: 12-6-2006 – *Informativo STF* nº 431.

411 Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal: "No caso dos autos, a impugnação suscitada pela mesa da assembleia legislativa de São Paulo poderia ser manifestada por meio de ação direta de inconstitucionalidade, meio eficaz bastante para sanar eventual lesividade do provimento sob enfoque. Registre-se, por outro lado, que o mencionado provimento nº 747/2000 é objeto da ADI 2415, de que sou relator, formalizada pela Assoc. dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG. Evidente, desse modo, a ausência do requisito no referido art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, uma vez que os efeitos lesivos do ato impugnado podem ser sanados por meio eficaz que não a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Ante o exposto, indefiro liminarmente a inicial, na forma do art. 4º, *caput*, da Lei nº 9.882/99, determinando o arquivamento do feito" (STF – ADPF nº 13-1 – Rel. Min. Ilmar Galvão). Conferir, ainda: STF – ADPF nº 15-7/PA, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 mar. 2006, p. 4; STF – Pleno – ADPF 621, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 15-5-2020; STF – Pleno – ADPF 423, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 15-5-2020; STF – Pleno – ADPF 509, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2-10-2020.

412 STF – Pleno – ADPF nº 3/CE – questão de ordem – Rel. Min. Sydney Sanches, decisão: 18-5-2000. *Informativo STF* nº 189. No mesmo sentido: STF – "A arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no artigo 102, § 1º, da Carta da República e regulada pela Lei nº 9.882/99, é ação de natureza constitucional cuja admissão é vinculada à inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade do ato de poder atacado" (STF – Pleno – Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 12-2/DF – Rel. Min. Ilmar Galvão – *Diário da Justiça*, Seção 1, 26 mar. 2001, p. 3). No mesmo sentido: STF – Pleno –

Ag. Reg. na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 17-3/AP – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção 1, 14 fev. 2003, p. 58.

413 STF – Pleno – ADPF 72 QO/PA, Rel. Min. Ellen Gracie, decisão: 1º-6-2005 – *Informativo STF* nº 390, p. 1.

414 Nesse sentido: "a subsidiariedade da via eleita deveria ser confrontada com a existência, ou não, de instrumentos processuais alternativos capazes de oferecer provimento judicial com eficácia ampla, irrestrita e imediata para solucionar o caso" (STF – Pleno – ADPF 186/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão: 25 e 26-4-2012).

415 STF – Pleno – ADPF 100/TO – medida cautelar – Rel. Min. Celso de Mello. Conferir, ainda, em relação ao mesmo princípio: STF – Pleno – ADPF 172 Referendo em MC/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, 10-6-2009.

416 No sentido da aplicação dessa suspensão, conferir: STF – Pleno – ADPF nº 33/PA – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 29-10-03. *Informativo STF* nº 327. Em relação à impossibilidade de concessão de liminar em face de coisa julgada: STF – ADPF 105 – Rel. Min. Cezar Peluso, decisão: 24-5-2007.

417 STF – Plenário – ADPF 97/PA – Rel. Min. Gilmar Mendes, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 fev. 2007, p. 17; STF – Pleno – ADPF 97/PA – Rel. Min. Gilmar Mendes, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 fev. 2007, p. 17.

418 Trata-se de norma semelhante ao recurso de amparo. O art. 161, *b*, da Constituição espanhola prevê que o "Tribunal Constitucional tem jurisdição em todo o território espanhol e é competente para conhecer do recurso de amparo por violação dos direitos e liberdades referidos no artigo 53.2, da Constituição, nos casos e formas que a lei estabelecer". Conforme aponta Francisco Rubio Llorente, citando inúmeros precedentes, o Tribunal Constitucional espanhol somente admite o recurso de amparo se houver ameaça ou ferimento a um direito ou garantia constitucional (*Derechos fundamentales y principios constitucionales.* Barcelona: Ariel, 1995. p. 80 e ss).

419 GOZAÍNI, Osvaldo A *El derecho de amparo.* Buenos Aires: Depalma, 1995. p. 23.

420 Para evitar esse problema, a Suprema Corte norte-americana, em relação aos recursos interpostos dos julgados dos demais tribunais, realiza rigoroso e discricionário juízo de admissibilidade, concedendo a poucos casos o *writ of certiorari.* Lawrence Baum nos informa que a Corte "julga somente uma minúscula proporção dos casos que chegam dos tribunais federais e estaduais. Mesmo

dentro do sistema de tribunais federais, a Corte julga menos de 1 por cento dos casos de que tratam os tribunais distritais" (BAUM, Lawrence. *A suprema corte americana.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987, p. 26).

421 SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano.* Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 177.

422 Em relação à impossibilidade de controle concentrado de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal, conferir neste capítulo, item 10.2.1. Em relação à impossibilidade de controle concentrado de leis ou atos normativos editados antes da Constituição, conferir, também neste capítulo, item 10.2.6.

423 Caso: Aborto e anencefalia: STF – Pleno – ADPF/DF nº 54 – questão de ordem – Rel. Min. Marco Aurélio – decisão: 20-10-2004, *Informativo STF* nº 366, e decisão: 27-4-2005, *Informativo STF* nº 385. Conferir, ainda: STF – Pleno – ADPF 90, Rel. Luiz Fux, j. 3-4-2020; STF – Pleno – ADPF 369, Rel. Min. Luiz Fux, Red. p/ Acórdão Alexandre de Moraes, j. 27-4-2020.

424 STF – Plenário – ADPF 54 QO/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 27-4-2005 – *Informativo STF* nº 385, p. 1.

425 Em garantia da liberdade de informação, o Supremo Tribunal Federal declarou concentradamente a não recepção da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67). Conferir: STF – Pleno – ADPF 130/DF, Rel. Min. Carlos Britto, 30-4-2009, *Informativo STF* nº 544. Conferir, ainda, em relação ao Código Penal Militar: STF – Pleno – ADPF nº 291/DF – Rel. Min. Roberto Barroso – 28-10-2015 (ADPF-291).

426 STF – ADPF nº 50-5/SP – Rel. Min. Joaquim Barbosa, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 mar. 2006, p. 4.

427 STF – Pleno – ADPF nº 84/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 8 jun. 2006. Conferir, ainda, no mesmo sentido: STF – ADPF nº 77-7/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 24 ago. 2006.

428 STF – Pleno – ADPF nº 347 MC/DF – Rel. Min. Marco Aurélio – decisão: 9-9-2015.

429 VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Do poder judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico – efeito vinculante em outros temas. *Revista dos Tribunais*, ano 6, nº 25, out./dez. 1998. p. 10.

430 O Senado Federal aprovou o Parecer nº 1.748, e, posteriormente, em dois turnos, a Proposta de Emenda à Constituição nº 29, de 2000 (nº 96, de 1999, na Câmara dos Deputados), constante da Emenda nº 240, da Comissão de

Constituição, Justiça e Cidadania, enviando o texto à Câmara dos Deputados, para nova análise e eventual aprovação em dois turnos, pelo quórum qualificado de 3/5. No texto aprovado, há a previsão de criação dos arts. 105-A e 111-A, com a possibilidade, respectivamente, de o Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior do Trabalho editarem súmulas impeditivas de recursos.

[431] TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Súmula vinculante e reforma do Judiciário. *Correio Braziliense*, Caderno Direito e Justiça, 9 fev. 1998, p. 3.

[432] Alertando para eventuais perigos na adoção desse mecanismo: VIANNA, Luiz Wernneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *Corpo e alma da magistratura brasileira.* 2. ed. Porto Alegre: Revan, 1998. p. 37.

[433] Em defesa das *súmulas vinculantes*: RAMOS, Saulo. Efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 13, p. 148.

[434] FRIEDE, Reis. Das reformas constitucionais. *Revista dos Tribunais*, ano 6, nº 25, p. 74-75, out./dez. 1998. Nesse mesmo sentido, Lenio Streck afirma que "a enorme quantidade de processos versando sobre matéria idêntica no STF e nos Tribunais Superiores, conforme dados estatísticos, gera insatisfação e perda de legitimidade do Poder Judiciário. Diante de tal situação, é bastante razoável a criação da súmula com efeito vinculante, nos moldes do art. 98 da Proposta do Deputado Jairo Carneiro, com a ressalva de que tais efeitos não seriam decorrentes de matéria constitucional, tendo em vista que o controle da constitucionalidade será preventivo, conforme as atribuições do Conselho Constitucional, acima mencionadas" (STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro*: eficácia, poder e função. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 143).

[435] SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. *USP – Estudos avançados*, v. 18, nº 51, p. 91-92, maio/ago. 2004.

[436] Nesse sentido: SILVA, José de Anchieta da. *A súmula de efeito vinculante amplo no direito brasileiro*: um problema e não uma solução. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 28; FRANCO, Nelson Pinheiro. Aspectos do Poder Judiciário. *Revista da Escola Paulista de Magistratura*, ano 1, nº 3, p. 185, maio/out. 1997; SILVA, José de Anchieta da. *A súmula de efeito vinculante amplo no direito brasileiro*: um problema e não uma solução. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

[437] GRAU, Eros Roberto. Sobre a produção legislativa e a normativa do direito oficial: o chamado 'efeito vinculante'. *Revista da Escola Paulista de Magistratura*,

ano 1, nº 3, p. 78, maio/out. 1997.

[438] Nesse mesmo sentido: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Poder Judiciário e seu papel na reforma do estado: o controle jurisdicional dos atos administrativos e a súmula vinculante. *RT*, ano 7, nº 27, p. 31, abr./jun. 1999.

[439] Cf. HALL, Kermit L. *The Oxford guide to United States Supreme Courts decisions.* New York: Oxford University Press, 1999. p. 277.

[440] Constituição norte-americana. 14ª Emenda: "Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiverem residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou bens sem o processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis."

[441] A Corte Suprema determinou a junção dos *segregation cases* Brown v. Board of Education of Topeka (347 U.S. 483 – 1954) e Bolling v. Sharpe (347 U. S. 497 – 1954). Em virtude da gravidade social da decisão, somente após um ano, ou seja, em 31 maio de 1955, a Corte determinou às autoridades escolares que concretizassem com *toda deliberada pressa* (*with all deliberate speed*) o fim da discriminação racial nas escolas, delegando aos juízes federais a fiscalização e efetividade de sua decisão. Note-se que a concretização de alteração social tão profunda na prática mostrou-se de dificuldade ímpar. Somente em 1964, a Corte Suprema determinou o fim do prazo para que as autoridades educacionais agissem com *toda deliberada pressa* (*with all deliberate speed*) e declarou inconstitucional a transformação de escolas públicas em privadas, com a única finalidade de mantença da segregação racial (*Griffin* v. *County Board of Price Edward County* (377 U.S. 218), 1964). Em 1969, a Suprema Corte ordenou que os distritos escolares, finalmente, encerrassem imediatamente o sistema de discriminação racial em todas as escolas públicas, decretando o início do sistema educacional unitário (*Alexander* v. *Holmes County Board of Education* (396 U.S. 19), 1969).

[442] Cf. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law.* Oxford: Clarendon Press, 1991. p. 102-108.

[443] Conferir, nesse mesmo sentido: FRIEDE, Reis. Das reformas constitucionais. *Revista dos Tribunais*, ano 6, nº 25, p. 74-75, out./dez. 1998.

[444] Lawrence Baum aponta que, apesar de existir esse mecanismo nos Estados Unidos, jamais a Corte Suprema utilizou-se da possibilidade de declarar um juiz

culpado por desacato, embora quase fizesse isso num caso em 1969 (*In re* Herndon). Além disso, relembra que, apesar de na grande maioria dos casos as decisões da Corte Suprema serem acatadas pelos tribunais inferiores, existem exemplos em que esses tribunais desrespeitaram essas decisões, retardando a execução de seus julgados, ou ainda, interpretando-as diferentemente do que afirmara a Corte Suprema. O autor cita como exemplo o caso Hawkins v. Universidade da Flórida, em que, apesar de a Corte Suprema ter determinado, primeiramente (1954), que a Corte Suprema da Flórida reexaminasse a negativa de acesso do negro Hawkins à Faculdade de Direito da Universidade da Flórida, somente frequentada por brancos e, posteriormente (1956), que Hawkins tinha direito a pronta admissão, por uma série de manobras a Corte Estadual negou-se a executar a decisão, não tendo a Corte Suprema aplicado qualquer sanção aos juízes da mesma (BAUM, Lawrence. *A suprema corte americana.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987. p. 300-301). Poderíamos, ainda, citar outros exemplos históricos, como no caso dos índios da Geórgia, em que o Estado da Geórgia, apoiado pelo Presidente Jackson, apropriou-se das terras indígenas e desobedeceu à ordem da Corte de Marshall para restituí-las.

[445] STF – Pleno – Rcl. 6702 AgR-MC/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 4-3-2009, *Informativo STF* nº 537.

[446] Conferir decisão monocrática da Ministra Ellen Gracie (Rcl 6511/SP, DJe-174, 16-9-2008), posteriormente referendada pelo Pleno do STF (DJe-167, 4-9-2009), cassando decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo por desrespeito às Súmulas Vinculantes 9 e 10.

[447] Importante ressaltar que foi a primeira vez que a Corte não editou de ofício súmula vinculante, mas sim a pedido do Conselho Federal da OAB, tendo utilizado o processo Proposta de Súmula Vinculante (PSV).



Defesa do Estado e das Instituições Democráticas 13

1 ESTADO DE DEFESA E ESTADO DE SÍTIO

A Constituição Federal prevê a aplicação de duas medidas excepcionais para restauração da ordem em momentos de anormalidade – *Estado de defesa* e *Estado de sítio*, possibilitando inclusive a suspensão de determinadas garantias constitucionais, em lugar específico e por certo tempo, possibilitando a ampliação do poder repressivo do Estado, justificado pela gravidade da perturbação da ordem pública.[1]

É o chamado *sistema constitucional das crises*, consistente em um conjunto de normas constitucionais, que informadas pelos princípios da necessidade e da temporariedade, têm por objeto as situações de crises e por finalidade a mantença ou o restabelecimento da normalidade constitucional.[2]

A gravidade de ambas as medidas, cuja finalidade será sempre a superação da crise e o retorno ao *status quo ante*, exige irrestrito cumprimento de todas as hipóteses e requisitos constitucionais, sob pena de responsabilização política, criminal e civil dos agentes políticos usurpadores.

O *Estado de defesa* é uma modalidade mais branda de estado de sítio e corresponde às antigas *medidas de emergência* do direito constitucional anterior e não exige para sua decretação, por parte do Presidente da República, autorização do Congresso Nacional. O decreto presidencial deverá determinar o prazo de sua duração; especificar as áreas abrangidas e indicar as medidas coercitivas, nos termos e limites constitucionais e legais.

O *Estado de sítio* corresponde à suspensão temporária e localizada de garantias constitucionais, apresentando maior gravidade do que o Estado de defesa

e *obrigatoriamente* o Presidente da República deverá solicitar autorização da maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para decretá-lo.

Em ambas as hipóteses serão ouvidos, sem caráter vinculativo, os Conselhos da República e da Defesa Nacional, para que aconselhem e opinem ao Presidente da República.

A possibilidade do controle jurisdicional do Estado de Defesa e do Estado de Sítio envolve diversos problemas, mas a doutrina e a jurisprudência direcionam-se para a possibilidade do *controle da legalidade*. Assim, será possível ao Poder Judiciário reprimir eventuais abusos e ilegalidades cometidas durante a execução das medidas do Estado de Defesa ou de Sítio, inclusive por meio de mandado de segurança e *habeas corpus,* pois a excepcionalidade da medida não possibilita a total supressão dos direitos e das garantias individuais,[3] e tampouco configura um salvo-conduto aos agentes políticos para total desrespeito à Constituição e às leis.[4] Em relação, porém, à análise do mérito *discricionário* do Poder Executivo (no caso do Estado de defesa) e desse juntamente com o Poder Legislativo (no caso do Estado de Sítio), a doutrina dominante entende impossível, por parte do Poder Judiciário, a análise da conveniência e oportunidade política para a decretação.[5]

1.1 Quadro comparativo: Estado de defesa e Estado de sítio

	Estado de Defesa	**Estado de Sítio**	**Estado de Sítio**
Previsão legal	Art. 136, *caput*	Art. 137, I	Art. 137, II
Hipóteses	1. Ordem pública ou paz social ameaçada 2. Instabilidade institucional 3. Calamidade natural	1. Comoção nacional 2. Ineficácia do Estado de Defesa	1. Declaração de guerra 2. Resposta à agressão armada estrangeira

Atribuição para a decretação	Presidente da República (art. 84, IX, da CF)	Presidente da República (art. 84, IX, da CF)	Presidente da República (art. 84, IX, da CF)

Procedimento	Presidente verifica a hipótese legal, solicita pareceres dos Conselhos da República (CF, art. 89) e de Defesa Nacional (CF, art. 91). Com os pareceres, decidirá se decreta ou não o Estado de Defesa.	Presidente verifica a hipótese legal, solicita pareceres dos Conselhos da República (CF, art. 89) e de Defesa Nacional (CF, art. 91). Com os pareceres, *solicita ao Congresso Nacional autorização para decretação do Estado de Sítio, expondo os motivos determinantes do pedido.* O Congresso Nacional somente poderá autorizar por *maioria absoluta* da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Com a autorização, o Presidente poderá decretar o Estado de Sítio.	IDEM O PROCEDIMENTO ANTERIOR DE DECRETAÇÃO DE ESTADO DE SÍTIO.

Prazo	Máximo de 30 dias, prorrogado por mais 30 (trinta) dias *uma única vez.*	Máximo de 30 dias, prorrogado por mais 30 dias, *de cada vez.*	O tempo necessário da guerra ou para repelir a agressão armada estrangeira.
Áreas abrangidas	Locais restritos e determinados (CF, art. 136, *caput*).	Âmbito nacional. Após o Decreto, o Presidente especificará as medidas específicas e as áreas abrangidas (CF, art. 138, *caput*).	Âmbito nacional. Após o Decreto, o Presidente especificará as medidas específicas e as áreas abrangidas (CF, art. 138, *caput*).

Restrições a direitos e garantias individuais*	Poderão ser restringidas (CF, art. 136) as previsões do art. 5º, XII (*sigilo de correspondência e de comunicações telegráficas e telefônicas*), XVI (*direito de reunião*) e LXI (*exigibilidade de prisão somente em flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial competente*).	Poderão ser restringidas (CF, 139) as previsões do art. 5º, XI (*inviolabilidade domiciliar),* XII (*sigilo de correspondência e de comunicações telegráficas e telefônicas*), XVI (*direito de reunião*), XXV (*direito de propriedade*), LXI (*exigibilidade de prisão somente em flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial competente*) e também o art. 220 (*liberdade de manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação*).	Poderão ser restringidas, em tese, todas as garantias constitucionais, desde que presentes três requisitos constitucionais: 1. *Necessidade de efetivação da medida.* 2. Tenham sido *objeto de deliberação por parte do Congresso Nacional* no momento de autorização da medida. 3. Devem estar *expressamente previstos no Decreto presidencial.* (CF, art. 138, *caput*, c.c. 139, *caput*).

Controle político sobre a decretação	É *posterior.* Decretado o Estado de defesa ou sua prorrogação, o Presidente da República, dentro de 24 horas, submeterá o ato com a respectiva justificativa ao Congresso Nacional, que somente aprovará a decretação *por maioria absoluta de ambas as Casas Legislativas* (CF, art. 136, § 4º), editando o respectivo Decreto Legislativo (CF, art. 49, IV).	O Controle Congressual é *prévio*, uma vez que há necessidade de autorização para que o Presidente o decrete.	O Controle Congressual é *prévio*, uma vez que há necessidade de autorização para que o Presidente o decrete.

Fiscalização Política sobre as medidas	A mesa do Congresso Nacional,** ouvidos os líderes partidários, designará Comissão composta de *cinco de seus membros* para acompanhar e fiscalizar a execução das medidas referentes ao estado de defesa e ao estado de sítio.	IDEM	IDEM
Atividade parlamentar	O Congresso Nacional permanecerá em funcionamento até o término das medidas coercitivas (CF, art. 136, § 6º). *Em hipótese alguma permite-se o constrangimento do Poder Legislativo*, sob pena de crime de responsabilidade (CF, art. 85, II).	IDEM (CF, art. 138, § 3º). Além disso, no Estado de Sítio não se incluirá a possibilidade de restrição à liberdade de informação, *a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa.*	IDEM (CF, art. 138, § 3º). Além disso, no Estado de Sítio não se incluirá a possibilidade de restrição à liberdade de informação, *a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa.*

Responsabilidade	Cessado o estado de defesa ou o estado de sítio, cessarão também seus efeitos, sem prejuízo da responsabilidade pelos ilícitos cometidos por seus executores ou agentes (CF, art. 141, *caput*).	IDEM	IDEM
Prestação de contas	Cessada a situação excepcional, as medidas aplicadas em sua vigência serão relatadas pelo Presidente da República, em mensagem ao Congresso Nacional, com especificação e justificação das providências adotadas, com relação nominal dos atingidos, e indicação das restrições aplicadas (CF, art. 141, parágrafo único).	IDEM	IDEM

Desrespeito dos requisitos e pressupostos constitucionais por parte do Presidente da República	Crime de responsabilidade (CF, art. 85), sem prejuízo das responsabilidades civis e penais.	IDEM	IDEM

* A título comparativo, consultar Paolo Barile, Op. cit. p. 450-452, que disserta sobre as hipóteses de suspensão temporária de determinadas liberdades constitucionais, em virtude de intervenções governamentais de urgência.

** A Mesa do Congresso Nacional, como já visto, é composta de sete membros: Presidente do Senado Federal, 1º Vice-Presidente da Câmara dos Deputados, 2º Vice-Presidente do Senado Federal, 1º Secretário da Câmara dos Deputados, 2º Secretário do Senado Federal, 3º Secretário da Câmara dos Deputados, 4º Secretário do Senado Federal.

2 FORÇAS ARMADAS

As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são *instituições nacionais permanentes e regulares,* organizadas com base na *hierarquia* e na *disciplina,* sob a autoridade suprema do Presidente da República (CF, art. 84, XIII), e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

Os membros das Forças Armadas são denominados militares e estão sob a chefia do Presidente da República.

A Emenda Constitucional nº 23, promulgada em 2-9-1999, estabeleceu com *status* constitucional os cargos de Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, que serão nomeados pelo Presidente da República (CF, art. 84, XIII). Ressalte-se que a citada emenda, apesar de criar o Ministério de Estado da Defesa, a ser ocupado privativamente por brasileiros natos (CF, art. 12, § 3º, VII), em substituição aos antigos Ministérios Militares, manteve o mesmo *status* de Ministros de Estado para os Comandantes das três armas, como se verifica pelas previsões de foro privilegiado no Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais

comuns e nos crimes de responsabilidade (CF, art. 102, I, *c*) e no Senado Federal, nos crimes de responsabilidade conexos com os do Presidente da República (CF, art. 52, I). Além disso, de forma idêntica às previsões referentes aos Ministros de Estado, estabeleceu a EC nº 23/99 competir ao Superior Tribunal de Justiça o processo e julgamento dos mandados de segurança e os *habeas data* contra ato dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, e os *habeas corpus* quando o coator for Comandante da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.

Compete ao Presidente, ainda, a iniciativa de lei para a fixação ou modificação dos efetivos das Forças Armadas (CF, art. 61, § 1º, I) e para as leis que disponham sobre militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria (CF, art. 61, § 1º, II, *f*).[6]

A Constituição Federal prevê que o Congresso Nacional deve editar lei complementar estabelecendo as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas. Porém, desde logo, determina que o serviço militar é obrigatório nos termos da lei,[7] salvo para as mulheres e os eclesiásticos, que estarão isentos em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir. Compete, ainda, às Forças Armadas, na forma da lei,[8] atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, depois de alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar (CF, art. 5º, VIII – escusa de consciência).

Anote-se, finalmente, que aos membros das Forças Armadas aplicam-se as seguintes disposições constitucionais, além do que vier a ser fixado em lei:[9]

- as patentes, com prerrogativas, direitos e deveres a elas inerentes, são conferidas pelo Presidente da República e asseguradas com plenitude aos oficiais da ativa, da reserva ou reformados, sendo-lhes privativos os títulos e postos militares e, juntamente com os demais membros, o uso dos uniformes das Forças Armadas;
- o militar em atividade que tomar posse em cargo ou emprego público civil permanente, ressalvada a hipótese prevista no art. 37, inciso XVI, alínea *c*, será transferido para a reserva, nos termos da lei;

- o militar da ativa que, de acordo com a lei, tomar posse em cargo, emprego ou função pública civil temporária, não eletiva, ainda que da administração indireta, ressalvada a hipótese prevista no art. 37, inciso XVI, alínea *c*, ficará agregado ao respectivo quadro e somente poderá, enquanto permanecer nessa situação, ser promovido por antiguidade, contando-se-lhe o tempo de serviço apenas para aquela promoção e transferência para a reserva, sendo depois de dois anos de afastamento, contínuos ou não, transferido para a reserva, nos termos da lei;
- ao militar são proibidas a sindicalização e a greve;
- o militar, enquanto em serviço ativo, não pode estar filiado a partidos políticos;
- o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra;
- o oficial condenado na justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença judicial transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior;
- aplica-se aos militares o disposto no art. 7º, incisos VIII, XII, XVII, XVIII, XIX e XXV e no art. 37, incisos XI, XIII, XIV e XV, bem como, na forma da lei e com prevalência da atividade militar, no art. 37, inciso XVI, alínea *c*;
- aos pensionistas dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios aplica-se o que for fixado em lei específica do respectivo ente estatal;[10]
- a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra.

3 SEGURANÇA PÚBLICA[11]

O grande desafio institucional brasileiro é evoluir nas formas de combate à criminalidade, efetivando um maior entrosamento dos diversos órgãos governamentais na investigação à criminalidade organizada, na repressão à impunidade e na punição da corrupção, e, consequentemente, estabelecer uma legislação que fortaleça a união dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como do Ministério Público na área de persecução penal, no âmbito dos Estados da Federação.[12]

O poder público no exercício de suas atribuições constitucionais e legais precisa ser *eficiente*, ou seja, deve produzir o efeito desejado, o efeito que gera bom resultado, exercendo suas atividades sob o manto da igualdade de todos perante a lei, velando pela objetividade e imparcialidade, bem como zelando pela vida e integridade física de seus agentes, que são os verdadeiros instrumentos de atuação estatal em defesa da sociedade.

No exercício da atividade de segurança pública do Estado, a *eficiência* exigida baseia-se na própria Constituição Federal, que consagrou a segurança pública como dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, e determinou que seja exercida com a finalidade de preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, por meio de seus dois grandes ramos, a polícia judiciária e polícia administrativa.

A ruptura da segurança pública é tão grave que a Constituição Federal permite a decretação do Estado de Defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional; inclusive, com a restrição de diversos direitos fundamentais, conforme previsto no artigo 136 do texto constitucional. Caso o próprio Estado de defesa se mostre ineficaz, haverá, inclusive, a possibilidade de decretação do Estado de Sítio, nos termos do inciso I do artigo 137 da Carta Magna.

A *eficiência* na prestação da atividade de segurança pública é garantia essencial para a estabilidade democrática no País, devendo, portanto, caracterizar-se pelo direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, eficácia e busca da qualidade.

O pleno atendimento dessas metas somente será possível se a interpretação constitucional e o exercício das competências legislativas e administrativas garantirem a cooperação entre todos os Poderes da República nos três níveis da Federação, com o financiamento, estruturação e infraestrutura necessários para o eficaz cumprimento dessas complexas tarefas, buscando a otimização dos resultados pela aplicação de razoável quantidade de recursos e esforços.

A Constituição Federal preceitua que a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, sem contudo, reprimir-se abusiva e inconstitucionalmente a livre manifestação de pensamento, por meio dos seguintes órgãos:

- *polícia federal*: deve ser instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira. Destina-se a: apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência; *exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras*;[13] exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União;
- *polícia rodoviária federal*: é órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais;[14]
- *polícia ferroviária federal*: órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais;[15]
- *polícias civis*: deverão ser dirigidas por delegados de polícia de carreira,[16] são incumbidas, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto

das infrações militares. Importante salientar que, nos termos do art. 24, XVI, da Constituição Federal, a legislação sobre organização, garantias, direitos e deveres das Policias Civis é de natureza concorrente entre União e Estados.[17] Observe-se que o STF declarou constitucional a criação de órgãos estaduais de "polícia científica", seja com autonomia aos institutos de criminalística, seja integrando-a aos demais órgãos de segurança pública; entendendo que "não ofende o § 4º do art. 144 da Constituição a estruturação de um órgão composto por peritos criminais e médicos legistas, separado da Polícia Civil e autônomo", pois "não cria uma nova modalidade de polícia, como órgão de segurança pública, mas apenas disciplina órgão administrativo de perícia",[18] "permitindo aos entes federativos criarem polícias científicas autônomas que, do ponto de vista da organização administrativa, não estejam vinculadas à Polícia Civil";[19]

- *polícias militares*: sua atribuição é de polícia ostensiva, para preservação da ordem pública;[20]
- *corpos de bombeiros militares*: além das atribuições definidas em lei, são incumbidos da execução de atividades de defesa civil;
- *polícias penais federal, estaduais e distrital*:[21] vinculadas ao órgão administrador do sistema penal da unidade federativa a que pertencem, cabe a segurança dos estabelecimentos penais. O preenchimento do quadro de servidores das polícias penais será feito, exclusivamente, por meio de concurso público e por meio da transformação dos cargos isolados, dos cargos de carreira dos atuais agentes penitenciários e dos cargos públicos equivalentes.

A polícia, como conceitua Guido Zanobini, é

> "a atividade da administração pública dirigida a concretizar, na esfera administrativa, independentemente da sanção penal, as limitações que são impostas pela lei à liberdade dos particulares ao interesse da conservação da ordem, da segurança geral, da paz social e de qualquer outro bem tutelado pelos dispositivos penais",[22] sendo usual a classificação da polícia em dois grandes ramos: polícia administrativa e

> polícia judiciária,[23] conforme salienta André Laubadère.[24] A polícia administrativa é também chamada de polícia preventiva, e sua função consiste no conjunto de intervenções da administração, conducentes a impor à livre ação dos particulares a disciplina exigida pela vida em sociedade.

Esta classificação foi adotada pela Constituição Federal de 1988, ao prever taxativamente no art. 144, que a segurança pública, dever do Estado, é exercida para a preservação da ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio, por meio da polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares e polícias penais.[25] A taxatividade constitucional em relação aos órgãos de segurança pública, entretanto, não impede a criação pelas Constituições ou legislações estaduais de órgãos ou entidades de polícia técnico-científica, sem atribuições de segurança pública.[26]

A multiplicidade dos órgãos de defesa da segurança pública, pela nova Constituição, teve dupla finalidade: o atendimento aos reclamos sociais e a redução da possibilidade de intervenção das Forças Armadas na segurança interna.

O art. 144, § 6º, da Constituição Federal localiza as polícias militares e os corpos de bombeiros militares como forças auxiliares e reserva do Exército, subordinando-os, juntamente com as polícias civis e as polícias penais estaduais e distrital, aos governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios,[27] aos quais compete a direção administrativa, funcional e financeira da polícia.[28] Em virtude dessa competência constitucional concedida ao Chefe do Poder Executivo estadual/distrital, são inconstitucionais leis estaduais/distrital de iniciativa parlamentar que disciplinem a concessão de anistia a infrações administrativas praticadas por policiais civis, militares e bombeiros.[29]

Por fim, a Constituição Federal concedeu aos Municípios a faculdade, por meio do exercício de suas competências legislativas, de constituição de guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei, sem, contudo, reconhecer-lhes a possibilidade de exercício de polícia ostensiva ou judiciária.[30] O Supremo Tribunal Federal, porém, declarou a possibilidade de o Município atribuir às guardas municipais o "exercício de poder

de polícia de trânsito, inclusive para imposição de sanções administrativas legalmente previstas".[31]

O art. 144, § 7º, determina que a lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades. Como salientado por Tercio Sampaio Ferraz Jr.,

> "faz mister uma política nacional de segurança pública, para além da transitoriedade dos governos e arredada de toda instrumentalização clientelística",

concluindo que

> "devemos conscientizar-nos de que os temas da segurança pública não pertencem apenas às polícias, mas dizem respeito a todos os órgãos governamentais que se integram, por via de medidas sociais de prevenção ao delito. A comunidade não deve ser afastada, mas convidada a participar do planejamento e da solução das controvérsias que respeitem a paz pública".[32]

Ressalte-se que a remuneração dos servidores policiais citados será fixada na forma do § 4º do art. 39 (conferir Capítulo 9, item 14), tendo o Supremo Tribunal Federal reconhecido que "as carreiras funcionais integrantes do Sistema Único de Segurança Pública (Lei federal 13.675/2018) têm o risco e a periculosidade como aspecto inerente de suas atividades".[33]

A EC nº 82, de 16 de julho de 2014, disciplinou a segurança viária no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, estabelecendo que será exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas e compreende a educação, engenharia e fiscalização de trânsito, além de outras atividades previstas em lei, que assegurem ao cidadão o direito à mobilidade urbana eficiente.

A EC 82/14, ainda, estabeleceu competência administrativa comum, pois determinou que a segurança viária competirá, no âmbito dos Estados, do Distrito

Federal e dos Municípios, aos respectivos órgãos ou entidades executivos e seus agentes de trânsito, estruturados em Carreira, na forma da lei.

3.1 Vedação absoluta ao exercício do direito de greve aos servidores públicos integrantes das carreiras de segurança pública

A carreira policial é uma carreira diferenciada, como o próprio artigo 144 da Constituição Federal reconhece ao afirmar que tem a função de exercer "a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos", com a finalidade de "preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio", estando, inclusive, destacada do capítulo específico dos servidores públicos.

A carreira policial é o braço armado do Estado para a segurança pública, assim como as Forças Armadas o são para a segurança nacional. É inegável que há um paralelismo importante aqui entre segurança interna e segurança nacional, inclusive pela inexistência de atividades paralelas na iniciativa privada.

É primordial, portanto, fixarmos como premissa essencial para a presente análise que a atividade policial é carreira de Estado sem paralelo na atividade privada, o que a diferencia de várias outras atividades elementares, como educação e saúde, que também são absolutamente fundamentais para o Estado, mas apresentam paralelo na iniciativa privada, por expressa autorização constitucional.

No exercício da segurança pública, manutenção da ordem pública e da paz social, não há possibilidade de complementação ou substituição das carreiras policiais pela atividade privada, seja na segurança pública ostensiva, seja na atividade de polícia judiciária, que é a função realizada pela Polícia Civil e pela Polícia Federal, no âmbito da União. Não há possibilidade de algum outro órgão da iniciativa privada suprir essa atividade estatal essencial exercida pela Polícia em prol da sociedade. Atividade essa que, por si só, é relevantíssima, importantíssima e imprescindível ao Estado de Direito, mas, também cuja paralisação afeta o regular exercício da titularidade da ação penal pública pelo Ministério Público e da jurisdição pelo Poder Judiciário, porque a paralisação da Polícia Judiciária acarreta a paralisação da própria Justiça Criminal e do Ministério Público.

Não é possível compatibilizar o exercício dessa imprescindível, dignificante, honrosa, porém também penosa carreira de Estado com o exercício do direito de greve, tampouco compatibilizar que o braço armado do Estado mantenha as necessárias disciplina e hierarquia e possa entrar em greve sem colocar em risco a segurança pública, a ordem e a paz social. Igualmente, não é possível compatibilizar a continuidade do exercício integral das funções do Ministério Público e a continuidade da jurisdição criminal com o exercício do Direito de Greve pela Polícia Judiciária. Não é possível que o braço armado do Estado queira fazer greve. O Estado não faz greve. O Estado em greve é anárquico. A Constituição não permite.

O direito de greve deriva das liberdades de reunião e de expressão, direitos que constituem pilares do Estado Democrático de Direito; e, exatamente nesse sentido, o texto constitucional prevê restrição implícita a manifestações, reuniões ou passeatas reivindicatórias de policiais, ao estabelecer no artigo 5º, inciso XVI, a vedação à presença de armas no exercício do direito de reunião. Não me parece outra a razão da previsão do Pacto de São José da Costa Rica, que autoriza, inclusive, a privação do exercício do direito de associação aos membros de carreiras policiais. No mesmo sentido, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, que autoriza restrições à liberdade de reunião, associação e sindicalização às carreiras policiais, visando à garantia da segurança pública, à defesa da ordem e à prevenção do crime. E, ainda, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que, em seu artigo 22, estabelece expressamente a possibilidade de restrições legais ao exercício do direito de associação aos membros de carreiras policiais, no sentido de proteger a segurança e ordem públicas.

Não se trata apenas de um conflito entre o direito de greve e o princípio da continuidade do serviço público, mas, sim, da necessária interpretação construtiva e conciliatória entre o direito de greve e o direito de toda a sociedade à segurança pública, mediante um dever do Estado em efetivá-la por meio dos órgãos policiais descritos no artigo 144 da Constituição Federal. Destaco, nesse sentido, a preciosa lição do professor de Teoria do Direito (*Jurisprudence*) de Princeton, Walter Murphy, ao apontar que "*a tarefa intelectual e prática mais difícil que os juízes*

enfrentam na interpretação de uma constituição é, provavelmente, a classificação da importância de suas funções e dos valores que ela procura proteger".[34]

A previsão e a essencialidade dos órgãos de defesa da segurança pública pela Constituição Federal de 1988 demonstraram a importância de suas funções, tendo dupla finalidade nos valores a serem protegidos: (a) atendimento aos reclamos sociais por maior proteção; (b) redução de possibilidade de intervenção das Forças Armadas na segurança interna, como importante mecanismo de freios e contrapesos para a garantia da democracia. Ressalte-se a seriedade dessa finalidade, pois a cada paralisação das Polícias há a necessidade de utilização da GLO (Garantia da Lei e da Ordem), banalizando a utilização das Forças Armadas na segurança interna e desprezando a própria essência da norma constitucional, que constitucionalizou as carreiras policiais para evitar essa proliferação.

Na presente hipótese de aparente colisão de direitos, portanto, ao indagarmos quais os valores que a Constituição pretende proteger, não resta dúvida em afirmar que pretende proteger a imprescindibilidade da garantia da segurança pública, a ordem pública e a paz social, no intuito de impedir qualquer ruptura na normalidade democrática interna.

A ruptura da segurança pública é tão grave que a Constituição Federal permite a decretação do Estado de Defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional; inclusive, com a restrição de diversos direitos fundamentais, conforme previsto no artigo 136 do texto constitucional. Caso o próprio Estado de defesa se mostre ineficaz, haverá, inclusive, a possibilidade de decretação do estado de sítio, nos termos do inciso I do artigo 137 da Carta Magna.

Não se trata, portanto, do balanceamento entre o direito de greve e a continuidade do serviço público, mas, sim, entre o direito de greve e o direito de toda a sociedade à segurança pública e a manutenção da ordem pública e paz social, cujos reflexos e consequências são tão importantes, que são tratados no "sistema constitucional das crises", com a possibilidade, repita-se, de decretação de estado de defesa e estado de sítio.

Nessa hipótese, há a prevalência do interesse público e do interesse social sobre o interesse individual de uma categoria. Roscoe Pound, em suas *Lições de*

teoria do direito (jurisprudence), publicadas em Harvard, classificou os interesses do ponto de vista individual, público e social, afirmando que estes devem prevalecer em relação àquele, quando em aparentes conflitos, como na presente hipótese.[35] A prevalência do interesse público e do interesse social na manutenção da segurança pública, da ordem e da paz social sobre o interesse individual de determinada categoria dos servidores públicos – na espécie, as carreiras policiais –, excluindo a possibilidade do exercício do direito de greve, é plenamente compatível com a interpretação teleológica do texto constitucional, em especial dos artigos 9º, § 1º, e 37, VII.

O artigo 9º, em seu § 1º, estabelece que "a lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade". A manutenção da segurança pública e a defesa da vida, incolumidade física e patrimônio de toda a sociedade se encaixam exatamente na classificação de "necessidades inadiáveis da comunidade". O art. 9º, § 1º, deve ser interpretado em conjunto com o artigo 37, VII, segundo o qual "o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica".

A própria Constituição Federal não deixa dúvidas, portanto, quanto ao estabelecimento da relatividade do exercício do direito de greve aos servidores públicos, permitindo o: (a) atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade; (b) estabelecimento dos termos e limites do exercício desse direito ao gênero "servidores públicos".

Dessa maneira, as restrições ao exercício do direito de greve aos servidores públicos são constitucionalmente possíveis, seja pelo estabelecimento de termos condicionais específicos ou limites parciais a todos os servidores públicos (gênero), seja por estabelecimento de limites totais a determinadas carreiras (espécies), como na hipótese em questão para as carreiras policiais, em virtude do atendimento às "necessidades inadiáveis da comunidade", como determina o mandamento do artigo 9º do texto constitucional.

O estabelecimento do limite total para as carreiras policiais, ou seja, a vedação ao exercício do direito de greve a uma das espécies do funcionalismo público é absolutamente compatível com as restrições possíveis pelo texto constitucional e não suprime de maneira absoluta o direito de greve estabelecido para o gênero "servidores públicos", pois a constitucionalidade do direito de greve pelos

servidores públicos não veda a necessidade de se examinar a compatibilidade de seu exercício com a natureza das atividades públicas essenciais como as carreiras policiais.

Parece-me ser o caso de utilizarmos as lições do grande magistrado da Corte Suprema Americana, Hugo Black, que, em sua "*A Constitutional Faith",* afirmou que, "*alternativa para a classificação dos valores constitucionais era o uso das palavras singelas da Constituição como o principal critério de julgamento"*. As palavras singelas do artigo 9º da Carta Magna determinam a obrigatoriedade do "*atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade"*; e isso só será alcançado, em relação às carreiras policiais, com *a fixação de limites totais*, permitida pelo artigo 37 da CF, ou seja, com a vedação ao exercício do direito de greve para uma das espécies do gênero servidores públicos. A espécie "armada", que tem como função única e imprescindível à sociedade garantir a segurança pública, a ordem e a paz social.

O Supremo Tribunal Federal decidiu pela vedação absoluta ao exercício do direito de greve aos servidores públicos integrantes das carreiras de segurança pública:[36]

> "Constitucional. Garantia da segurança interna, ordem pública e paz social. Interpretação teleológica dos art. 9º, § 1º, art. 37, VII, e art. 144, da CF. Vedação absoluta ao exercício do direito de greve aos servidores públicos integrantes das carreiras de segurança pública. 1. A atividade policial é carreira de Estado imprescindível a manutenção da normalidade democrática, sendo impossível sua complementação ou substituição pela atividade privada. A carreira policial é o braço armado do Estado, responsável pela garantia da segurança interna, ordem pública e paz social. E o Estado não faz greve. O Estado em greve é anárquico. A Constituição Federal não permite. 2. Aparente colisão de direitos. Prevalência do interesse público e social na manutenção da segurança interna, da ordem pública e da paz social sobre o interesse individual de determinada categoria de servidores públicos. Impossibilidade absoluta do exercício do direito de greve às carreiras policiais. Interpretação teleológica do texto constitucional, em especial

> dos artigos 9º, § 1º, 37, VII e 144. 3. Recurso provido, com afirmação de tese de repercussão geral: ‘1 - O exercício do direito de greve, sob qualquer forma ou modalidade, é vedado aos policiais civis e a todos os servidores públicos que atuem diretamente na área de segurança pública. 2 - É obrigatória a participação do Poder Público em mediação instaurada pelos órgãos classistas das carreiras de segurança pública, nos termos do art. 165 do Código de Processo Civil, para vocalização dos interesses da categoria’”.

Observe-se, ainda, que o STF declarou formalmente inconstitucional norma federal que concede anistia a policiais e bombeiros militares estaduais por infrações disciplinares decorrentes da participação em movimentos reivindicatórios por melhorias de vencimentos e de condições de trabalho.[37]

3.2 Segurança pública e combate à criminalidade organizada

O combate ao crime organizado exige racionalidade instrumental e priorização de recursos financeiros e humanos direcionados diretamente para a persecução da macrocriminalidade.

As organizações criminosas ligadas aos tráficos de drogas, armas, pessoas, têm ligações interestaduais e transnacionais e são responsáveis direta ou indiretamente pela grande maioria dos crimes graves, praticados com violência e grave ameaça à pessoa, como o homicídio qualificado, latrocínio, roubos qualificados com arma de uso restrito ou proibido, entre outros, com ostensivo aumento da violência urbana e insegurança na sociedade.

Esse quadro tornou imprescindível uma clara e expressa opção de combate à macrocriminalidade, pois seu crescimento é atentatório à vida de dezenas de milhares de brasileiros e ao próprio desenvolvimento socioeconômico do Brasil.

O combate à criminalidade organizada e transnacional vem sendo aperfeiçoado nos diversos países europeus e americanos, uma vez que as antigas formas de investigação, atuação e interação Polícia/Justiça demonstraram baixa eficácia para sua repressão. Entre outros importantes pontos, fortalece-se a

cooperação entre Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário, bem como os modernos mecanismos de investigação – principalmente com relação à inteligência, combate à lavagem de dinheiro e recuperação de ativos financeiros.

Em um Estado Federal como o Brasil, há a necessidade de complementação do artigo 144 da Constituição Federal, prevendo a Agência Nacional de Combate à Criminalidade Organizada como órgão de segurança pública e permitindo sua criação e regulamentação por lei específica, na forma de *autarquia de regime especial,* integrante da administração indireta, vinculada ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, para tratar, respeitadas as respectivas competências constitucionais, da específica atividade de coordenação operacional e de inteligências entre todos os órgãos dos entes federativos ligados à segurança pública, podendo, inclusive, requisitar servidores dos outros poderes e outros órgãos, bem como ter representantes indicados dos Ministérios da Justiça e Segurança Pública, Polícia Federal e Rodoviária Federal, Ministérios Públicos da União e dos Estados, das Secretarias de Segurança, Justiça e Assuntos Penitenciários de cada um dos Estados, bem como das Polícias Militares e Civis, para planejamento estratégico nacional, e não somente federal, e um contato direto com o Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público.

A Agência seria caracterizada pela independência administrativa e financeira, mandato fixo de Diretor, além da possibilidade de estabelecimento de planos plurianuais de combate à criminalidade organizada (da mesma maneira, analogicamente, das previsões diretas no texto constitucional da ANATEL e da ANP, com referência expressa à função de "órgão regulador", contida nos artigos 21, XI, e 177, § 2º, III, além da previsão do CNJ e do CNMP, nos artigos 103-B e 130-A).

A missão precípua da Agência Nacional seria concretizar um eficaz sistema de inteligência contra a criminalidade organizada, com a integração dos bancos de dados e informações dos demais órgãos de segurança pública e, consequentemente, efetivar o planejamento das operações e rastreamento de ativos referentes ao crime organizado; deveria, ainda, realizar a integração de um sistema de estatísticas e informatização para permitir o efetivo controle do andamento das investigações relativas ao crime organizado.

A Agência Nacional fixaria, com a participação dos Estados-membros e Municípios, o planejamento geral, diretrizes e metas para o combate ao crime organizado, cujo cumprimento pelos Estados-membros e Municípios condicionaria o recebimento de repasses orçamentários destinados à área da Segurança e Assuntos Penitenciários. Essa previsão seria compatível com o pacto federativo, da mesma forma como atuam os Conselhos Nacional de Justiça e do Ministério Público, cujo compromisso nacional e respeito à Federação foram reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal.

[1] Cf. sobre a possibilidade de supressão de direitos e garantias individuais em decorrência da decretação do Estado de Sítio: LAVIÉ, Quiroga. *Derecho...* Op. cit. p. 573-578.

[2] BARILE, Paolo. Op. cit. p. 450.

[3] DANTAS, San Tiago. *RF* 142/74; STF – *RF* 24/150.

[4] *RF* 55/233.

[5] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários...* Op. cit. v. 3. p. 68-69, inclusive citando Acórdão do Supremo Tribunal Federal nº 3.556, de 10-6-1914, onde se afirmou que "tratando-se de ato de natureza essencialmente política, o Judiciário não pode entrar na apreciação dos fatos que o motivaram".

[6] Redação dada pela Emenda Constitucional nº 18, de 5 de fevereiro de 1998.

[7] Lei nº 4.375, de 17-8-1964, regulamentada pelo Decreto nº 57.654, de 20-1-1966. O STF negou repercussão geral sobre a discussão de "convocação para prestação de serviço militar obrigatório após a conclusão do curso de medicina – RE 754276/RS (Tema 449 RG)" (STF – Pleno – RE 754276/RS, Rel. Min. Rosa Weber, julgamento virtual finalizado em 20-3-2021).

[8] Lei nº 8.239, de 4-10-1991, regulamentada pela Portaria nº 2.681 – Cosemi, de 28-7-1992, aprovando o Regulamento da Lei de Prestação do Serviço Alternativo ao Serviço Militar Obrigatório.

[9] Conferir observações no Capítulo 9 – Administração pública – itens 17 a 19.

[10] CF, art. 42, § 2º, com a redação dada pela EC nº 41/03.

[11] Conferir Lei 13.675, de 11 de junho de 2018, que disciplina a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, nos termos do § 7º do art. 144 da Constituição Federal; cria a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS); institui o Sistema Único de Segurança Pública (Susp); altera a Lei Complementar 79, de 7 de janeiro de 1994, a Lei 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, e a Lei 11.530, de 24 de outubro de 2007; e revoga dispositivos da Lei 12.681, de 4 de julho de 2012.

[12] Conferir a respeito: MORAES, Alexandre de. Integração na área da segurança pública: o grande desafio constitucional. In: TOFFOLI, José Antônio Dias. *30 anos da Constituição brasileira*: democracia, direitos fundamentais e instituições. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

[13] Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, promulgada em 4-6-1998 e publicada no *Diário Oficial da União* em 5-6-1998. Ressalte-se que o art. 34 da própria Emenda Constitucional estabeleceu que sua entrada em vigor seria na data de sua promulgação.

[14] Art. 144, § 2º, com redação dada pela EC nº 19/98.

[15] Art. 144, § 3º, com redação dada pela EC nº 19/98.

[16] STF – Pleno – ADI nº 2427/PR – Rel. Min. Eros Grau, decisão: 30-8-2006 – *Informativo STF* nº 438.

[17] STF – Pleno – ADI nº 2314/RJ – Rel. orig. Min. Joaquim Barbosa – Red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio – 17-6-2015. O STF decidiu ser formalmente constitucional lei complementar de iniciativa parlamentar que contenha regras de caráter nacional sobre a aposentadoria de policiais (STF – Pleno – ADI 5241/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento virtual finalizado em 27-8-2021).

[18] STF – Pleno – ADI 2575/PR – Rel. Min. Dias Toffoli, j. 24-6-2020.

[19] STF – Pleno – ADI 6621/TO – Rel. Min. Edson Fachin, j. 8-6-2021.

[20] A EC nº 38, promulgada em 12-6-2002, determinou a incorporação dos Policiais Militares do extinto território Federal de Rondônia aos quadros da União, desde que, comprovadamente, se encontrassem no exercício regular de suas funções prestando serviços àquele ex-território na data em que foi transformado em Estado.

[21] Criada pela EC nº 104, de 4 de dezembro de 2019.

[22] ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. Bolonha: Il Molino, 1950. v. 5, p. 17.

[23] O STF declarou a possibilidade do delegado federal ou da polícia civil formalizar acordos de colaboração premiada, na fase de inquérito policial, respeitadas as prerrogativas do Ministério Público, o qual deverá se manifestar, sem caráter vinculante, previamente à decisão judicial (Pleno, ADI 5508/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 20-6-2018).

[24] LAUBADÈRE, André. *Traité de droit administratif*. 9. ed. Paris: LGDJ, 1984. v. 1, p. 630.

[25] Conforme decidiu o STF, a enumeração constitucional dos órgãos policiais é taxativa: STF – Pleno – Adin nº 236-8/RJ – Rel. Min. Octavio Gallotti – *Diário da Justiça*, Seção I, 1º jun. 2001, p. 75. Conferir, ainda, no mesmo sentido: STF – Pleno – ADI 2827/RS – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 16-9-2010; STF – Pleno – ADI 3469/SC – Rel. Min. Gilmar Mendes, 16-9-2010.

[26] STF – Pleno – ADI 2861, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 29-5-2020.

[27] STF – "Distrito Federal: polícia civil e militar: organização e manutenção da União: significado. Ao prescrever a Constituição (art. 21, XIV) que compete à União organizar e manter a polícia do Distrito Federal – apesar do contrassenso de entregá-la depois ao comando do Governador (art. 144, § 6º) – parece não poder a lei distrital dispor sobre o essencial do verbo *manter*, que é prescrever quanto custará pagar os quadros de servidores policiais: desse modo a liminar do Tribunal de Justiça local, que impõe a equiparação de vencimentos entre policiais – servidores mantidos pela União – e servidores do Distrito Federal parece que, ou impõe a este despesa que cabe à União ou, se a imputa a esta, emana de autoridade incompetente e, em qualquer hipótese, acarreta risco de grave lesão à ordem administrativa" (*RTJ* 165/500).

[28] Nesse sentido, o STF declarou inconstitucional preceito que assegurava à Polícia Judiciária Civil autonomia administrativa, funcional e financeira – por considerar caracterizada a ofensa ao art. 144, § 6º, da CF/88, em razão da subordinação existente entre os organismos policiais civis, que integram a estrutura institucional do Estado, ao chefe do Poder Executivo (STF – Pleno – Adin nº 882/MT – Rel. Min. Maurício Corrêa, decisão: 19-2-2004, *Informativo STF* nº 337). Conferir, ainda, posicionamento do STF em relação à inconstitucionalidade da definição da função desempenhada por Delegado como de caráter essencial ao Estado (ADI 5528/TO e ADI 5517/ES), vedação à previsão de lista tríplice para escolha do chefe da Polícia Civil (ADI 6923/RO) e previsão de independência funcional (ADI 5522/SP).

[29] STF – Pleno – ADI 4928/AL, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgamento virtual finalizado em 8-10-2021.

[30] O STF declarou inconstitucional, por ausência de razoabilidade nos critérios adotados pelo Estatuto do Desarmamento, a restrição do porte de arma de fogo aos integrantes de guardas municipais das capitais dos estados e dos municípios com mais de 500.000 (quinhentos mil) habitantes e de guardas municipais dos municípios com mais de 50.000 (cinquenta mil) e menos de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, quando em serviço (STF – Pleno – ADC 38/DF, ADI 5538/DF, ADI 5948/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento virtual finalizado em 27-2-2021).

[31] STF – Pleno – Repercussão Geral – RE nº 658570/MG – Rel. orig. Min. Marco Aurélio, Red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso – 6-8-2015 (RE 658570).

[32] FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Interpretação e estudos...* Op. cit. p. 102.

[33] STF – Pleno – ADI 5403, Rel. Min. Luiz Fux, Red. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes; STF – Pleno – ARE 654.432, Rel. Min. Edson Fachin, Red. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes; STF – Pleno – RE 846.854/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Red. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes.

[34] *Ensaios sobre a Constituição dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978, p. 209.

[35] *Outlines of Lectures on Jurisprudence.* Cambridge: Harvard University Press, 1943, p. 67 e ss. e 96 ss.

[36] STF – Pleno – ARE 654432/GO – Rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes – julgamento: 5-4-2017.

[37] STF, Pleno, ADI 4869/DF, Rel. Min. Carmen Lúcia, 30-5-2022.



Ordem Econômica e Financeira 14

A Revolução Francesa e o prevalecimento das ideias liberais trouxeram o afastamento da intervenção do Estado na economia, com a consagração das ideias de Adam Smith (1776), em especial: o dever de proteger a sociedade da violência e da invasão; o dever de proteger cada membro da sociedade da injustiça e da opressão de qualquer outro membro e o dever de praticar e manter determinadas políticas públicas quando necessárias, porém a ninguém interessasse individualmente.

Observe-se, porém, que o Estado não deixou em nenhum momento de se abster por completo de intervir na ordem econômica, em maior ou menor grau.

No século XIX, o manifesto comunista de Karl Marx passou a embasar teoricamente o movimento dos trabalhadores, e, juntamente com os reflexos do cartismo na Inglaterra e a Comuna de 1871, na França, passam a minar as até então sólidas bases do Estado Liberal.

A partir da Constituição de Weimar (1919), que serviu de modelo para inúmeras outras constituições do primeiro pós-guerra, e apesar de ser tecnicamente uma constituição consagradora de uma democracia liberal – houve a crescente constitucionalização do Estado Social de Direito, com a consagração em seu texto dos direitos sociais e a previsão de aplicação e realização por parte das instituições encarregadas dessa missão. A constitucionalização do Estado Social consubstanciou-se na importante

intenção de converter em direito positivo várias aspirações sociais, elevadas à categoria de princípios constitucionais protegidos pelas garantias do Estado de Direito.

A necessidade de regulamentação da maior intervenção estatal na econômica, por pressão da corrente política social-democrata nas diversas Assembleias Constituintes, gerou a existência de previsões expressas nas diversas constituições, gerando a denominada Constituição Econômica.

Tratou-se, portanto, em um primeiro momento da inclusão de conteúdo predominantemente programático nos textos constitucionais, complementando o constitucionalismo nascido com o Estado Liberal de Direito com normas relativas aos direitos sociais e econômicos.

As Constituições passam a contar com normas programáticas político-sociais, além do tradicional estatuto político, contendo os princípios e as normas sobre a ordenação social, os fundamentos das relações entre pessoas e grupos e as formas de participação da comunidade, inclusive no processo produtivo.

A Constituição Econômica passa a designar, nos ensinamentos de Vital Moreira, "o conjunto de preceitos e instituições jurídicas, garantidos os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica".[1]

O Direito Constitucional moderno ampliou as tradicionais dimensões da Constituição, incluindo, entre outras matérias, normas referentes à ordem econômica e financeira, no Título VII, que foi subdividido em quatro capítulos: dos princípios gerais da atividade Econômica (CF, arts. 170 a 181); da política urbana (CF, arts. 182 e 183); da política agrícola e fundiária e da reforma agrária (CF, arts. 184 a 191); e do sistema financeiro nacional (CF, art. 192).

Como ressaltado por José Alfredo de Oliveira Baracho, a "relação entre Constituição e Sistema Econômico ou mesmo Regime Econômico, é

frequente nas constituições modernas, que contemplam pautas fundamentais em matéria econômica. Chega-se a falar que, ao lado de uma constituição política, reconhece-se a existência de uma Constituição econômica".[2]

1 DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

A ordem econômica na Constituição de 1988, em seu artigo 170, optou pelo modelo capitalista de produção, também conhecido como economia de mercado (art. 219), cujo coração é a livre-iniciativa.

Porém, a análise dos quatro princípios da ordem econômica previstos no *caput* do citado art. 170 – valorização do trabalho humano, livre-iniciativa, existência digna, conformidade com os ditames da Justiça social – apontam no sentido da ampla possibilidade do intervir na economia, e não somente em situações absolutamente excepcionais.

O sistema capitalista brasileiro encontra-se, no dizer de Celso Bastos, "temperado por graus diversos de intervenção do Estado, o que tem levado alguns autores a falarem na existência de uma forma de economia mista".[3]

Tal constatação levou Raul Machado Horta a afirmar que, no texto constitucional, a ordem econômica está "impregnada de princípios e soluções contraditórias. Ora reflete no rumo do capitalismo neoliberal, consagrando os valores fundamentais desse sistema, ora avança no sentido do intervencionismo sistemático e do dirigismo planificador, com elementos socializadores".[4]

O texto constitucional de 1988, portanto, consagrou uma economia descentralizada, de mercado, sujeita a forte atuação do Estado de caráter normativo e regulador, permitindo que o Estado explore diretamente atividade econômica quando necessário aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

O artigo 170 da Constituição Federal consagrou a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa.

Igualmente, o artigo 170 estabeleceu a finalidade à ordem econômica constitucional: garantia de existência digna, conforme os ditames da justiça social.

A Carta Magna, ainda, assegurou a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Conforme salienta Raul Machado Horta,

> "no enunciado constitucional, há princípios – valores: soberania nacional, propriedade privada, livre concorrência. Há princípios que se confundem com intenções: reduções das desigualdades regionais, busca do pleno emprego; tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte (*alterado pela EC nº 6/95*); função social da propriedade. Há princípios de ação política: defesa do consumidor, defesa do meio ambiente".[5]

São princípios gerais da atividade econômica:

- *soberania nacional*: repetição do princípio geral da soberania (CF, arts. 1º, I e 4º), com ênfase na área econômica;
- *propriedade privada*: corolário dos direitos individuais previstos no art. 5º, XXII, XXIV, XXV, XXVI da Carta Magna;
- *função social da propriedade*: corolário da previsão do art. 5º, XXIII, e art. 186, da Constituição Federal;
- *livre concorrência*: constitui livre manifestação da liberdade de iniciativa, devendo, inclusive, a lei reprimir o abuso de poder econômico que visar à dominação dos mercados, à eliminação

da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (CF, art. 173, § 4º);

- *defesa do consumidor*;
- *defesa do meio ambiente*: a Constituição Federal trata de forma ampla a defesa do meio ambiente no Título VIII – Da ordem social; capítulo VI (art. 225). Observe-se que, para esse fim, a EC nº 42/03 ampliou a defesa do meio ambiente, prevendo como princípio da ordem econômica a possibilidade de tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;[6]
- *redução das desigualdades regionais e sociais*: constitui também um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (CF, art. 3º, III);
- *busca do pleno emprego*;
- *tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras que tenham sua sede e administração no País*:[7] a Emenda Constitucional nº 6, de 15-8-1995, alterou a redação dos arts. 170, IX, 176, § 1º; revogou o art. 171, e criou o art. 246, na Constituição Federal, trazendo novidades em relação ao tratamento das empresas brasileiras. A redação anterior previa como um dos princípios da ordem econômica, o "tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte". Por sua vez, o art. 171,[8] que trazia as definições de empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional, foi revogado, inexistindo qualquer diferenciação ou benefício nesse sentido, inclusive, em relação à pesquisa e à lavra de recursos minerais e aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica; em face da alteração da redação originária do art. 176, § 1º, da Constituição

Federal, basta que sejam empresas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

2 INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

Apesar de o texto constitucional de 1988 ter consagrado uma economia descentralizada, de mercado, autorizou o Estado a intervir no domínio econômico como agente normativo e regulador, com a finalidade de exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento indicativo ao setor privado, sempre com fiel observância aos princípios constitucionais da ordem econômica, pois, como ressaltado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a ordem econômica está "sujeita a uma ação do Estado de caráter normativo e regulador".[9]

Miguel Reale Júnior aponta que "esta atuação do Estado como agente normativo ou regulador é de ser concretizada com respeito aos princípios que regem a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, visando a assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170 da CF)".[10]

Dentro dessa possibilidade de regulação da ordem econômica, o texto constitucional estabeleceu, em seu art. 149, a competência exclusiva da União para instituir contribuições de intervenção no domínio econômico, cuja natureza jurídica é tributária.[11]

A EC nº 33/01 permitiu, especificamente, a incidência de contribuição de intervenção de domínio econômico sobre a importação de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível, prevendo que a lei que as instituir deverá atender a determinados requisitos (CF, art. 177, § 4º). A EC nº 42/03 permite essa incidência também sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços (CF, art. 149, § 2º, II).

Assim, a alíquota da contribuição poderá ser diferenciada por produto ou uso ou reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, independentemente do princípio da anterioridade (CF, art. 150, III, *b*).

Igualmente, a EC nº 33/01 direcionou os recursos arrecadados com a cobrança dessa contribuição de intervenção no domínio econômico, determinando que deverão ser destinados ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo; ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e gás e ao financiamento de programas de infraestrutura de transportes.

2.1 Utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais

A EC nº 49, de 9-2-2006, alterou a redação das alíneas "b" e "c" do inciso XXIII do art. 21 do texto constitucional, além de dar nova redação ao inciso V do art. 177.

A finalidade da referida emenda constitucional foi permitir a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais, afastando indesejável monopólio da União, que poderia acarretar prejuízos no desenvolvimento científico e tecnológico relacionado aos radioisótopos.

Dessa forma, compete à União exercer monopólio estatal sobre a pesquisa e lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados.

Já nos termos da EC nº 118, de 26-4-2022, sob regime de permissão, são autorizadas a comercialização e a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos agrícolas e industriais. Além disso, sob regime de permissão, são autorizadas a produção, comercialização e utilização de radioisótopos para pesquisa e uso médicos.

Nesse mesmo sentido, apesar de manter como monopólio da União (CF, art. 177, V) a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, a EC nº 49/06 excepcionou os radioisótopos, cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, referido nos parágrafos anteriores.

3 DA POLÍTICA URBANA

3.1 Competência para estabelecimento de políticas de desenvolvimento urbano

O tema já foi tratado conjuntamente com as competências legislativas dos Municípios.[12]

3.2 Usucapião constitucional de área urbana

Aquele que possuir como sua área urbana de até 250 metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. Nessa hipótese, o título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. A Constituição Federal veda a possibilidade de reconhecimento desse direito ao mesmo possuidor mais de uma vez (CF, art. 183). Presentes os requisitos constitucionais, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, “o reconhecimento do direito a usucapião especial urbano não pode ser obstado por legislação infraconstitucional que estabeleça módulos urbanos na respectiva área em que situado o imóvel (dimensão do lote)”.[13]

Em relação aos apartamentos, o STF decidiu que "conforme disposto no artigo 183 da Constituição Federal, o usucapião urbano pressupõe solo e construção, imóvel destinado à moradia. Tratando-se de unidade condominial – apartamento –, cumpre perquirir se a fração ideal correspondente e a metragem de área real privativa não suplantam, cada qual individualmente, os 250 m² previstos como limite".[14]

Importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que, para os fins previstos no art. 183, não se considera o tempo de posse anterior à promulgação da Carta de 1988, não se aplicando o entendimento da Súmula 445 do STF ("*A Lei nº 2.437, de 7-3-55, que reduz prazo prescricional é aplicável às prescrições em curso na data de sua vigência (1-1-56), salvo quanto aos processos então pendentes"*).[15]

Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

4 DA POLÍTICA AGRÍCOLA E FUNDIÁRIA E DA REFORMA AGRÁRIA

4.1 Preceitos da política agrícola

A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente, os seguintes preceitos: os instrumentos creditícios e fiscais; os preços compatíveis com os custos de produção e a garantia de comercialização; o incentivo à pesquisa e à tecnologia; a assistência técnica e extensão rural; o seguro agrícola; o cooperativismo; a eletrificação rural e irrigação; a habitação para o trabalhador rural.[16]

4.2 Destinação das terras públicas e devolutas

Nesta linha política de continuidade das constituições anteriores, o legislador constituinte de 1988 determinou que a destinação de terras públicas e devolutas será compatibilizada com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária, bem como que a alienação ou a concessão, a qualquer título, de terras públicas com área superior a 2.500 hectares a pessoa física ou jurídica, ainda que por interposta pessoa, dependerá de prévia aprovação do Congresso Nacional, exceto se as alienações ou as concessões forem para fins de reforma agrária.

Terras devolutas, na definição de Hely Lopes Meirelles, são

> "todas aquelas que, pertencentes ao domínio público de qualquer das entidades estatais, não se acham utilizadas pelo Poder Público, nem destinadas a fins administrativos específicos. São bens públicos patrimoniais ainda não utilizados pelos respectivos proprietários. Tal conceito nos foi dado pela Lei Imperial 601, de 18-9-1850 e tem sido aceito uniformemente pelos civilistas. Estas terras, até a proclamação da República, pertenciam à Nação; pela Constituição de 1891 foram transferidas aos Estados-membros (art. 64) e alguns destes as transpassaram, em parte, aos Municípios. Constituem, todavia, domínio da União as terras devolutas dos Territórios Federais e as que forem por lei declaradas indispensáveis à segurança e ao desenvolvimento nacionais, nos termos do art. 4º, I, da Constituição da República. Dentre estas últimas estão as terras devolutas situadas na faixa de cem quilômetros de largura em cada lado do eixo das rodovias da Amazônia legal, que o Decreto-lei nº 1.164/71 declarou indispensáveis à segurança e ao desenvolvimento nacionais e incorporou ao patrimônio da União (arts. 1º e 2º)".[17]

Ressalte-se, como ensina Celso de Mello, que

> "a inexistência de registro imobiliário não é suficiente para a caracterização do domínio público. Essa circunstância não induz à presunção de que as terras sejam devolutas. O fato de o imóvel não se achar registrado em nome de um particular não o converte em terra devoluta (RTJ 65/856, 99/234, 81/191; RJTJSP 19/54, 23/260, 26/246; RT 405/153, 411/120, 419/129, 490/65, 551/110, 520/141, 549/204). Nesse mesmo sentido: Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, Borsoi, v. 12, § 1.419. Em sentido contrário: Considera-se devoluta toda a terra sobre a qual não recaia título registrado no Registro de Imóveis (RF 159/71, 116/470; RT 388/619, 307/260, 257/465). Trata-se de posição atualmente minoritária (RDA 134/208). Registre-se, ainda, que não basta a mera alegação de ser, a terra, devoluta. É necessário que o Poder Público prove que o imóvel é de sua propriedade: RT 537/77, 541/131, 555/223, 558/95".[18]

4.3 Reforma agrária

A Constituição Federal concedeu à União a competência para desapropriar por interesse social, para fins de *reforma agrária*, o imóvel rural. Reforma agrária deve ser entendida como o conjunto de notas e planejamentos estatais mediante intervenção do Estado na economia agrícola com a finalidade de promover a repartição da propriedade[19] e renda fundiária. Esse procedimento expropriatório para fins de reforma agrária deverá respeitar o devido processo legal, havendo necessidade de vistoria e prévia notificação ao proprietário, uma vez que haverá privação de bens particulares,[20] sendo considerada modalidade de "desapropriação-sanção".[21]

São exigidos, entretanto, os seguintes requisitos permissivos para a reforma agrária:

- *imóvel não estiver cumprindo sua função social*: a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos (CF, art. 186): aproveitamento racional e adequado; a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; observância das disposições que regulam as relações de trabalho; exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. Dessa forma, o legislador constituinte manteve na Constituição de 1988 a *expropriação-sanção* como modalidade especial e excepcional de intervenção do poder público na esfera da propriedade privada, quando esta não estiver cumprindo sua *função social*;[22]
- *prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária*, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até 20 anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei. Observe-se que o orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício;
- *indenização em dinheiro das benfeitorias úteis e necessárias*;
- *edição de decreto* que:
  a. declare o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária;
  b. autorize a União a propor a ação de desapropriação;
- *isenção de impostos federais, estaduais e municipais* para as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.

A análise dos requisitos constitucionais leva à conclusão de que a finalidade do legislador constituinte foi garantir um *tratamento constitucional especial* à propriedade produtiva, vedando-se sua desapropriação e prevendo a necessidade de edição de lei que fixe requisitos relativos ao cumprimento de sua função social. Note-se que a Constituição veda a desapropriação da propriedade produtiva que cumpra sua função social.

Assim, são insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária (CF, art. 185):

- a pequena e média propriedade rural,[23] assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;
- a propriedade produtiva.[24]

Os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária, homens ou mulheres, independentemente do estado civil, receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de dez anos (CF, art. 189).

4.4 Usucapião constitucional de área rural

A Constituição Federal criou o chamado *usucapião constitucional* ou *pro labore,* em favor daquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a 50 hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família e tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade. Em contrapartida, porém, vedou qualquer possibilidade de usucapião em imóveis públicos.

5 DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

5.1 Emenda Constitucional nº 40/03

A redação do capítulo sobre o sistema financeiro nacional (Capítulo IV do Título VII da Constituição Federal), dada pela EC nº 40, de 29 de maio de 2003, concedeu ao Congresso Nacional maior liberdade para sua regulamentação, pois retirou a exigência de observância, por parte da lei complementar, de diversos preceitos previstos pela redação original do art. 192.

Dessa forma, a principal alteração trazida pela EC nº 40/03 foi a *verdadeira desconstitucionalização do conteúdo básico da matéria* referente ao sistema financeiro nacional.

Outra importante previsão foi a expressa determinação de *desnecessidade de lei complementar única para disciplinar todo o sistema financeiro nacional.*

A nova redação do *caput* do art. 192 da Constituição Federal, dada pela EC nº 40/03, expressamente, prevê sua regulamentação por *leis complementares*.

Ressalte-se, porém, que o texto constitucional anterior não previa *expressamente* a obrigatoriedade de a regulamentação do sistema financeiro nacional ser realizada por *uma única* e *específica* lei complementar. A alteração foi realizada para evitar futuras contestações jurídicas, conforme analisado no próximo item.

O art. 192 prevê, ainda, que a regulamentação do sistema financeiro nacional deverá respeitar os seguintes preceitos:[25]

- *o sistema financeiro nacional deverá ser estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país*;
- *a regulamentação do sistema financeiro nacional deverá ter como meta principal servir aos interesses da coletividade*;

- *por expressa determinação constitucional, a previsão do art. 192 da Constituição Federal aplica-se também às cooperativas de crédito*;
- *a regulamentação do sistema financeiro nacional deverá especificar a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.*

5.2 Regulamentação por leis complementares e revogação da previsão da taxa anual de juros de 12%

Nos termos do § 3º do art. 192 da redação constitucional original, as taxas de juros reais não poderiam ser superiores a 12% ao ano, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito. Previa, ainda, o texto constitucional que a cobrança acima desse limite deveria ser tipificada como crime de usura. Ocorre, porém, que o Supremo Tribunal Federal havia pacificado tratar-se de norma constitucional de eficácia limitada, dependendo, para sua aplicabilidade, de edição de lei complementar, prevista pelo *caput* do citado art. 192.[26]

Pretendia-se editar lei complementar, regulamentando todo o sistema financeiro nacional, menos o § 3º do art. 192, ou seja, deixando de conceder aplicabilidade à taxa anual de juros.[27]

Porém, para evitar eventuais contestações jurídicas sobre a impossibilidade de edição de lei complementar regulamentando todo o sistema financeiro nacional, sem conceder aplicabilidade imediata ao § 3º do art. 192, foi promulgada a EC nº 40/03, que *não só revogou o citado § 3º*, mas também passou a permitir – *expressamente* – a edição de várias leis complementares para as diversas matérias englobadas pelo sistema financeiro nacional.

[1] MOREIRA, Vital. *Economia e constituição.* Coimbra: Coimbra, 1974. p. 34.

[2] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, nº 19, p. 11.

[3] BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil,* v. 7.

[4] HORTA, Raul Machado. *A Constituição brasileira de 1988 – Interpretações.*

[5] HORTA, Raul Machado. *Estudos de...* Op. cit. p. 296.

[6] Redação dada pela EC nº 42, promulgada em 19 de dezembro de 2003 e publicada no *DOU* de 31-12-2003.

[7] Com redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995.

[8] Antiga redação do art. 171 (Revogado): "São consideradas: I – empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País; II – empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades. § 1º A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional: I – conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País; II – estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisito: a) a exigência de que o controle referido no inciso II do *caput* se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia; b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno. § 2º Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional".

[9] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional econômico.* São Paulo: Saraiva, 1990. p. 10. FERREIRA, Pinto. *Comentários à constituição brasileira.* São Paulo: Saraiva, 1994. v. 6, p. 307.

[10] REALE JÚNIOR, Miguel. *Casos de direito constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 8. Nesse sentido: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional econômico.* São Paulo: Saraiva, 1990. p. 9. Conferir, ainda: STF – Pleno – AI nº 244.578/RS – Rel. Min. Celso de Mello. *Informativo STF* nº 154; *RTJ* 163/795.

[11] Conferir histórico feito por Ives Gandra sobre as contribuições (*Comentários...* Op. cit. 6 v. t. 1, p. 127 ss). Pinto Ferreira, igualmente, enumera extensa doutrina nacional e estrangeira nesse sentido (*Comentários...* Op. cit. p. 308309). Na jurisprudência: STF – Pleno – Rextr. nº 138.284/UF – Rel. Min. Carlos Velloso, decisão: 1º-7-1992 – trecho do voto do ministro-relator in *RDA* 190/82.

[12] Cf. CASTILHO, José Roberto Fernandes. Imposições constitucionais da utilização do solo urbano. *Revista PGE/SP*, p. 259, jun. 1994.

[13] STF – Pleno – RE 422349 – Tema 815, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 29-4-2015.

[14] STF – Pleno – RE 305416, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 31-8-2020.

[15] RE 145.004-MT, Rel. Min. Octavio Gallotti, 21-5-96 – *Informativo STF*, nº 32, 29 maio 1996; STF – AI nº 154069-9/MG, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 23 jun. 1997, p. 28.957. Cf., ainda: BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. *Usucapião constitucional urbano e rural.* São Paulo: Atlas, 1998. p. 175 ss.

[16] Em relação à necessária compatibilização entre a regularização fundiária, a proteção ao meio ambiente e o respeito aos direitos dos grupos identitários de remanescentes de quilombos e comunidades tradicionais, conferir: STF – Pleno – ADI 4269/DF – Rel. Min. Edson Fachin – julgamento: 18-10-2017.

[17] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo...* Op. cit. p. 494.

[18] MELLO FILHO, José Celso. *Constituição...* Op. cit. p. 36-37.

[19] Conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “Reforma Agrária. Movimento Sem-Terra. Movimento popular visando a implantar a reforma agrária não caracteriza crime contra o patrimônio. Configura direito coletivo, expressão da cidadania, visando a implantar programa constante da Constituição da República. A pressão popular é própria do Estado de Direito Democrático” (HC nº 5.574/SP – 6ª T. – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 8-4-97).

[20] STF – Pleno – MS nº 22364/SP – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39.206. No mesmo sentido: STF – MS 22164-SP (*DJ*, de 17-11-95): MS 22165-MG (*DJ*, de 7-12- 95). MS 22.320-SP, Rel. Min. Moreira Alves, 11-11-96 – cf. *Informativo STF* nº 53.

[21] STF – Pleno – MS 26192/PB – Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão: 11-5-2011; STF – Pleno – MS 26531, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão Min. Edson Fachin, j. 13-10-2020.

[22] STF – Pleno – MS nº 21348/MS – Rel. Celso de Mello*, Diário da Justiça*, Seção I, 8 out. 1993, p. 21.012.

[23] Em relação às pequenas e médias propriedades, importante destacar que o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, concedeu mandado de segurança impetrado contra decreto presidencial que declarou de interesse social para fins de reforma agrária imóvel rural que houvera se transformado em média propriedade somente após sua vistoria para fins expropriatórios. O STF considerou lícita a argumentação de tratar-se de média propriedade e, portanto, insuscetível de reforma agrária. Note-se que nesse julgado, a maioria do Tribunal (vencidos os Ministros Nelson Jobim, Ilmar Galvão, Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Néri Silveira) entendeu ser direito do proprietário do imóvel repartir sua propriedade, mesmo após a vistoria do imóvel para fins de reforma agrária, devendo eventual divisão fraudulenta ser examinada em ação própria e jamais em sede de mandado de segurança (*Informativo STF* nº 80 – MS nº 22.591 – Rel. Min. Moreira Alves, 20-8-97; tendo sido citados os seguintes precedentes: MS nº 21.010 e MS nº 22.645).

[24] Conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, em relação à produtividade: “Produtividade – Reforma agrária. Decorrendo das peças dos autos obstáculo criado pelo Poder Público à exploração do imóvel, como é a tentativa de desapropriação rechaçada no âmbito do Judiciário, impõe-se a declaração de insubsistência do decreto desapropriatório” (STF – Pleno – MS nº 22.859-8/MG – Rel. Min. Marco Aurélio – *Diário da Justiça*, Seção 1, 30 mar. 2001, p. 81).

[25] O STF declarou constitucional a LC nº 179/2021, que define os objetivos do Banco Central e dispõe sobre sua autonomia e sobre a nomeação e a exoneração de seu presidente e de seus diretores (STF – Pleno – ADI 6696/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Red. p/Acórdão Min. Roberto Barroso, julgamento em 26-8-2021).

[26] STF – Pleno – MI nº 372-6 – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 23 set. 1994, p. 25.325; STF – MI nº 362-9/RJ – Rel. Min. Francisco Rezek, *Diário da Justiça,* Seção I, 3 maio 1996, p. 13.897. Conferir Súmula STF 648: “A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela EC 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar”.

[27] O Supremo Tribunal Federal havia pacificado tratar-se de norma constitucional de eficácia limitada, dependendo, para sua aplicabilidade, de edição de lei complementar (STF – Pleno – MI nº 372-6 – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 23 set. 1994, p. 25.325; STF – MI nº 362-9/RJ – Rel. Min. Francisco Rezek, *Diário da Justiça,* Seção I, 3 maio 1996, p. 13.897).



Ordem Social 15

A base constitucional da Ordem Social é o primado do trabalho, e o objetivo o bem-estar e a justiça sociais, devendo o Estado, por mandamento constitucional, exercer a função de planejamento das políticas sociais, assegurada, na forma da lei, a participação da sociedade nos processos de formulação, de monitoramento, de controle e de avaliação dessas políticas.[1]

A Constituição Federal disciplinou no Título VIII a Ordem Social, dividindo-a em oito capítulos: disposição geral (CF, art. 193); seguridade social (CF, arts. 194 a 204); educação, cultura e desporto (CF, arts. 205 a 217); ciência, tecnologia e inovação (CF, arts. 218 a 219-B); comunicação social (CF, arts. 220 a 224); meio ambiente (CF, art. 225); família, criança, adolescente, jovem e idoso (CF, arts. 226 a 230); índios (CF, arts. 231 e 232).

1 SEGURIDADE SOCIAL

A seguridade social foi constitucionalmente subdividida em normas sobre a saúde, previdência social e assistência social, regendo-se pelos princípios da universalidade da cobertura e do atendimento, da igualdade ou equivalência dos benefícios, da unidade de organização pelo Poder Público e pela solidariedade financeira, uma vez que é financiada por toda a sociedade.

1.1 Parte geral

1.1.1 Conceito

A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à *saúde*, à *previdência* e à *assistência social*. Determinou a Constituição que a seguridade será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:[2]

- *do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados – a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício –, a receita ou o faturamento; o lucro;*
- do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, podendo ser adotadas alíquotas progressivas de acordo com o valor do salário de contribuição, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo Regime Geral de Previdência Social. A EC nº 103/19 manteve a inadmissibilidade de incidência de contribuição sobre proventos de inatividade e pensões estabelecida pela EC nº 20/98;[3]
- *sobre a receita de concursos de prognósticos*;
- do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

O art. 195 e incisos da Constituição Federal, ao disporem sobre o custeio da seguridade social, não preveem contribuição a cargo dos aposentados e pensionistas concedidas pelo Regime Geral de Previdência

Social, sendo vedado aos Estados-membros ou Municípios editarem disciplina em contrário, seja nas Constituições Estaduais, seja nas respectivas Leis Orgânicas Municipais.[4]

A seguridade social será financiada por toda a sociedade, direta ou indiretamente, nos termos da lei, seja pelos recursos orçamentários, seja pela instituição de contribuições sociais arcadas pelo empregador/empresa, seja pelo trabalhador e demais segurados da previdência social, excluída a possibilidade de fixação de contribuição sobre aposentadoria e pensões, seja sobre a receita de concursos de prognósticos, ou, ainda, arcadas pelo importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

Nos termos da EC nº 47/05, essas contribuições sociais arcadas pelo importador de bens ou serviços do exterior poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão de obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho.

A EC nº 103/19 autorizou que as contribuições sociais *do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei* poderão ter alíquotas diferenciadas em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão de obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho, sendo também autorizada a adoção de bases de cálculo diferenciadas no caso de incidência sobre receita, faturamento ou lucro.

Em relação às contribuições sociais arcadas pelo trabalhador e pelos demais segurados da previdência social, a EC nº 103/19 permitiu a adoção de alíquotas progressivas de acordo com o valor do salário de contribuição.

1.1.2 Objetivos

A Constituição Federal determina competir ao Poder Público a organização, nos termos da lei, da seguridade social, com a observância

obrigatória dos seguintes *objetivos*:

- universalidade da cobertura e do atendimento;
- uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- irredutibilidade do valor dos benefícios;
- equidade na forma de participação no custeio;
- diversidade da base de financiamento, identificando-se, em rubricas contábeis específicas para cada área, as receitas e as despesas vinculadas a ações de saúde, previdência e assistência social, preservado o caráter contributivo da previdência social;[5]
- caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, mediante a gestão quadripartite, com a participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.[6]

1.2 Saúde

1.2.1 Conceito

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário a ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (CF, art. 196), sendo de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por meio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (CF, art. 197).[7]

1.2.2 Diretrizes e preceitos constitucionais relacionados à saúde

O art. 198 da Constituição Federal estabelece que as ações e os serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes e preceitos:

- descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- participação da comunidade;
- financiamento do Sistema Único de Saúde nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. A Emenda Constitucional nº 20/98 estabeleceu que a lei definirá os critérios de transferência de recursos para o sistema único de saúde e ações de assistência social da União para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e dos Estados para os Municípios, observada a respectiva contrapartida de recursos (CF, art. 195, § 10);
- liberdade na assistência à saúde para a iniciativa privada;
- possibilidade de as instituições privadas participarem de forma complementar do Sistema Único de Saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos;
- vedação à destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos;
- vedação à participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no país, salvo nos casos previstos em lei.

A Emenda Constitucional nº 124, de 14 de julho de 2022, estabeleceu que Lei federal instituirá pisos salariais profissionais nacionais para o enfermeiro, o técnico de enfermagem, o auxiliar de enfermagem e a parteira, a serem observados por pessoas jurídicas de direito público e de direito privado. Determinou, ainda, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, até o final do exercício financeiro em que for publicada a referida lei, adequarão a remuneração dos cargos ou dos respectivos planos de carreiras, quando houver, de modo a atender aos pisos estabelecidos para cada categoria profissional.

Em complementação à previsão da EC 124/22, nos termos da Emenda Constitucional nº 127, de 22 de dezembro de 2022, compete à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios e às entidades filantrópicas, bem como aos prestadores de serviços contratualizados que atendam, no mínimo, 60% (sessenta por cento) de seus pacientes pelo sistema único de saúde, para o cumprimento dos referidos pisos salariais profissionais nacionais.

A EC 127/22 estabeleceu, ainda, que os recursos federais destinados aos pagamentos da assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios e às entidades filantrópicas, bem como aos prestadores de serviços contratualizados que atendam, no mínimo, 60% (sessenta por cento) de seus pacientes pelo Sistema Único de Saúde, para o cumprimento dos referidos pisos salariais serão consignados no orçamento geral da União com dotação própria e exclusiva.

1.2.3 Atribuições constitucionais do Sistema Único de Saúde

Ao Sistema Único de Saúde, além de outras atribuições, nos termos da lei, compete:

- controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
- executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
- ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
- participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
- incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;
- fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
- participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
- colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Em relação à atribuição constitucional do Sistema Único de Saúde no fornecimento de medicamentos, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em sede de repercussão geral, que:

- Tema 500: “1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em

apreciar o pedido de registro (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União".[8]

- Tema 1161: "Cabe ao Estado fornecer, em termos excepcionais, medicamento que, embora não possua registro na ANVISA, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária, desde que comprovada a incapacidade econômica do paciente, a imprescindibilidade clínica do tratamento, e a impossibilidade de substituição por outro similar constante das listas oficiais de dispensação de medicamentos e os protocolos de intervenção terapêutica do SUS".[9]

1.2.4 Promoção da saúde pública e combate a endemias

No duplo intuito de garantir maior eficiência na saúde pública e no combate às endemias e na fiscalização na contratação de pessoal, inicialmente a EC nº 51/06 e, posteriormente, a EC nº 63, de 4 de fevereiro de 2010, estabeleceram a possibilidade de admissão de agentes comunitários de saúde e agentes de combate a endemias com regime jurídico específico e piso salarial profissional nacional a serem estabelecidos por lei federal, que, ainda, disporá sobre as diretrizes para os planos de carreira e a regulamentação de suas atividades, bem como a estipulação do processo seletivo, de acordo com a natureza e complexidade

de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação. A EC nº 63/10 estipula, ainda, que compete à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial.

A EC nº 51/06 previu regra de transição em relação à contratação de profissionais exercentes de atividades de agente comunitário.

Nos termos do art. 2º, da EC nº 51, de 14-2-2006, "após a promulgação da presente Emenda Constitucional, os agentes comunitários de saúde e os agentes de combate às endemias somente poderão ser contratados diretamente pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios na forma do § 4º do art. 198 da Constituição Federal, observado o limite de gasto estabelecido na Lei Complementar de que trata o art. 169 da Constituição Federal. Os profissionais que, na data de promulgação desta Emenda e a qualquer título, desempenharem as atividades de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias, na forma da lei, ficam dispensados de se submeter ao processo seletivo público a que se refere o § 4º do art. 198 da Constituição Federal, desde que tenham sido contratados a partir de anterior processo de Seleção Pública efetuado por órgãos ou entes da administração direta ou indireta de Estado, Distrito Federal ou Município ou por outras instituições com a efetiva supervisão e autorização da administração direta dos entes da federação".

Nos termos da Emenda Constitucional nº 120, de 5 de maio de 2022, o vencimento dos agentes comunitários de saúde e dos agentes de combate às endemias fica sob responsabilidade da União, e cabe aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer, além de outros consectários e vantagens, incentivos, auxílios, gratificações e indenizações, a fim de valorizar o trabalho desses profissionais. A citada emenda estabeleceu, ainda, que os recursos destinados ao pagamento do vencimento dos agentes comunitários de saúde e dos agentes de combate às endemias serão consignados no orçamento geral da União com dotação própria e exclusiva.

Importante destacar que o vencimento dos agentes comunitários de saúde e dos agentes de combate às endemias não será inferior a 2 (dois) salários mínimos, repassados pela União aos Municípios, aos Estados e ao Distrito Federal; bem como que os agentes comunitários de saúde e os agentes de combate às endemias terão também, em razão dos riscos inerentes às funções desempenhadas, aposentadoria especial e, somado aos seus vencimentos, adicional de insalubridade.

Por fim, nos termos da EC nº 120/22, os recursos financeiros repassados pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para pagamento do vencimento ou de qualquer outra vantagem dos agentes comunitários de saúde e dos agentes de combate às endemias não serão objeto de inclusão no cálculo para fins do limite de despesa com pessoal.

1.2.5 Promoção da saúde pública e combate a pandemias[10]

Em momentos de acentuada crise, o fortalecimento da União e a ampliação de cooperação entre os três Poderes, no âmbito de todos os entes federativos, são instrumentos essenciais e imprescindíveis a serem utilizados pelas diversas lideranças em defesa do interesse público.[11]

A gravidade da emergência causada por pandemias, como a do coronavírus (Covid-19), exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o apoio e a manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde, sempre com o absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio institucional e à manutenção da harmonia e da independência entre os Poderes, que devem ser cada vez mais valorizados, evitando-se o exacerbamento de quaisquer personalismos prejudiciais à condução das políticas públicas essenciais ao seu efetivo combate.

Em relação à saúde e à assistência pública, a Constituição Federal consagra a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23, II e IX, da CF), bem como prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, da CF), permitindo aos Municípios "suplementar a legislação federal e a estadual no que couber", desde que haja interesse local (art. 30, II, da CF); e prescrevendo ainda a descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde (art. 198, CF, e art. 7º da Lei nº 8.080/1990), com a consequente descentralização da execução de serviços, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei nº 8.080/1990).

O Poder Executivo federal exerce o papel de ente central no planejamento e na coordenação das ações governamentais em prol da saúde pública, mas nem por isso é possível o afastamento unilateral das decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotem medidas sanitárias previstas na Lei nº 13.979/2020 no âmbito de seus respectivos territórios, como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, como demonstram a recomendação da OMS (Organização Mundial de Saúde) e vários estudos técnicos científicos, por exemplo, os estudos realizados pelo Imperial College of London, a partir de modelos matemáticos,[12] sem prejuízo do exame da validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal editado nesse contexto pela autoridade jurisdicional competente.

Nesse sentido, entendeu o STF ser competência da União a prestação de "suporte técnico e apoio financeiro para a expansão da rede de UTI's nos

estados durante o período de emergência sanitária";[13] bem como a realização das providências indispensáveis para assegurar a vida, a saúde e a segurança de povos indígenas vítimas de ilícitos e problemas de saúde decorrentes da presença de invasores de suas terras, em situação agravada pelo curso da pandemia ocasionada pelo novo coronavírus (Covid-19)[14] e a elaboração e execução de plano nacional para o enfrentamento da pandemia COVID-19 nas comunidades quilombolas.[15] Por outro lado, "a decisão de promover a imunização contra a Covid-19 em adolescentes acima de 12 anos, observadas as evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, insere-se na competência dos estados, do Distrito Federal e dos municípios".[16]

O Supremo Tribunal Federal também decidiu que "a competência do Ministério da Saúde para coordenar o Programa Nacional de Imunizações e definir as vacinas integrantes do calendário nacional de imunização não exclui a dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para estabelecer medidas profiláticas e terapêuticas destinadas a enfrentar a pandemia decorrente do novo coronavírus, em âmbito regional ou local, no exercício do poder-dever de cuidar da saúde e assistência pública que lhes é cometido pelo art. 23, II, da Constituição Federal".[17]

Além disso, declarou constitucional a obrigatoriedade da vacinação afirmando que "a vacinação em massa da população constitui medida adotada pelas autoridades de saúde pública, com caráter preventivo, apta a reduzir a morbimortalidade de doenças infeciosas transmissíveis e a provocar imunidade de rebanho, com vistas a proteger toda a coletividade, em especial os mais vulneráveis. A obrigatoriedade da vacinação a que se refere a legislação sanitária brasileira não pode contemplar quaisquer medidas invasivas, aflitivas ou coativas, em decorrência direta do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano, afigurando-se flagrantemente inconstitucional toda determinação legal, regulamentar ou administrativa no sentido de implementar a vacinação sem o expresso

consentimento informado das pessoas. A previsão de vacinação obrigatória, excluída a imposição de vacinação forçada, afigura-se legítima, desde que as medidas às quais se sujeitam os refratários observem os critérios constantes da própria Lei 13.979/20, especificamente nos incisos I, II, e III do § 2º do art. 3º, a saber, o direito à informação, à assistência familiar, ao tratamento gratuito e, ainda, ao pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma a não ameaçar a integridade física e moral dos recalcitrantes", para concluir:

(A) a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e
    (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes;
    (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes;
    (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas;
    (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade; e
    (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e

(B) tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência.

1.3 Previdência social

1.3.1 Plano de previdência social

O art. 201 da Constituição Federal, com a redação dada pelas Emendas Constitucionais nºs 20, de 15 de dezembro de 1998, 47, de 5 de julho de 2005, e 103, de 12 de novembro de 2019, estabelece que a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.[18] Prevê, ainda, que a previdência social atenderá, nos termos da lei, aos seguintes preceitos:

- cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada;
- proteção à maternidade, especialmente à gestante;
- proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
- salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;
- pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.

A EC 103/19 alterou a redação do § 1º do artigo 201 do texto constitucional, estabelecendo ser vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios, ressalvada, nos termos de lei complementar, a possibilidade de previsão de idade e tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão de aposentadoria exclusivamente em favor dos segurados com deficiência,[19] previamente submetidos à avaliação biopsicossocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar; ou, cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação.

A Constituição Federal ainda garante que todos os salários de contribuição considerados para o cálculo do benefício serão devidamente atualizados, na forma da lei, e assegura o reajustamento dos benefícios, no intuito de preservar-lhe, em caráter permanente, o valor real.

Veda-se, por fim, a filiação ao regime geral de previdência social, na qualidade de segurado facultativo, de pessoa participante de regime próprio de previdência.

A EC nº 20/98 manteve as previsões de que nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo (art. 201, § 2º)[20] e de que a gratificação natalina dos aposentados e pensionistas terá por base o valor dos proventos do mês de dezembro de cada ano (art. 201, § 6º).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já havia pacificado a autoaplicabilidade dessas normas, entendendo que a garantia jurídico-previdenciária prevista nessas normas

> "deriva de norma provida de eficácia plena e revestida de aplicabilidade direta e imediata. Esse preceito da Lei Fundamental qualifica-se como estrutura jurídica dotada de suficiente densidade normativa, a tornar prescindível qualquer mediação legislativa concretizadora do comando nele positivado. Essa norma constitucional – por não reclamar a *interpositio legislatoris* – opera, em plenitude, no plano jurídico, todas as suas virtualidades eficaciais, revelando-se aplicável, em consequência, desde a data da promulgação da Constituição Federal de 1988. A exigência inscrita no art. 195, § 5º, da Carta Política traduz comando que tem, por destinatário exclusivo, o próprio legislador ordinário, no que se refere à criação, majoração ou extensão de outros benefícios ou serviços da seguridade social".[21]

A EC nº 103/19 ampliou a abrangência do sistema especial de inclusão previdenciária trazido pela EC nº 47/05, estabelecendo que a lei instituirá sistema especial de inclusão previdenciária, com alíquotas diferenciadas, para atender aos trabalhadores de baixa renda, inclusive os que se encontram em situação de informalidade, e àqueles sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a famílias de baixa renda, estabelecendo a aposentadoria no valor de 1 (um) salário mínimo. Trata-se de proteção mínima ao trabalhador em condições de informalidade e da consagração constitucional de direito social específico à "dona de casa de baixa renda", que se dedica ao trabalho doméstico e à estruturação familiar, com a possibilidade do estabelecimento legal de alíquotas e carências inferiores às vigentes para os demais segurados do regime geral de previdência social.

1.3.2 Regras sobre aposentadoria

A Constituição Federal prevê em seu art. 201, § 7º, que será assegurada, nos termos da lei,[22] a aposentadoria no regime geral de previdência social, desde que obedecidas as seguintes condições não cumulativas:[23]

- 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, observado tempo mínimo de contribuição;
- 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, para os trabalhadores rurais e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.

No caso de professor, o requisito de idade será reduzido em 5 (cinco) anos, para o professor que comprove tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio fixado em lei complementar.

A EC nº 103/19 estabeleceu que, para fins de aposentadoria, será assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição entre o Regime Geral de Previdência Social e os regimes próprios de previdência social, e destes entre si, observada a compensação financeira, de acordo com os critérios estabelecidos em lei.

O tempo de serviço militar exercido nas atividades das Forças Armadas, dos militares dos Estados e do serviço obrigatório e o tempo de contribuição ao Regime Geral de Previdência Social ou a regime próprio de previdência social terão contagem recíproca para fins de inativação militar ou aposentadoria, e a compensação financeira será devida entre as receitas de contribuição referentes aos militares e as receitas de contribuição aos demais regimes.

Ressalte-se, ainda, que o segurado somente terá reconhecida como tempo de contribuição ao Regime Geral de Previdência Social a competência cuja contribuição seja igual ou superior à contribuição mínima mensal exigida para sua categoria, assegurado o agrupamento de contribuições.

A EC nº 103/19, também estabeleceu a vedação de contagem de tempo de contribuição fictício para efeito de concessão dos benefícios previdenciários e de contagem recíproca e previu a edição de lei complementar para estabelecer vedações, regras e condições para a acumulação de benefícios previdenciários.

A Emenda Constitucional nº 41/03 estabeleceu novo limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social, fixando-o em R$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais),[24] e previu a obrigatoriedade de seu reajuste, a partir da data de sua publicação, para preservar, em

caráter permanente, seu valor real, atualizando-o pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.

Esse limite máximo para os valores dos benefícios do regime geral de previdência social, anteriormente fixado pela EC nº 20/98, porém, conforme entendimento unânime do Supremo Tribunal Federal, "não se aplica à licença maternidade a que se refere o art. 7º, XVIII, da CF, respondendo a Previdência Social pela integridade do pagamento da referida licença", pois, "tendo em vista que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (CF, art. 60, § 4º, IV)", o Tribunal afastou "a exegese segundo a qual a norma impugnada imputaria o custeio da licença-maternidade ao empregador, concernente à diferença dos salários acima de R$ 1.200,00, porquanto esta propiciaria a discriminação por motivo de sexo, ofendendo o art. 7º, XXX, que é um desdobramento do princípio da igualdade entre homens e mulheres (CF, art. 5º, I). Levou-se em consideração também que, entre os objetivos fundamentais da República do Brasil, está o de promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, IV)".[25]

1.3.3 Regra de transição de aposentadoria voluntária ao segurado filiado ao Regime Geral da Previdência após a entrada em vigor da EC nº 103/19 ("filiados pós-EC nº 103/19")

O *caput* do artigo 19 da EC nº 103/19 estabelece os requisitos temporários para a aposentadoria do segurado de que trata o inciso I do § 7º do artigo 201 da Constituição Federal cuja filiação ao Regime Geral de Previdência Social tenha sido após a entrada em vigor da Emenda

Constitucional. Nessa hipótese, até que a lei disponha sobre o tempo de contribuição, o segurado será aposentado aos:

- 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem;
- 15 (quinze) anos de tempo de contribuição, se mulher, e 20(vinte) anos de tempo de contribuição, se homem.

O § 1º do referido artigo 19 prevê, ainda, uma regra de transição de aposentadoria voluntária aos segurados filiados ao regime geral de previdência pós EC 103/19 e que exerçam a atividade de (a) *professor* ou (b) *que comprove o exercício de atividades com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes*.

Enquanto a necessária lei complementar não estabelecer a redução de idade mínima ou tempo de contribuição exigidos pelo texto constitucional para essas hipóteses, a aposentadoria será concedida aos:

(a) *professores* que comprove 25 (vinte e cinco) anos de contribuição exclusivamente em efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio e tenha 57 (cinquenta e sete) anos de idade, se mulher, e 60 (sessenta) anos de idade, se homem.

(b) *segurados que comprovem o exercício de atividades com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes*, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, durante, no mínimo, 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, nos termos do disposto nos artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213/91, da seguinte maneira:

- 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 15 (quinze) anos de contribuição;
- 58 (cinquenta e oito) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 20 (vinte) anos de contribuição; ou
- 60 (sessenta) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 25 (vinte e cinco) anos de contribuição.

O valor das aposentadorias será apurado na forma da lei. Nos termos da EC nº 103/19, até que a lei discipline o cálculo dos benefícios do regime próprio de previdência social da União e do Regime Geral de Previdência Social, será utilizada a média aritmética prevista em seu artigo 26.

1.3.4 Primeira regra de transição de aposentadoria voluntária ao segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social até a data da promulgação da EC nº 103/19 ("filiados pré-EC nº 103/19") – Critérios de tempo de contribuição e somatório da idade e do tempo de contribuição

A EC nº 103/19, em seu artigo 15, estabeleceu regra de transição ao segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social até a data de sua entrada, com base nos critérios de tempo de contribuição e somatório da idade e do tempo de contribuição, assegurando o direito à aposentadoria quando forem preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

- *tempo de contribuição*: 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem; e

- *somatório da idade e do tempo de contribuição*, incluídas as frações, equivalente a 86 (oitenta e seis) pontos, se mulher, e 96 (noventa e seis) pontos, se homem, observado o disposto nos §§ 1º e 2º.

A regra de transição prevê a ampliação gradual dos requisitos, estabelecendo que, a partir de 1º de janeiro de 2020, a pontuação a que se refere a regra inicial – 86 (oitenta e seis) pontos, se mulher, e 96 (noventa e seis) pontos, se homem – será acrescida a cada ano de 1 (um) ponto, até atingir o limite de 100 (cem) pontos, se mulher, e de 105 (cento e cinco) pontos, se homem.

A regra de transição é diferenciada para os professores, prevendo que, desde que comprovem, exclusivamente, 25 (vinte e cinco) anos de contribuição, se mulher, e 30 (trinta) anos de contribuição, se homem, em efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, o somatório da idade e do tempo de contribuição, incluídas as frações, será equivalente a 81 (oitenta e um) pontos, se mulher, e 91 (noventa e um) pontos, se homem, aos quais serão acrescidos, a partir de 1º de janeiro de 2020, 1 (um) ponto a cada ano para o homem e para a mulher, até atingir o limite de 92 (noventa e dois) pontos, se mulher, e 100 (cem) pontos, se homem.

A idade e o tempo de contribuição serão apurados em dias para o cálculo do somatório de pontos necessários para aposentadoria, cujo valor será apurado na forma da lei.[26]

1.3.5 Segunda regra de transição de aposentadoria voluntária ao segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social até a data da promulgação da EC nº 103/19 ("filiados pré-EC nº 103/19") – Critérios do tempo de contribuição e idade

Em seu art. 16, a EC nº 103/19 previu uma segunda regra de transição ao segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, com base nos critérios de tempo de contribuição e idade, assegurando o direito à aposentadoria quando preencher, cumulativamente, os seguintes requisitos:

- *tempo de contribuição:* 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem; e
- *idade:* de 56 (cinquenta e seis) anos, se mulher, e 61 (sessenta e um) anos, se homem.

Essa segunda regra de transição também prevê a ampliação gradual dos requisitos, estabelecendo que, a partir de 1º de janeiro de 2020, a idade a que se refere o inciso II do *caput* será acrescida de 6 (seis) meses a cada ano, até atingir 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, e 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem.

A segunda regra de transição, igualmente, é diferenciada para os professores, prevendo que, desde que comprovem, exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, o tempo de contribuição e a idade de que tratam os incisos I e II do *caput* deste artigo serão reduzidos em 5 (cinco) anos, sendo, a partir de 1º de janeiro de 2020, acrescidos 6 (seis) meses, a

cada ano, às idades previstas no inciso II do *caput*, até atingirem 57 (cinquenta e sete) anos, se mulher, e 60 (sessenta) anos, se homem.

O valor da aposentadoria concedida por essa norma de transição será apurado na forma da lei.[27]

1.3.6 Terceira regra de transição de aposentadoria voluntária ao segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social até a data da promulgação da EC nº 103/19 ("filiados pré-EC nº 103/19") – Critérios do tempo de contribuição existente até a entrada em vigor da EC nº 103/19, tempo total de contribuição e período adicional ("pedágio")

Em seu art. 17, a EC nº 103/19 previu uma terceira regra de transição ao segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, com base nos critérios de tempo de contribuição existente até a entrada em vigor da EC nº 103/19, tempo total de contribuição e período adicional ("pedágio"), assegurado o direito à aposentadoria quando preencher, cumulativamente, os seguintes requisitos:

- *tempo de contribuição existente até a entrada em vigor da emenda:* 28 (vinte e oito) anos de contribuição, se mulher, e 33 (trinta e três) anos de contribuição, se homem, *até a data de entrada em vigor da EC nº 103/19;*
- *tempo total de contribuição:* 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem, no computo geral;

- *Período adicional ("pedágio"):* Cumprimento de período adicional correspondente a 50% (cinquenta por cento) do tempo que, na data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, faltaria para atingir 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem ("pedágio").

Nessa hipótese, o benefício de aposentadoria terá seu valor apurado de acordo com a média aritmética simples dos salários de contribuição e das remunerações calculada na forma da lei, multiplicada pelo fator previdenciário, calculado na forma do disposto na Lei nº 8.213/91 (§§ 7º a 9º do artigo 29 da Lei 8.213/91).

1.3.7 Regra de transição de aposentadoria voluntária ao segurado de que trata o inciso I do § 7º do artigo 201 da Constituição Federal ("filiados pré-EC nº 103/19")

Nos termos do artigo 18 da EC nº 103/19, o segurado de que trata o inciso I do § 7º do artigo 201 da Constituição Federal filiado ao Regime Geral de Previdência Social até a data de sua entrada poderá aposentar-se quando preencher, cumulativamente, os seguintes requisitos:

- 60 (sessenta) anos de idade, se mulher, e 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem. A partir de 1º de janeiro de 2020, a idade de 60 (sessenta) anos da mulher, será acrescida em 6 (seis) meses a cada ano, até atingir 62 (sessenta e dois) anos de idade;
- 15 (quinze) anos de contribuição, para ambos os sexos.

1.3.8 Regra de transição para aposentadoria voluntária para o segurado ou o servidor público federal que tenha se filiado ao Regime Geral de Previdência Social até a data de entrada em vigor da EC nº 103/19

O artigo 20 da EC nº 103/19 estabeleceu uma regra alternativa de aposentadoria voluntária para o segurado ou o servidor público federal que tenha se filiado ao Regime Geral de Previdência Social até a data de sua entrada em vigor desta Emenda Constitucional exigindo cumulativamente, os seguintes requisitos:

(a) 57 (cinquenta e sete) anos de idade, se mulher, e 60 (sessenta) anos de idade, se homem;
(b) 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem;
(c) para os servidores públicos, 20 (vinte) anos de efetivo exercício no serviço público e 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que se der a aposentadoria;
(d) período adicional de contribuição correspondente ao tempo que, na data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, faltaria para atingir o tempo mínimo de contribuição referido no item II acima.

Estabeleceu, ainda, que para o professor que comprovar exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio serão reduzidos, para ambos os sexos, os requisitos de idade e de tempo de contribuição em 5 (cinco) anos.

O valor da aposentadoria concedida com base nessa hipótese será fixado na forma da lei,[28] salvo quando o artigo 20 for aplicado aos

servidores públicos (conferir item 15.3, Capítulo 9).

1.3.9 Regime de previdência privada de caráter complementar

A Emenda Constitucional nº 20/98 inovou em termos constitucionais, trazendo a previsão do regime de previdência privada que será baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado.

O regime de previdência privada apresenta algumas características constitucionais:

- *caráter complementar*;
- *organização autônoma em relação ao regime geral de previdência social*; *independência financeira em relação ao Poder Público*: a Constituição Federal veda o aporte de recursos à entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas. Excepcionalmente, somente possibilita, nos termos de lei complementar, que qualquer dos entes federativos, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, patrocinem planos de benefícios previdenciários, e as entidades de previdência complementar. A lei complementar, igualmente, deverá estabelecer os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência complementar instituídas pelos patrocinadores e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação.[29] Por fim, a referida lei complementar será aplicável, no que couber, às empresas privadas permissionárias ou concessionárias de

prestação de serviços públicos, quando patrocinadoras de planos de benefícios em entidades de previdência complementar.

- *facultatividade*;
- *regulamentação por lei complementar*;
- *publicidade de gestão*: a lei complementar que regulamentará o regime de previdência privada assegurará aos participantes de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos.

Nos termos do art. 202, § 2º, com a redação dada pela EC nº 20/98, as contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei.

1.3.10 Pensão por morte concedida a dependente de segurado

A pensão por morte concedida a dependente de segurado do Regime Geral de Previdência Social será equivalente a uma cota familiar de 50% (cinquenta por cento) do valor da aposentadoria recebida pelo segurado ou servidor ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito, acrescida de cotas de 10 (dez) pontos percentuais por dependente, até o máximo de 100% (cem por cento).

O artigo 23 da EC nº 103/19 disciplinou da mesma maneira a pensão por morte do servidor público e do dependente de segurado do Regime Geral de Previdência Social. Conferir item 15.6 do Capítulo 9.

1.4 Assistência social

A assistência social será prestada a quem dela necessitar, inclusive aos estrangeiros residentes no País,[30] independentemente de contribuição, pois não apresenta natureza de seguro social, sendo realizada com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizada com base na descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social; e na participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Apresenta os seguintes objetivos constitucionais:

- a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
- o amparo a crianças e adolescentes carentes;
- a promoção da integração ao mercado de trabalho;
- a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
- a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei;
- a redução da vulnerabilidade socioeconômica de famílias em situação de pobreza ou de extrema pobreza.[31]

Para essa finalidade, a EC nº 42/03 facultou aos Estados e ao Distrito Federal vincular a programa de apoio à inclusão e promoção social até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de despesas com pessoal e encargos sociais;

serviço da dívida; qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.[32]

2 EDUCAÇÃO, CULTURA E DESPORTO

2.1 Educação

2.1.1 Conceito

A Constituição Federal proclama que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Assim como previsto na constituição anterior,[33] é competência privativa da União legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (CF, art. 22, XXIV),[34] sendo, porém, competência concorrente as demais matérias sobre educação (CF, art. 24, IX, e § 3º).[35]

Dessa forma, conforme salientou o Supremo Tribunal Federal, "os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, sejam os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser desenvolvidos pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização".[36] Com relação à educação domiciliar, o STF entendeu não existir vedação absoluta a essa modalidade, sendo possível, porém, o "homeschooling" na espécie ensino domiciliar utilitarista ou por conveniência circunstancial; ou seja, com regulamentação, participação e fiscalização do Estado, por meio de lei editada pelo Congresso Nacional, uma vez que o próprio texto constitucional permite e consagra a coexistência de instituições públicas e privadas como um dos princípios regentes do ensino, exigindo de ambas o absoluto respeito aos princípios, preceitos e regras aplicáveis ao ensino.[37]

O conceito de educação, conforme ensina Celso de Mello,

> "é mais compreensivo e abrangente que o da mera instrução. A educação objetiva propiciar a formação necessária ao desenvolvimento das aptidões, das potencialidades e da personalidade do educando. O processo educacional tem por meta: (a) qualificar o educando para o trabalho; e (b) prepará-lo para o exercício consciente da cidadania. O acesso à educação é uma das formas de realização concreta do ideal democrático",[38]

devendo a qualidade do ensino ser analisada a partir dos fatores internos de avaliação e dos externos, pela análise da compatibilidade com a necessidade e os padrões da comunidade.[39]

O texto constitucional, além de proclamar a universalidade do direito à educação, consagra a opção pelo ensino fundamental, que deverá ser *obrigatório* e *gratuito*, pois, conforme salientado pelo Ministro Celso de Mello, "a educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social".[40]

2.1.2 Princípios constitucionais do ensino

O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios (CF, art. 206):

- igualdade de condições para o acesso e permanência na escola. Observe-se que o princípio da igualdade admite a constitucionalidade de programa governamental concessivo de bolsa de estudos em universidades privadas para alunos de renda familiar de pequena monta, com quotas para negros, pardos, indígenas e portadores de necessidades especiais, pois, conforme salientou o Supremo Tribunal Federal, "a norma adversada erigira a educação à condição de direito social, dever do Estado e uma de suas políticas públicas prioritárias";[41]
- liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber. A *liberdade de cátedra* é um direito do professor, que poderá livremente exteriorizar seus ensinamentos aos alunos, sem qualquer ingerência administrativa, ressalvada, porém, a possibilidade da fixação do currículo escolar pelo órgão competente;[42]
- pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino. O texto constitucional proclama a liberdade de ensino à iniciativa privada, desde que observe as normas gerais de educação nacional. Conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, "os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, sejam os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser desenvolvidos pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização";[43]
- gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais. O Supremo Tribunal Federal definiu que "a cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal" (Súmula Vinculante 12); o

que, porém, “não obsta a cobrança por universidades públicas de mensalidade em cursos de especialização”;[44]

- valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos,[45] aos das redes públicas, com piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal;
- gestão democrática do ensino público, na forma da lei;[46]
- garantia de padrão de qualidade;
- a EC nº 53, de 19 de dezembro de 2006, estabeleceu que a lei disporá sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal;
- garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida.[47]

Em defesa da “liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (art. 206, II, CF) e ao pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (art. 206, III, CF)”, bem como em face da “proibição de censura em atividades culturais e liberdade de expressão”, além do “dever estatal na promoção de políticas públicas de combate à desigualdade e à discriminação de minorias”, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional Lei municipal que estabelecia proibição de conteúdo pedagógico, salientando que “ao aderir à imposição do silêncio, da censura e, de modo mais abrangente, do obscurantismo como estratégias discursivas dominantes, de modo a enfraquecer ainda mais a fronteira entre

heteronormatividade e homofobia, a Lei municipal impugnada contrariou um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, relacionado à promoção do bem de todos (art. 3º, IV, CF), e, por consequência, o princípio segundo o qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, *caput*, CF)", concluindo que o Município, "ao proibir a divulgação de material com referência a ideologia de gênero nas escolas municipais, não cumpre com o dever estatal de promover políticas de inclusão e de igualdade, contribuindo para a manutenção da discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero".[48]

2.1.3 Objetivos constitucionais da educação (art. 214 da CF)

É competência do Congresso Nacional a edição de lei que estabeleça o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a:

- erradicação do analfabetismo;
- universalização do atendimento escolar;
- melhoria da qualidade do ensino;
- formação para o trabalho;
- promoção humanística, científica e tecnológica do país;
- estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto.

2.1.4 Universidades

As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão (CF, art. 207)[49] financeira e patrimonial,[50] e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, sendo-lhes facultado, bem como às instituições de pesquisa científica e tecnológica, a admissão de professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei.[51]

Observe-se, porém, que as autonomias administrativa, financeira e patrimonial das Universidades não se confundem com as autonomias financeiras e orçamentárias próprias de órgãos de Poder.[52] Em relação à escolha e nomeação de reitores e vice-reitores das Universidades Federais pelo Presidente da República a partir de lista tríplice, o Supremo Tribunal Federal apontou tratar-se de ato complexo previsto na legislação que estabelece o exercício de discricionariedade mitigada pelo chefe do Poder Executivo.

Nossa Suprema Corte entendeu que "a autonomia científica, didática e administrativa das universidades federais, prevista no art. 207 da Constituição Federal, concretiza-se pelas deliberações colegiadas tomadas por força dos arts. 53, 54, 55 e 56 da Lei 9.394/96. A escolha de seu dirigente máximo pelo Chefe do Poder Executivo, a partir de lista tríplice, com atribuições eminentemente executivas, não prejudica ou perturba o exercício da autonomia universitária, não significando ato de fiscalização ou interferência na escolha ou execução de políticas próprias da instituição, escolhidas por decisão colegiada e participativa de seus integrantes", uma vez que "a Constituição Federal e legislação complementar preveem, para instituições essenciais ao equilíbrio democrático, como Tribunais Superiores, o Ministério Público e a Defensoria Pública, escolha de integrantes ou dirigentes máximos a partir de ato discricionário do Presidente da República, com ou sem formação de lista tríplice pelos pares. Tal previsão não afasta ou prejudica a autonomia institucional,

administrativa e jurídica de tais entes face ao Poder Executivo, pois fundado na legitimação política da escolha pelo titular eleito democraticamente". Por fim, concluiu que "sendo a escolha determinada a partir de lista tríplice, não se justifica a imposição de escolha no nome mais votado, sob pena de total inutilidade da votação e de restrição absoluta à discricionariedade mitigada concedida ao Chefe do Poder Executivo".[53]

2.1.5 Preceitos constitucionais sobre a educação

O dever do Estado com a educação será efetivado com a observância dos seguintes preceitos constitucionais (CF, arts. 208, 209, 210):

- educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;[54] com relação à idade mínima para ingresso na educação infantil e no ensino fundamental, o STF declarou a constitucionalidade da exigência de idade mínima de quatro e seis anos para ingresso, respectivamente, bem como a fixação da data-limite de 31 de março para que referidas idades estejam completas;[55]
- progressiva universalização do ensino médio gratuito;[56]
- atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;[57]
- educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade.[58] O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (Tema 548), decidiu que: "1. A educação básica em todas as suas fases – educação infantil, ensino fundamental e ensino médio – constitui direito fundamental de todas as crianças e jovens, assegurado por normas

constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata. 2. A educação infantil compreende creche (de zero a 3 anos) e a pré-escola (de 4 a 5 anos). Sua oferta pelo Poder Público pode ser exigida individualmente, como no caso examinado neste processo. 3. O Poder Público tem o dever jurídico de dar efetividade integral às normas constitucionais sobre acesso à educação básica";[59]

- acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um. Em relação à idade mínima para o ingresso na educação infantil, o STF entendeu ser "inconstitucional lei estadual que fixa critério etário para o ingresso no Ensino Fundamental diferente do estabelecido pelo legislador federal e regulamentado pelo Ministério da Educação";[60]
- oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
- atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde;[61]
- fixação de conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais;
- previsão de existência de ensino religioso, de matrícula facultativa, constituindo disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental. O ensino religioso deverá ser ministrado de acordo com a *fé religiosa do aluno*. A Constituição Federal garante aos alunos, que expressa e voluntariamente se matriculem, o pleno exercício de seu direito subjetivo ao ensino religioso como disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, ministrada

de acordo com os princípios de sua confissão religiosa e baseada nos dogmas da fé, inconfundível com outros ramos do conhecimento científico, como história, filosofia ou ciência das religiões;[62]

- obrigatoriedade de o ensino fundamental regular ser ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

Dessa forma, o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo e o não oferecimento pelo poder público, ou sua oferta insuficiente e irregular, poderá importar responsabilidade da autoridade competente (CF, art. 208, VII, §§ 1º e 2º).

A Constituição Federal, afirmando que a educação é direito de todos, não obstante prever a liberdade de ensino à iniciativa privada (CF, art. 209),[63] consagra a opção pelo ensino público.

2.1.6 Organização dos sistemas de ensino

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão ação redistributiva em relação às suas escolas na organização de seus sistemas de ensino, devendo definir formas de colaboração, de forma a assegurar a universalização, a qualidade e a equidade do ensino obrigatório.[64]

A *União* organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. O padrão mínimo de qualidade do ensino garantido pela União mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios deverá considerar as condições

adequadas de oferta e terá como referência o Custo Aluno Qualidade (CAQ), pactuado em regime de colaboração na forma disposta em lei complementar (CF, art. 23, parágrafo único).

Os *Municípios* atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

Os *Estados* e o *Distrito Federal* atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.

Observe-se, ainda, que nos termos do art. 211, § 4º, com a redação dada pela EC nº 108/22, a União passará, juntamente com os Estados, Distrito Federal e Municípios, na organização de seus sistemas de ensino, a definir formas de colaboração de modo a assegurar a universalização, a qualidade e a equidade do ensino obrigatório.

Nos termos da EC nº 53, de 19 de dezembro de 2006, a educação básica pública atenderá prioritariamente ao ensino regular.

A EC nº 108/20, também, determinou que a distribuição dos recursos e de responsabilidades entre o Distrito Federal, os Estados e os Municípios é assegurada mediante a criação, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de um Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB, de natureza contábil; que serão constituídos por 20% dos recursos previstos no art. 155, incisos I, II e III do *caput*, no art. 157, inciso II do *caput*, no art. 158, incisos II, III e IV do *caput*, e no art. 159 incisos I, *a* e *b* e II do *caput*, todos da Constituição Federal.

A distribuição dos recursos entre cada Estado e seus Municípios será realizada na forma da lei e proporcionalmente ao número de alunos das diversas etapas e modalidades da educação básica presencial, matriculados nas respectivas redes, observando-se os âmbitos de atuação prioritária estabelecidos constitucionalmente, ou seja, prioridade dos Municípios no ensino fundamental e na educação infantil e dos Estados no ensino fundamental e médio (ADCT, art. 60).

2.1.7 Aplicação obrigatória de recursos à educação

A Constituição Federal determina, com caráter de obrigatoriedade, que a União aplique, anualmente, nunca menos de 18%, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios 25%, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e no desenvolvimento do ensino, *excluindo-se a parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios. A EC nº 108, de 26 de agosto de 2020, vedou o uso desses recursos para pagamento de aposentadorias e de pensões, nos mesmos termos do entendimento do Supremo Tribunal Federal, que havia decidido no sentido de que "o cômputo de despesas com encargos previdenciários de servidores inativos ou do déficit de seu regime próprio de previdência como manutenção e desenvolvimento de ensino importa em violação a destinação mínima de recursos exigida pelo art. 212 da CRFB, bem como à cláusula de não vinculação de impostos do art. 167, IV da CRFB".*[65]

Nos termos da EC nº 108/2020, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, obrigatoriamente, deverão destinar parte desses recursos à manutenção e ao desenvolvimento do ensino na educação básica e à remuneração condigna de seus profissionais, respeitando as seguintes diretrizes mínimas indicadas no texto constitucional:

- a distribuição dos recursos e de responsabilidades entre o Distrito Federal, os Estados e seus Municípios é assegurada mediante a instituição, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de um Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), de natureza contábil;

- os fundos compostos da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino serão constituídos por 20% (vinte por cento) dos recursos a que se referem os incisos I, II e III do *caput* do art. 155, o inciso II do *caput* do art. 157, os incisos II, III e IV do *caput* do art. 158 e as alíneas *a* e *b* dos incisos I e II do *caput* do art. 159 da Constituição Federal;
- os recursos dos referidos fundos serão distribuídos entre cada Estado e seus Municípios, proporcionalmente ao número de alunos das diversas etapas e modalidades da educação básica presencial matriculados nas respectivas redes, nos âmbitos de atuação prioritária. A organização dos fundos e a distribuição proporcional de seus recursos, as diferenças e as ponderações quanto ao valor anual por aluno entre etapas, modalidades, duração da jornada e tipos de estabelecimento de ensino deverão observar as respectivas especificidades e os insumos necessários para a garantia de sua qualidade. A lei definirá outros requisitos relativos ao nível socioeconômico dos educandos e aos indicadores de disponibilidade de recursos vinculados à educação e de potencial de arrecadação tributária de cada ente federado, bem como seus prazos de implementação;
- o valor anual total por aluno (VAAT) será calculado, na forma da lei, com base nos recursos previstos para o fundo, acrescidos de outras receitas e de transferências vinculadas à educação, nos termos estabelecidos pela EC nº 108/2020;
- os recursos previstos pela EC nº 108/2020 serão aplicados pelos Estados e pelos Municípios exclusivamente nos respectivos âmbitos de atuação prioritária, conforme estabelecido nos §§ 2º e 3º do art. 211 da Constituição Federal;

- proporção não inferior a 70% (setenta por cento) de cada fundo será destinada ao pagamento dos profissionais da educação básica em efetivo exercício, observado o percentual mínimo de 15% (quinze por cento) para despesas de capital. Os cálculos deverão ser realizados na forma do artigo 212-A da Constituição Federal;
- lei específica disporá sobre o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério da educação básica pública.

A EC nº 108/2020 estabeleceu, ainda, a obrigatoriedade de a União completar o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), ressaltando, entretanto, que a vinculação de recursos à manutenção e ao desenvolvimento do ensino estabelecida no art. 212 da Constituição Federal suportará, no máximo, 30% (trinta por cento) da complementação da União.

Essa complementação, que será alcançada progressivamente com elevação anual dos índices, nos termos da nova redação dada ao artigo 60 do ADCT pela EC nº 108/2020, deverá atingir o equivalente a, no mínimo, 23% (vinte e três por cento) do total de recursos destinados constitucionalmente ao fundo, da seguinte maneira:

- 10 (dez) pontos percentuais no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, sempre que o valor anual por aluno (VAAF) não alcançar o mínimo definido nacionalmente;
- no mínimo, 10,5 (dez inteiros e cinco décimos) pontos percentuais em cada rede pública de ensino municipal, estadual ou distrital, sempre que o valor anual total por aluno (VAAT) não alcançar o mínimo definido nacionalmente. Nos termos estabelecidos em lei, será destinada à educação infantil a proporção de 50% (cinquenta por cento) desses recursos;

- 2,5 (dois inteiros e cinco décimos) pontos percentuais nas redes públicas que, cumpridas condicionalidades de melhoria de gestão previstas em lei, alcançarem evolução de indicadores a serem definidos, de atendimento e melhoria da aprendizagem com redução das desigualdades, nos termos do sistema nacional de avaliação da educação básica.

A EC nº 108/2020 determinou a necessidade de edição de lei, que deverá regulamentar:[66]

- a organização dos fundos e a distribuição proporcional de seus recursos, as diferenças e as ponderações quanto ao valor anual por aluno entre etapas, modalidades, duração da jornada e tipos de estabelecimento de ensino, observados as respectivas especificidades e os insumos necessários para a garantia de sua qualidade;
- a forma de cálculo do valor anual por aluno (VAAF) e do valor anual total por aluno (VAAT), que deverá considerar os critérios estabelecidos pelo § 1º do artigo 212-A da Constituição Federal;
- a forma de cálculo para a distribuição prevista constitucionalmente;
- a transparência, o monitoramento, a fiscalização e o controle interno, externo e social dos fundos, assegurada a criação, a autonomia, a manutenção e a consolidação de conselhos de acompanhamento e controle social, admitida sua integração aos conselhos de educação;
- o conteúdo e a periodicidade da avaliação, por parte do órgão responsável, dos efeitos redistributivos, da melhoria dos indicadores educacionais e da ampliação do atendimento.

A distribuição dos recursos públicos assegurará, nos termos da EC nº 59/2009, prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, no que se refere à universalização e à garantia de padrão de qualidade e equidade, nos termos do plano nacional de educação.

A EC nº 108/2020 determinou a necessidade de edição de lei, que disporá sobre normas de fiscalização, de avaliação e de controle das despesas com educação nas esferas estadual, distrital e municipal.

Conforme já visto, a aplicação dos recursos constitucionalmente previstos na área da educação, a partir da Emenda Constitucional nº 14, de 12-9-1996, com entrada em vigor, no primeiro de ano subsequente, tornou-se *princípio sensível* da Constituição Federal (CF, art. 34, VII, *e*), cuja inobservância pelo Estado-membro ou Distrito Federal possibilitará a intervenção federal. A retenção ou qualquer restrição por parte da União ao repasse obrigatório dos recursos e da complementação estipulados pela EC nº 108/2020 configurará crime de responsabilidade.

2.2 Cultura

O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais, devendo proteger as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional, bem como fixar as datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.[67]

No intuito de garantir o fortalecimento na difusão das manifestações culturais brasileiras, nacional e regionalmente, previstos pela Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da "cota de tela, consistente na obrigatoriedade de exibição de filmes nacionais nos cinemas brasileiros, e as sanções administrativas decorrentes de sua

inobservância”[68] e dos “procedimentos licitatórios que exijam percentuais mínimos e máximos a serem observados pelas emissoras de rádio na produção e transmissão de programas culturais, artísticos e jornalísticos locais, nos termos do art. 221 da Constituição Federal de 1988”.[69]

Observe-se que para esse fim a EC nº 42/03 facultou aos Estados e ao Distrito Federal a possibilidade de vincular a fundo estadual de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais, vedando, porém, a aplicação desses recursos no pagamento de despesas com pessoal e encargos sociais; serviço da dívida; qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.[70]

A própria Constituição Federal já define o conteúdo do patrimônio cultural brasileiro *como os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira*; estabelece a obrigatoriedade do poder público, com a colaboração da comunidade, de promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

Além disso, enumera *exemplificativamente* um rol de elementos pertencentes ao patrimônio cultural brasileiro:

- as formas de expressão;
- os modos de criar, fazer e viver;
- as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
- as obras, os objetos, os documentos, as edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
- os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico;

- os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos, que ficaram tombados pela Constituição Federal.

A EC nº 48/05 instituiu o Plano Nacional de Cultura, que será estabelecido nos termos da lei, tendo duração plurianual e visando ao desenvolvimento cultural do país e à integração das ações do Poder Público.[71]

Os preceitos legais deverão ter como meta a defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; a produção, promoção e difusão de bens culturais; a formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; a democratização do acesso aos bens de cultura e a valorização da diversidade étnica e regional.

Com o intuito de estabelecimento de uma maior coordenação e visando concretizar a efetividade desse importante direito social, a Emenda Constitucional nº 71, de 29 de novembro de 2012, instituiu o Sistema Nacional de Cultura, estruturado, nas respectivas esferas da Federação, da seguinte maneira: órgãos gestores da cultura; conselhos de política cultural; conferências de cultura; comissões intergestores; planos de cultura; sistemas de financiamento à cultura; sistemas de informações e indicadores culturais; programas de formação na área da cultura; e sistemas setoriais de cultura.

O Sistema Nacional de Cultura deverá ser regulamentado por lei federal, que, ainda, estabelecerá a forma de sua articulação com os demais sistemas nacionais ou políticas setoriais de governo, organizando-o em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, instituindo um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais. Caberá aos Estados,

Distrito Federal e Municípios estabelecerem, por meio de lei, seus respectivos sistemas de cultura.

O Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos princípios de:

- diversidade das expressões culturais;
- universalização do acesso aos bens e serviços culturais;
- fomento à produção, difusão e circulação de conhecimento e bens culturais;
- cooperação entre os entes federados, os agentes públicos e privados atuantes na área cultural;
- integração e interação na execução das políticas, programas, projetos e ações desenvolvidas;
- complementaridade nos papéis dos agentes culturais;
- transversalidade das políticas culturais;
- autonomia dos entes federados e das instituições da sociedade civil;
- transparência e compartilhamento das informações;
- democratização dos processos decisórios com participação e controle social;
- descentralização articulada e pactuada da gestão, dos recursos e das ações;
- ampliação progressiva dos recursos contidos nos orçamentos públicos para a cultura.

2.3 Desporto

2.3.1 Preceitos constitucionais

O art. 217 da Constituição Federal prevê como dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um, observados os seguintes preceitos:[72]

- a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e seu funcionamento.[73] Ressalte-se que, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal, não viola o art. 217, I, da Constituição decisão que determina associação esportiva a observar normas gerais de Direito Civil.[74] Diversamente, porém, é inconstitucional, pois atenta contra a autonomia das entidades desportivas, a legislação que estabelece requisitos de natureza fiscal e trabalhistas como critério técnico para a habilitação de entidade de prática desportiva em campeonatos oficiais, inclusive com a possibilidade de rebaixamento de divisão às agremiações que não cumprirem tais requisitos não desportivos;[75]
- a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento;
- o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não profissional;
- a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.

2.3.2 Justiça desportiva

A própria Constituição Federal exige, excepcionalmente, o prévio acesso às instâncias da justiça desportiva, nos casos de ações relativas à disciplina e às competições desportivas, reguladas em lei (CF, art. 217, § 1º), sem, porém, condicionar o acesso ao Judiciário ao término do processo administrativo, pois a justiça desportiva terá o prazo máximo de 60 dias,

contados da instauração do processo, para proferir decisão final (CF, art. 217, § 2º). O poder disciplinar da Justiça Desportiva tem seu exercício limitado à prática dos desportos e às relações dela decorrentes.

3 CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO

Compete, constitucionalmente, ao Estado promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação CF, art. 218),[76] sendo, inclusive, facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica. Como ressalta Manoel Gonçalves Ferreira Filho,

> "o texto visa a abrir uma exceção ao disposto no art. 167, IV, que, em princípio, proíbe a vinculação de receita orçamentária. Veja-se que essa vinculação não é permitida em relação à União e ao Município".[77]

A Constituição Federal prevê duas espécies de pesquisas: *científica* e *tecnológica.* A *pesquisa científica* básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências. A *pesquisa tecnológica* voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

4 COMUNICAÇÃO SOCIAL

A garantia constitucional de liberdade de comunicação social, prevista no art. 220, é verdadeiro corolário da norma prevista no art. 5º, IX, que consagra *a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.* O

que se pretende proteger nesse novo capítulo é o *meio* pelo qual o *direito individual constitucionalmente garantido* será difundido, por intermédio dos meios de comunicação de massa. Essas normas, apesar de não se confundirem, completam-se, pois a liberdade de comunicação social refere-se aos meios específicos de comunicação.[78]

Pode-se entender meio de comunicação como toda e qualquer forma de desenvolvimento de uma informação, seja através de sons, imagens, impressos, gestos. A Constituição Federal, porém, regulamenta o sentido mais estrito da noção de comunicação: jornal, revistas, rádio e televisão.[79]

O texto constitucional consagra a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, de maneira privativa, aos brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou às pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras que tenham sede no país.[80]

A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão restrição, observado o disposto na Constituição, que *proíbe:*

- a edição de lei que contenha dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV;
- toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística;
- a exigência de licença de autoridade para publicação de veículo impresso de comunicação; permite-se, porém, a sujeição da propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias a restrições legais, bem como, se necessário, a advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

Apesar da vedação constitucional da censura prévia, há necessidade de compatibilizar a comunicação social com os demais preceitos constitucionais, por exemplo, a proteção dos direitos da criança e do adolescente (CF, arts. 226 a 230).[81]

Dessa forma, o legislador constituinte conferiu à União a competência para edição de lei federal para:

- regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao poder público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;
- estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

Observe-se, porém, que a competência do Poder Público, em termos de comunicação social, em especial para proteção da criança e do adolescente, não pode ser confundida com a possibilidade de retorno de censura prévia e com a possibilidade de atitude seletiva de obrigatoriedade compulsória por parte do Estado a toda a sociedade, sob pena de grave ferimento à garantia constitucional de liberdade de expressão.

Como ressaltado pelo Ministro Dias Toffoli, “o sistema de classificação indicativa seria, então, ponto de equilíbrio tênue adotado pela Constituição para compatibilizar os dois postulados (defesa da criança e do adolescente e liberdade de expressão), a fim de velar pela integridade das crianças e dos adolescentes sem deixar de lado a preocupação com a garantia da liberdade de expressão”, apontando que “a submissão ocorreria, exclusivamente, com o fito de que a União exercesse sua competência administrativa para classificar, a título indicativo, as diversões públicas e os

programas de rádio e televisão (CF, art. 21, XVI). Assim, o Estado não poderia determinar que a exibição da programação somente se desse em horários determinados o que caracterizaria imposição e não recomendação", concluindo, portanto, que a imposição compulsória de exibição de programas em horários determinados pelo Poder Público "implicaria censura prévia, acompanhada de elemento repressor, de punição. Esse caráter não se harmonizaria com os artigos 5º, IX; 21, XVI e 220, § 3º, I, todas da CF", afastando, por conseguinte, "a ideia paternalista de que se justificaria a proibição diante da dificuldade de se ter a presença dos pais ao lado dos filhos, porquanto o Estado não deveria atuar como protagonista na escolha do que deveria ou não ser exibido em determinado horário (...) o Poder Público não deveria substituir os pais ao regular o conteúdo a que os filhos tivessem acesso, mas deveria dotar a sociedade de meios eficazes para o exercício desse controle de qualidade", pois "a exibição do aviso de classificação indicativa teria efeito pedagógico, a exigir reflexão por parte do espectador e dos responsáveis. Seria dever estatal, nesse ponto, conferir maior publicidade aos avisos de classificação, bem como desenvolver programas educativos acerca desse sistema". Nesse mesmo sentido, realçou o Ministro Luiz Fux, "a confiança que o constituinte depositara no poder familiar (CF, art. 227, *caput*). A classificação indicativa permitiria, portanto, que o Estado aconselhasse, sem tomar para si a função de oráculo moral da sociedade".[82]

Em defesa da *liberdade de imprensa e da livre manifestação de pensamento*, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade concentrada ("não recepção concentrada"), pela via da Arguição de Descumprimento de preceito fundamental, da "Lei de Imprensa", afirmando que o texto constitucional "veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social".[83]

4.1 Comunicação social e liberdade de informação

A manifestação do pensamento, a criação, a expressão, a informação e a livre divulgação dos fatos, consagradas constitucionalmente no inciso XIV do art. 5º da Constituição Federal, devem ser interpretadas em conjunto com a inviolabilidade à honra e à vida privada (CF, art. 5º, X), bem como com a proteção à imagem (CF, art. 5º, XXVIII, *a*), sob pena de responsabilização do agente divulgador por danos materiais e morais (CF, art. 5º, V e X).[84]

O direito de receber informações verdadeiras é um direito de liberdade e caracteriza-se essencialmente por estar dirigido a todos os cidadãos, independentemente de raça, credo ou convicção político-filosófica, com a finalidade de fornecimento de subsídios para a formação de convicções relativas a assuntos públicos.[85]

A proteção constitucional às informações verdadeiras também engloba aquelas eventualmente errôneas ou não comprovadas em juízo, desde que não tenha havido comprovada negligência ou má-fé por parte do informador.

A Constituição Federal não protege as informações levianamente não verificadas ou astuciosas e propositadamente errôneas, transmitidas com total desrespeito à verdade, pois as liberdades públicas não podem prestar-se à tutela de condutas ilícitas.[86]

A proteção constitucional à informação é relativa, havendo a necessidade de distinguir as informações de fatos de interesse público, da vulneração de condutas íntimas e pessoais, protegidas pela inviolabilidade à vida privada, e que não podem ser devassadas de forma vexatória ou humilhante.

Jean François Revel faz importante distinção entre a livre manifestação de pensamento e o direito de informar, apontando que a primeira deve ser

reconhecida inclusive aos mentirosos e loucos, enquanto o segundo, diferentemente, deve ser objetivo, proporcionando informação exata e séria.[87]

O campo de interseção entre fatos de interesse público e vulneração de condutas íntimas e pessoais é muito grande, quando se trata de personalidades públicas.

Nessas hipóteses, a interpretação constitucional ao direito de informação deve ser alargada, enquanto a correspondente interpretação em relação à vida privada e intimidade deve ser restringida, uma vez que por opção pessoal as assim chamadas pessoas públicas (políticos, atletas profissionais, artistas etc.) colocaram-se em posição de maior destaque e interesse social.

Conforme destacado pelo Ministro Celso de Mello, o *direito de crítica jornalística* é "prerrogativa constitucional cujo suporte legitimador repousa no pluralismo político (CF, art. 1º, V), que representa um dos fundamentos inerentes ao regime democrático. O exercício do direito de crítica é inspirado por razões de interesse público: uma prática inestimável de liberdade a ser preservada contra ensaios autoritários de repressão penal", concluindo ser a arena política, *"um espaço de dissenso por excelência*".[88]

No entanto, mesmo em relação às pessoas públicas, a incidência da proteção constitucional à vida privada, intimidade, dignidade e honra permanece intangível, não havendo possibilidade de ferimento por parte de informações que não apresentem nenhuma relação com o interesse público ou social, ou ainda, com as funções exercidas por elas. Os responsáveis por essas informações deverão ser integralmente responsabilizados.

4.2 Garantia constitucional do sigilo da fonte

A Constituição Federal, ao proclamar a inviolabilidade do sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional, tem por finalidade

garantir a toda a sociedade a ampla e total divulgação de fatos e notícias de interesse público, auxiliando, inclusive, a fiscalização da gestão da coisa pública e pretendendo evitar as arbitrariedades do Poder Público, o que seria proporcionado pela restrição do acesso às informações.

Dessa forma, a livre divulgação de informações, resguardando-se o sigilo da fonte, surge como corolário da garantia constitucional do livre acesso à informação, por constituir uma dupla garantia ao Estado Democrático de Direito: proteção à liberdade de imprensa e proteção ao acesso das informações pela sociedade.

Como entendeu o Supremo Tribunal Federal,

> "a proteção constitucional que confere ao jornalista o direito de não proceder à *disclosure* da fonte de informação ou de não revelar a pessoa de seu informante desautoriza qualquer medida tendente a pressionar ou a constranger o profissional da Imprensa a indicar a origem das informações a que teve acesso, eis que – não custa insistir – os jornalistas, em tema de sigilo da fonte, não se expõem ao poder de indagação do Estado ou de seus agentes e não podem sofrer, por isso mesmo, em função do exercício dessa legítima prerrogativa constitucional, a imposição de qualquer sanção penal, civil ou administrativa".[89]

5 MEIO AMBIENTE[90]

5.1 Constituição e proteção ao meio ambiente

Não obstante a preocupação com o meio ambiente seja antiga em vários ordenamentos jurídicos, inclusive nas Ordenações Filipinas que previam no Livro Quinto, Título LXXV, pena gravíssima ao agente que cortasse árvore ou fruto, sujeitando-o ao açoite e ao degredo para a África

por quatro anos, se o dano fosse mínimo, caso contrário, o degredo seria para sempre, as nossas Constituições anteriores, diferentemente da atual, que destinou um capítulo para sua proteção, com ele nunca se preocuparam.[91] Como destaca Édis Milaré, essa previsão atual é um

> "marco histórico de inegável valor, dado que as Constituições que precederam a de 1988 jamais se preocuparam da proteção do meio ambiente de forma específica e global. Nelas sequer uma vez foi empregada a expressão 'meio ambiente', a revelar total despreocupação com o próprio espaço em que vivemos".[92]

Adotou-se, portanto, a tendência contemporânea de preocupação com os interesses difusos, e em especial com o meio ambiente, nos termos da Declaração sobre o Ambiente Humano, realizada na Conferência das Nações Unidas em Estocolmo, Suécia, em junho de 1972, em que se consagrou solenemente:

> *"O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-estar e é portador solene de obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras. A esse respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o 'apartheid', a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira permanecem condenadas e devem ser eliminadas. Os recursos naturais da Terra, incluídos o ar, a água, o solo, a flora e a fauna e, especialmente, parcelas representativas dos ecossistemas naturais, devem ser preservados em benefício das gerações atuais e futuras, mediante um cuidadoso planejamento ou administração adequados. Deve ser mantida e, sempre que*

> *possível, restaurada ou melhorada a capacidade da Terra de produzir recursos renováveis vitais. O homem tem a responsabilidade especial de preservar e administrar judiciosamente o patrimônio representado pela flora e fauna silvestres, bem assim o seu 'habitat', que se encontram atualmente em grave perigo, por uma combinação de fatores adversos. Em consequência, ao planificar o desenvolvimento econômico, deve ser atribuída importância à conservação da natureza, incluídas a flora e a fauna silvestres."*

A Constituição Federal de 1988 consagrou como obrigação do Poder Público a defesa, preservação e garantia de efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.[93]

Assim, no *caput* do art. 225, o texto constitucional afirma ser o meio ambiente bem de uso comum do povo, suscitando a utilização de todos os meios legislativos, administrativos e judiciais necessários à sua efetiva proteção, que possui um regime jurídico especial que exorbita o Direito Comum.[94]

A proteção do meio ambiente deve conciliar as noções do Direito Constitucional e do Direito Internacional, permitindo uma evolução nas tradicionais noções de soberania, direito de propriedade, interesse público e privado, pois, como salienta Guido Fernando Silva Soares,

> "no fundo, o meio ambiente é um conceito que desconhece os fenômenos das fronteiras, realidades essas que foram determinadas por critérios históricos e políticos, e que se expressam em definições jurídicas de delimitações dos espaços do Universo, denominadas *fronteiras.* Na verdade, ventos e correntes marítimas não respeitam linhas divisórias fixadas em terra ou nos espaços aquáticos ou aéreos, por critérios humanos,

> nem as aves migratórias ou os habitantes dos mares e oceanos necessitam de passaportes para atravessar fronteiras, as quais foram delimitadas, em função dos homens".[95]

O meio ambiente deve, portanto, ser considerado patrimônio comum de toda a humanidade para garantia de sua integral proteção, especialmente em relação às gerações futuras,[96] direcionando todas as condutas do Poder Público estatal no sentido de integral proteção legislativa interna e adesão aos pactos e tratados internacionais protetivos desse direito humano fundamental de 3ª geração, para evitar prejuízo da coletividade em face de uma afetação de certo bem (recurso natural) a uma finalidade individual.[97]

Na definição do objeto protegido constitucionalmente – Meio Ambiente –, o Direito deve socorrer-se de noções de Ecologia, que conceitua a biosfera como constituída pelo conjunto do solo, da água e do ar existentes no globo terrestre e regente das condições necessárias à vida. Portanto, para integral cumprimento do preceito constitucional, há necessidade de proteção desses elementos, visando preservar seu potencial evolutivo, pois, como salientado por Cyrille de Klemm,

> "os processos ecológicos compreendem todos os processos físicos e químicos, além das atividades biológicas dos animais e plantas que possam influenciar o estado do ecossistema e contribuir para a manutenção da integridade e diversidade genética e consequentemente do maior potencial evolutivo".[98]

O texto constitucional também visa à garantia de instrumentalização de proteção ao Meio Ambiente, exigindo a salvaguarda dos recursos naturais e a regulamentação dos processos físicos e químicos que interajam com a biosfera, para preservá-lo às gerações futuras, garantindo-se o potencial evolutivo a partir da aplicação dos princípios fundamentais da ação comunitária (art. 130 R do Tratado da União Europeia): *precaução e ação*

preventiva; correção prioritariamente na fonte dos danos causados ao meio ambiente e *princípio do "poluidor pagador"*.

Dessa forma, o aproveitamento dos recursos naturais também deverá ser regulamentado pelo Direito interno ou pelo Direito Internacional (tratados internacionais),[99] tendo como finalidade a regra protetiva do art. 225 da Constituição Federal,[100] pois a exploração dos recursos biológicos e minerais pode essencialmente causar problemas de poluição e degradação, e, consequentemente, sua proteção atende ao *princípio da precaução*[101] *e ação preventiva*.[102]

A necessidade de preservação dos recursos naturais e, consequentemente, a manutenção do equilíbrio mínimo necessário ao meio ambiente, estará sempre a exigir uma adaptação dos conceitos tradicionais do Direito – principalmente, o direito de propriedade – para fins de aplicação, pois, como bem ressaltado por Pascale Kromarek, existe a necessidade de uma adaptação de certos conceitos para o combate à poluição da água e do ar.[103]

Nesse sentido, proclamou o Supremo Tribunal Federal ser dever do Poder Público "definir espaços territoriais a serem especialmente protegidos e, também, proteger a fauna e a flora, vedadas as práticas que coloquem em risco sua função ecológica",[104] tendo a obrigação de "adotar as necessárias medidas que visem coibir práticas lesivas ao equilíbrio ambiental".[105]

Dentro desse contexto, o art. 225 deve ser interpretado em consonância com o art. 1º, III, que consagra como fundamento da República o princípio da dignidade da pessoa humana; o art. 3º, II, que prevê como objetivo fundamental da República o desenvolvimento nacional; e o art. 4º, IX, que estipula que o Brasil deve reger-se em suas relações internacionais pelos princípios da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, de maneira a permitir maior efetividade na proteção ao meio ambiente.

Dessa forma, consagra-se a proteção administrativa, legislativa e judicial aos interesses difusos, no sentido que lhes empresta a conceituação

de Mauro Cappelletti e Bryant Garth,[106]

> "são interesses fragmentados ou coletivos, tais como o *direito ao ambiente saudável*, ou à proteção do consumidor. O problema básico que eles apresentam – a razão de sua natureza difusa – é que ninguém tem o direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação".

Para possibilitar a ampla proteção, a Constituição Federal previu diversas regras, divisíveis em quatro grandes grupos,[107] ressaltando que o Supremo Tribunal Federal declarou ser "imprescritível a pretensão de reparação civil de dano ambiental":[108]

- *regra de garantia*: qualquer cidadão é parte legítima para a propositura da ação popular, visando à anulação de ato lesivo ao meio ambiente (CF, art. 5º, LXXIII);
- *regras de competência*: a Constituição Federal determina ser de *competência admini*strativa comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (CF, art. 23)[109] proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos (inciso III); bem como proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (inciso VI); preservar as florestas, a fauna e a flora (inciso VII). Além disso, existe a previsão de *competência legislativa* concorrente entre União, Estados e Distrito Federal (CF, art. 24) para proteção das florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (inciso VI); proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico

(inciso VII); responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (inciso VIII).[110] Essas regras específicas de competência não afastam a possibilidade de o Município legislar protetivamente em relação ao Meio Ambiente quando existir interesse local, nos termos do art. 30, inciso I, da Constituição Federal.[111] Igualmente, o Ministério Público tem como função institucional promover o inquérito civil e a ação civil pública, inclusive para a proteção do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, III);

- *regras gerais*: a Constituição estabelece difusamente diversas regras relacionadas à preservação do meio ambiente (CF, arts. 170, VI; 173, § 5º; 174, § 3º; 186, II; 200, VIII; 216, V; 231, § 1º);
- *regras específicas*: encontram-se no capítulo da Constituição Federal destinado ao meio ambiente.

Tais regras consagram constitucionalmente o direito a um meio ambiente saudável, equilibrado e íntegro, constituindo sua proteção, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, "prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social".[112]

Observe-se que para esse fim a EC nº 42/03 ampliou a defesa do meio ambiente, prevendo como princípio da ordem econômica a possibilidade de tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.[113]

O estabelecimento de princípios e regras constitucionais expressas não afasta a existência do Princípio Implícito da Proibição de Retrocesso

Ambiental, como importante vetor de efetividade à proteção integral ao Meio Ambiente.[114] Nesse sentido, conforme destacado pelo Ministro Antonio Herman Benjamin, "é seguro afirmar que a proteção de retrocesso, apesar de não se encontrar, com nome e sobrenome, consagrada na nossa Constituição, nem em normas infraconstitucionais, e não obstante sua relativa imprecisão – compreensível em institutos de formulação recente e ainda em pleno processo de consolidação –, transformou-se em princípio geral do Direito Ambiental, a ser invocado na avaliação da legitimidade de iniciativas legislativas destinadas a reduzir o patamar de tutela legal do meio ambiente, mormente naquilo que afete em particular (a) processos ecológicos essenciais, (b) ecossistemas frágeis ou à beira de colapso e (c) espécies ameaçadas de extinção".[115]

Ressalte-se que, em efetiva proteção integral ao meio ambiente, o STF decidiu serem "inconstitucionais as normas que, a pretexto de reestruturarem órgãos ambientais, afastam a participação da sociedade civil e dos governadores do desenvolvimento e da formulação de políticas públicas, bem como reduzem, por via de consequência, o controle e a vigilância por eles promovidos".[116]

5.2 Regras constitucionais específicas sobre meio ambiente

A Constituição proclama que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (CF, art. 225), prescrevendo as seguintes normas obrigatórias de atuação da Administração Pública e dos particulares, uma vez que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas

físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (CF, art. 225, § 3º):[117]

- preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais e provimento do manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
- preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético do país e fiscalização das entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
- definição, em todas as unidades da Federação, de espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente por meio de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção. Conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, "a exigência de lei faz-se presente quando referida modificação implicar prejudicialidade ou retrocesso ao status de proteção já constituído naquela unidade de conservação, com o fito de coibir a prática de atos restritivos que não tenham a aquiescência do Poder Legislativo";[118]
- exigência, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, de estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade. Analisando esse tema, o Supremo Tribunal Federal declarou, liminarmente, a inconstitucionalidade do art. 182, § 3º, da Constituição do Estado de Santa Catarina, que excluía a obrigatoriedade de estudos prévios de impacto ambiental, em relação às áreas florestadas ou objeto de reflorestamento para fins empresariais. Assim se manifestou, entendendo que se revelava juridicamente relevante a tese de inconstitucionalidade da norma estadual que dispensa o estudo prévio de impacto

ambiental no caso de áreas de florestamento ou reflorestamento para fins empresariais, pois "mesmo que se admitisse a possibilidade de tal restrição, a lei que poderia viabilizá-la estaria inserida na competência do legislador federal, já que a este cabe disciplinar, através de normas gerais, a conservação da natureza e a proteção do meio ambiente (art. 24, inc. VI, da CF), não sendo possível, ademais, cogitar-se da competência legislativa a que se refere o § 3º do art. 24 da Carta Federal, já que esta busca suprir lacunas normativas para atender às peculiaridades locais, ausentes na espécie".[119] No mérito, a cautelar foi confirmada, com a declaração de inconstitucionalidade da norma, pois "a norma impugnada, ao dispensar a elaboração de estudo prévio de impacto ambiental no caso de áreas de florestamento ou reflorestamento para fins empresariais, cria exceção incompatível com o disposto no mencionado inciso IV do § 1º do art. 225 da Constituição Federal".[120] Nossa Suprema Corte também decidiu ser inconstitucional legislação estadual que, flexibilizando exigência legal para o desenvolvimento de atividade potencialmente poluidora, cria modalidade mais simplificada de licenciamento ambiental;[121] assim como, norma estadual que estabelece hipóteses de dispensa e simplificação do licenciamento ambiental para atividades de lavra a céu aberto por invadir a competência legislativa da União para editar normas gerais sobre proteção do meio ambiente.[122] Igualmente, o STF entendeu ser inconstitucional a concessão automática de licença ambiental para empresas com grau de risco médio;[123]

- controle sobre a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

- promoção da educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;
- proteção à fauna e à flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. Em relação a essa proteção constitucional aos animais, decidiu o Supremo Tribunal Federal que "a obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional, denominado 'farra do boi'",[124] ou da "rinha de galo".[125] Da mesma maneira, o STF, por 6 x 5, declarou a inconstitucionalidade de lei estadual do Ceará que regulamentava a "vaquejada".[126] Em 6 de junho de 2017, o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional nº 96, que acrescentou o § 7º ao artigo 225 para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, desde que sejam manifestações culturais, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos. Nossa Suprema Corte entendeu, ainda, ser inconstitucional a interpretação da legislação federal que possibilita o abate imediato de animais apreendidos em situação de maus-tratos, tendo salientado que "o art. 225, § 1º, VII, da CF/88, impõe a proteção à fauna e proíbe qualquer espécie de maus-tratos aos animais, de modo a reconhecer o valor inerente a outras formas de vida não humanas, protegendo-as contra abusos",[127] bem

como, na ausência de lei federal, ser constitucional lei estadual que proíba a utilização de animais para desenvolvimento, experimento e teste de produtos cosméticos, higiene pessoal, perfumes, limpeza e seus componentes;[128]

- manter regime fiscal favorecido para os biocombustíveis destinados ao consumo final, na forma de lei complementar, a fim de assegurar-lhes tributação inferior à incidente sobre os combustíveis fósseis, capaz de garantir diferencial competitivo em relação a estes, especialmente em relação às contribuições de que tratam a alínea *b* do inciso I e o inciso IV do *caput* do art. 195 e o art. 239 e ao imposto a que se refere o inciso II do *caput* do art. 155 da Constituição Federal.[129] A necessária lei complementar estabelecida pela EC 123/2022 disporá sobre critérios ou mecanismos para assegurar o diferencial competitivo dos biocombustíveis destinados ao consumo final na hipótese de ser implantada, para o combustível fóssil de que são substitutos, a sistemática de recolhimento de que trata a alínea *h* do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal. A própria EC 123/22 estabeleceu que, enquanto não entrar em vigor a referida lei complementar, o diferencial competitivo dos biocombustíveis destinados ao consumo final em relação aos combustíveis fósseis será garantido pela manutenção, em termos percentuais, da diferença entre as alíquotas aplicáveis a cada combustível fóssil e aos biocombustíveis que lhe sejam substitutos em patamar igual ou superior ao vigente em 15 de maio de 2022. Previu, ainda, que alternativamente, quando o diferencial competitivo não for determinado pelas alíquotas, ele será garantido pela manutenção do diferencial da carga tributária efetiva entre os combustíveis. Ressalte-se, ainda, que no período de 20 (vinte) anos após a promulgação da EC 123/2022, a lei complementar

federal não poderá estabelecer diferencial competitivo em patamar inferior ao referido no *caput* deste artigo;

- obrigatoriedade, por parte daquele que explorar recursos minerais, de recuperar o meio ambiente.

A Constituição Federal consagra a proteção à Floresta Amazônica brasileira, à Mata Atlântica, à Serra do Mar, ao Pantanal Mato-grossense e à Zona Costeira, definindo-os como patrimônio nacional, e determinando que sua utilização será regulamentada por lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. Observe-se, porém, como o fez o Supremo Tribunal Federal, que "o preceito consubstanciado no art. 225, § 5º, da Carta da República, além de *não haver* convertido em bens públicos os imóveis particulares abrangidos pelas florestas e pelas matas nele referidas (*Mata Atlântica, Serra do Mar, Floresta Amazônica brasileira*), *também não impede* a utilização *pelos próprios particulares*, dos recursos naturais existentes naquelas áreas que estejam sujeitas ao domínio privado, desde que observadas as prescrições legais e respeitadas as condições necessárias à preservação ambiental".[130]

6 FAMÍLIA, CRIANÇA, ADOLESCENTE, JOVEM E IDOSO

6.1 Conceituação

A família é a base da sociedade e, constitucional e legalmente, tem especial proteção do Estado.

Como acentua Arx Tourino,

> "o conceito de família pode ser analisado sob duas acepções: ampla e restrita. No primeiro sentido, a família é o conjunto de todas as pessoas, ligadas pelos laços do parentesco, com descendência comum, englobando, também, os afins – tios, primos, sobrinhos e outros. É a família distinguida pelo sobrenome: família Santos, Silva, Costa, Guimarães e por aí afora, neste grande país. Esse é o mais amplo sentido da palavra. Na acepção restrita, família abrange os pais e os filhos, um dos pais e os filhos, o homem e a mulher em união estável, ou apenas irmãos... É na acepção *stricto sensu* que mais se utiliza o termo família, principalmente do ângulo do *jus positum*...".[131]

A Constituição Federal garantiu ampla proteção à família, definindo três espécies de *entidades familiares*:

- a constituída pelo casamento civil ou religioso com efeitos civis (CF, art. 226, §§ 1º e 2º);
- a constituída pela união estável entre o homem e a mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (CF, art. 226, § 3º). Com base nessa previsão da Carta Magna, o STF entendeu ser inconstitucional a diferenciação de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros previsto no artigo 1.790 do Código Civil, determinando a aplicação única do regime jurídico estabelecido no artigo 1.829 do referido diploma legal. [132] Em relação à união homoafetiva e entidade familiar, decidiu o Supremo Tribunal Federal que nada "obsta que a união de pessoas do mesmo sexo possa ser reconhecida como entidade familiar apta a merecer proteção estatal", concluindo que deve seguir "as mesmas regras e com idênticas consequências da união estável heteroafetiva", aplicando interpretação conforme o art. 173 do Código Civil "para dele excluir qualquer significado

que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo de família".[133] Destacou, ainda, nossa Suprema Corte "o afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional. A valorização desse novo paradigma como núcleo conformador do conceito de família", para assegurar o "direito de qualquer pessoa de constituir família, independentemente de sua orientação sexual", tratando-se, portanto, de "norma de inclusão" para "proteção das minorias".[134] Trata-se do mesmo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que, inclusive, possibilitou o casamento de pessoas do mesmo sexo,[135] e reconheceu, para efeitos de partilha, a "parceria homoafetiva como uma das modalidades de entidade familiar";[136]

- a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CF, art. 226, § 4º).

Em relação ao reconhecimento de vínculos diversos, decidiu o STF, "a preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do art. 1.723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro";[137] bem como que "é incompatível com a Constituição Federal o reconhecimento de direitos previdenciários (pensão por morte) à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra casada, porquanto o concubinato não se equipara, para fins de proteção estatal, às uniões afetivas resultantes do casamento e da união estável".[138]

6.2 Regras de regência das relações familiares

A partir da fixação do conceito de *entidade familiar*, a Constituição estabeleceu algumas regras de regência das relações familiares:

- *cabeça do casal*: os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher;
- *dissolução do casamento*: o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, sem necessidade, após a aprovação da EC nº 66, de 13 de julho de 2010, de prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei,[139] ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. A Constituição Federal de 1988 previu a possibilidade do divórcio direto, sem qualquer limitação de vezes,[140] em norma constitucional autoaplicável,[141] tendo exigido um único requisito para sua ocorrência, o prazo de dois anos de separação de fato,[142] sendo absolutamente desnecessária qualquer imputação de culpa para a efetivação do divórcio;[143]
- planejamento familiar:[144] fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da *paternidade responsável*,[145] o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas;
- *adoção*: a adoção será assistida pelo poder público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros;
- *filiação*: os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Essa norma constitucional tem aplicabilidade imediata, garantindo-se

imediata igualdade, sem que possa resistir qualquer prejuízo ao filho adotivo[146] ou adulterino, que poderá, inclusive, ajuizar ação de investigação de paternidade e ter sua filiação reconhecida,[147] além de ter o direito de utilização do nome do pai casado;[148]

- *assistência mútua*: os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. A paternidade responsável engloba o dever de indenizar por danos morais na hipótese de abandono afetivo, pois como salientado pelo Superior Tribunal de Justiça, "o abandono afetivo decorrente da omissão do genitor no dever de cuidar da prole constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável".[149] Observe-se, ainda, que o STF decidiu ser "inconstitucional norma que prevê a incidência do imposto de renda sobre valores percebidos pelo alimentado a título de alimentos ou pensão alimentícia".[150]

6.2.1 Princípio da paternidade responsável e exame do DNA

Em face da relatividade dos direitos e garantias fundamentais e aplicando-se os princípios da convivência das liberdades públicas e da concordância das normas constitucionais, não se pode deixar de observar que o texto constitucional, ao proclamar expressamente o princípio da *paternidade responsável* (CF, art. 226, § 7º), deverá ser compatibilizado com o princípio da dignidade humana (CF, art. 1º, III) durante a produção probatória para fins de investigação de paternidade, permitindo-se a realização do necessário exame do DNA, por meio de métodos *não invasivos*, como, por exemplo, coleta de fios de cabelo ou mesmo de saliva. Nesse sentido, Francisco Llorente nos aponta decisão do Supremo Tribunal Constitucional espanhol que entendeu que *os direitos constitucionais à*

intimidade e à integridade física não podem converter-se em previsão que consagre a impunidade, com desconhecimento das obrigações e deveres resultantes de uma conduta que teve uma íntima relação com o respeito a possíveis vínculos familiares.[151]

6.3 Tutela das crianças e dos adolescentes

É dever constitucional da família, da sociedade e do Estado assegurar à *criança*, ao *adolescente* e ao *jovem*,[152] com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade,[153] ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.[154]

O Estado, no cumprimento de sua obrigação constitucional, promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo aos seguintes preceitos: aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas com deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem com deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

A proteção especial às crianças e aos adolescentes abrangerá os seguintes aspectos:[155]

- idade mínima de 16 anos para admissão ao trabalho, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos, nos termos da nova redação do art. 7º, XXXIII, dada pela EC nº 20/98;[156]
- garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;
- garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola;

- garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;
- obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;
- estímulo do poder público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;
- programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.

A Constituição Federal ainda prevê duas outras regras de proteção às crianças e aos adolescentes, ao prever que a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente (CF, art. 227, § 4º) e que são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às normas da legislação especial (CF, art. 228).

A Emenda Constitucional nº 65, de 13 de julho de 2010, determinou que a lei estabelecera o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; bem como o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

Em observância à tutela constitucional das crianças e dos adolescentes, o Supremo Tribunal Federal decidiu, “à luz do art. 227 da Constituição Federal, que confere proteção integral da criança com absoluta prioridade e do princípio da paternidade responsável, a licença-maternidade, prevista no

art. 7º, XVIII, da CF/88 e regulamentada pelo art. 207 da Lei nº 8.112/90, estende-se ao pai genitor monoparental".[157]

6.4 Tutela aos idosos

6.4.1 Constituição Federal e Estatuto da Pessoa Idosa

A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida, inclusive por meio de programas de amparo aos idosos que, preferencialmente, serão executados em seus lares.

Mais do que reconhecimento formal e obrigação do Estado para com os cidadãos da terceira idade, que contribuíram para seu crescimento e desenvolvimento, o absoluto respeito aos direitos humanos fundamentais dos idosos, tanto em seu aspecto individual como comunitário, espiritual e social, relaciona-se diretamente com a previsão constitucional de consagração da dignidade da pessoa humana.

O reconhecimento àqueles que construíram com amor, trabalho e esperança a história de nosso país tem efeito multiplicador de cidadania, ensinando às novas gerações a importância de respeito permanente aos direitos fundamentais, desde o nascimento até a terceira idade.

Esse entendimento foi adotado com a edição, pelo Congresso Nacional, do Estatuto da Pessoa Idosa (Lei nº 10.741, de 1º-10-2003), que visa consagrar os direitos de todas as pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, garantindo-lhes o pleno gozo de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e afirmando o *princípio da solidariedade*, ao obrigar a família, a comunidade, a sociedade em geral e o Poder Público a assegurarem, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à

vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.[158]

A intensidade e a efetividade do respeito aos idosos demonstram o grau de desenvolvimento educacional de um povo, e somente com educação integral poderemos garantir a perpetuidade e a efetividade do Estado Democrático de Direito, a partir da formação de consciência de cidadania e Justiça em todos os cidadãos.

Ao garantir atendimento preferencial, imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços da população, viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações, capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços aos idosos, estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento e garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais, entre outras formas de prioridade à terceira idade, a nova legislação brasileira reconheceu, como se faz nos países europeus, o envelhecimento como um direito social, a ser devida e especificamente protegido.

A nova legislação será mais um valioso instrumento para a continuidade do trabalho prioritário que o Poder Público deve realizar em defesa da efetividade dos direitos da terceira idade.

6.4.2 Saúde do idoso e cidadania

No Preâmbulo da Constituição Federal, destaca-se a necessidade de o Estado democrático assegurar o *bem-estar* da sociedade. Logicamente, dentro do *bem-estar*, destacado como uma das finalidades do Estado,

encontra-se a *saúde pública*. O direito à saúde do idoso vem tratado com primazia pelo Estatuto, por ser primordial para o gozo pleno da cidadania.

O Estatuto da Pessoa Idosa, em seu art. 8º, define o envelhecimento como direito personalíssimo e a sua proteção como direito social, complementando, em seu art. 9º, que é obrigação do Estado garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.

Mais adiante, o Estatuto da Pessoa Idosa prevê, em seu Capítulo IV, o *direito à saúde*, assegurando a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.

Essa especificação protetiva em relação ao idoso somou-se à Constituição Federal, que, em diversos dispositivos, prevê princípios informadores e regras de competências no tocante à proteção da saúde pública.

Nesse sentido, o Estatuto da Pessoa Idosa estabeleceu que a prevenção e a manutenção da saúde do idoso serão efetivadas por meio de cadastramento da população idosa em base territorial; atendimento geriátrico e gerontológico em ambulatórios, unidades geriátricas de referência, com pessoal especializado nas áreas de geriatria e gerontologia social, atendimento domiciliar, incluindo a internação, para a população que dele necessitar e esteja impossibilitada de se locomover, inclusive para idosos abrigados e acolhidos por instituições públicas, filantrópicas ou sem fins lucrativos e eventualmente conveniadas com o Poder Público, nos meios urbano e rural, e, ainda, reabilitação orientada pela geriatria e gerontologia, para redução das sequelas decorrentes do agravo da saúde.

Previu, ainda, ser incumbência do Poder Público o fornecimento aos idosos, gratuitamente, de medicamentos,[159] especialmente os de uso continuado, assim como próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação (§ 2º, art. 15); vedando, por fim, a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade (§ 3º, art. 15).

Essa previsão específica do Estatuto da Pessoa Idosa veio positivar a universalidade e plena efetividade do direito à saúde, independentemente de idade, pois como salientado pelo Supremo Tribunal Federal,

> "o direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por omissão, em censurável comportamento inconstitucional. O direito público subjetivo à saúde traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público (federal, estadual ou municipal), a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no art. 196 da Constituição da República".[160]

6.4.3 Estatuto da Pessoa Idosa e fiscalização às entidades de atendimento aos idosos

O Estatuto da Pessoa Idosa, seguindo o entendimento *de proteção e vigilância sanitária*, determinou, em seu art. 48, parágrafo único, que as entidades governamentais e não governamentais de assistência ao idoso

ficarão sujeitas à inscrição de seus programas, junto ao órgão competente da Vigilância Sanitária e Conselho Municipal da Pessoa Idosa, e em sua falta junto ao Conselho Estadual ou Nacional da Pessoa Idosa, especificando os regimes de atendimento.

A legislação deve ser implementada com o auxílio do poder de polícia do Poder Público, que é responsável pela manutenção da saúde pública.

O Estatuto da Pessoa Idosa estabelece algumas medidas específicas a serem, obrigatoriamente, seguidas pelas entidades de atendimento *à terceira idade*, tais quais: oferecer instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança; apresentar objetivos estatutários e plano de trabalho compatíveis com o Estatuto; estar regularmente constituída; demonstrar a idoneidade de seus dirigentes; fornecer vestuário adequado e alimentação suficiente; e manter no quadro de pessoal profissionais com formação específica.[161]

6.4.4 Idoso e transporte público

O direito à gratuidade no transporte público foi, igualmente, consagrado pela Constituição Republicana de 1988.

Previu, assim, o texto constitucional a gratuidade dos transportes coletivos urbanos aos maiores de 65 anos. Trata-se de norma constitucional de eficácia imediata, que independe de regulamentação.[162]

O Estatuto da Pessoa Idosa, em seu art. 39, estabeleceu que aos maiores de 65 anos fica assegurada a gratuidade nos transportes coletivos públicos, urbanos e semiurbanos, exceto nos serviços seletivos, especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares. Essa previsão fez com que o Estatuto, por um lado, concedesse interpretação mais extensiva ao atual entendimento jurisprudencial, ao prever a *gratuidade nos transportes semiurbanos*, que podem ser entendidos como abrangendo as áreas metropolitanas[163] e o transporte *zona urbana-zona rural*,[164] até então

excluídos pelos julgados paulistas; porém, por outro lado, em seu art. 40, a nova legislação adotou interpretação mais restrita daquela que entendemos adequada e, consequentemente, inconstitucional, pois restringiu a gratuidade do *transporte intermunicipal* e *interestadual*, reservando somente duas vagas gratuitas por veículo para idosos com renda igual ou inferior a dois salários mínimos e desconto de 50%, no mínimo, no valor das passagens, para os idosos que excederem as vagas gratuitas, com renda igual ou inferior a dois salários mínimos.[165]

O direito subjetivo dos idosos *à gratuidade do transporte coletivo urbano* vem assegurado pelo art. 230, § 2º, da Constituição Federal, tratando-se de norma constitucional de eficácia plena, que, por conseguinte, independe de qualquer complementação infraconstitucional.[166]

Conforme proclamou o Supremo Tribunal Federal, "o direito dos idosos ao transporte gratuito não é um fim em si mesmo, e que a facilidade de seu deslocamento físico pelo uso de transporte coletivo deve ser assegurada como garantia da qualidade digna de vida para os que não podem pagar ou já colaboraram com a sociedade em períodos pretéritos, de modo a lhes caber, nesta fase da vida, tal benefício, a ser custeado pela sociedade".[167]

Ocorre, porém, que os destinatários desse direito devem, por óbvio, demonstrar sua condição de idoso (maior de 65 anos), para usufruírem da previsão constitucional. O fato de a legislação anterior pretender facilitar essa identificação, por meio da inscrição "MAIOR DE 65 ANOS" na cédula de identidade não apresentava nenhum caráter ilegal ou mesmo discriminatório. Em relação à legalidade da medida, importante salientarmos que a Lei nº 7.116, de 29-8-1983, em seu art. 3º, prevê quais os elementos obrigatórios que devam constar na carteira de identidade. A mesma lei, no § 1º do art. 4º, estipula que "*o Poder Executivo Federal poderá aprovar a inclusão de outros dados opcionais na Carteira de Identidade*".

O Poder Executivo Federal, no exercício do poder regulamentar previsto no art. 84 da Constituição Federal e com base no citado art. 4º da Lei nº 7.116/83, expediu o Decreto nº 89.250, de 27-12-1983, posteriormente alterado pelo Decreto nº 98.963, de 16-2-1990 e pelo Decreto nº 2.170/1997, que assim disciplinava o assunto:

> "Art. 2º A Carteira de Identidade conterá campo destinado ao registro: I - do número de inscrição no Programa de Integração Social - PIS ou no Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PASEP; II - do número do Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda - CPF; III - da expressão "Idoso ou maior de sessenta e cinco anos"; IV - de uma das expressões "Doador de órgãos e tecidos" ou "Não doador de órgãos e tecidos".

O Decreto nº 10.977, de 23-2-2022, que atualmente regula a matéria, não prevê a inclusão desta informação.

7 ÍNDIOS

A Constituição reconhece 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,[168] proteger e fazer respeitar todos os seus bens.[169] Além disso, prevê que os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses (CF, art. 109, XI), intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo, demonstrando a intenção constitucional de proteção aos interesses indígenas.

A competência constitucional da Justiça Federal nas causas que apresentem interesses dos índios engloba, inclusive, a ação penal em que imputada a figura do *genocídio,* praticado contra indígenas na disputa de

terras, uma vez que na hipótese protege-se o direito à vida da pessoa enquanto integrante de comunidade indígena.[170] Observe-se que há a necessidade da *proteção à vida do indivíduo enquanto integrante da comunidade indígena*, pois, nas demais hipóteses de homicídio praticado contra o índio, será competente a própria Justiça Estadual.[171]

A garantia constitucional prevista para os índios, em relação aos direitos originários sobre suas terras, tradição em nosso direito constitucional, vem pelos seguintes preceitos constitucionais: [172]

- *definição*: são *terras tradicionalmente ocupadas pelos índios* as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, tendo declarado o Supremo Tribunal Federal a nulidade de títulos de propriedade rural referentes a terras indígenas de posse permanente e habitação.[173] Importante ressaltar que o STF declarou ser "necessário que a União e a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) executem e implementem atividade de proteção territorial nas terras indígenas, independentemente de sua homologação";[174]
- *propriedade*: são bens da União (CF, art. 20, XI);
- *posse permanente*: é dos próprios índios. Indispensável a lição de José Afonso da Silva, que preleciona: "A posse das terras ocupadas tradicionalmente pelos índios *não é a simples posse* regulada pelo direito civil; não é a posse como simples poder de fato sobre a coisa, para sua guarda e uso, com ou sem ânimo de tê-la como própria. É, em substância, aquela *possessio ab origine* que, no início, para os romanos, estava na consciência do

antigo povo, e era não a relação material de homem com a coisa, mas um poder, um senhorio";[175]

- *destinação*: as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o *usufruto* exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, compreendendo, pois, o uso e a fruição, quer se trate de minerais, de vegetais ou de animais. Além disso, são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis;
- *aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais*: só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei. Não sendo, porém, permitida qualquer atividade garimpeira em cooperativa, e tampouco autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas indígenas (CF, art. 231, § 7º);
- *remoção dos índios*: é vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no caso de interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco (*Princípio da irremovibilidade dos índios de suas terras*).

Dessa forma, conforme definiu o Supremo Tribunal Federal, a Constituição Federal

> "confere competência à Justiça Federal para processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas, os quais são aqueles indicados

> no art. 231 da Constituição, abrangendo os elementos da cultura e os direitos sobre terras, não alcançando delitos isolados praticados sem qualquer envolvimento com a comunidade indígena".[176]

Por fim, determinou a Constituição que 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 o art. 231, 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 à indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto a benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF, art. 231, § 6º).

[1] EC nº 108, de 26 de agosto de 2020.

[2] Redação dada pelas ECs nºs 20/98, 42/2003, 103/2019 e 108/2020.

[3] Nesse sentido: STF – Pleno – Adin nº 2.010/DF – medida cautelar – Rel. Min. Celso de Mello. *Informativo STF* nº 164; STF – Pleno – Adin nº 2.078/AM – Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

[4] STF – Adin nº 1.433-1/GO (medida liminar) – Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, Seção I, 1º jul. 1996, p. 23.861.

[5] Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019.

[6] Redação dada pela EC nº 20/98.

[7] No tocante ao "dever do Estado" em promover a Saúde Pública, o STF declarou a constitucionalidade do "PROJETO MAIS MÉDICOS", instituído pela Medida Provisória 621/2013, posteriormente, convertida na Lei 12.871/2013, tendo salientando que "a ocorrência de problemas na aplicação da lei não afeta a constitucionalidade do modelo, opção legítima para a maior preocupação da sociedade que é a saúde. A norma atacada pode não ter sido a melhor opção do ponto de vista técnico, mas foi opção de política pública válida para tentar minimizar a dificuldade de se fazer chegar a possibilidade de atendimento médico aos locais mais distantes" (Pleno, ADI 5035 e 5037/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 30-11-2017).

[8] STF – Pleno – RE 657.718/MG – Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão Min. Roberto Barroso, j. 22-5-2019.

[9] STF – Pleno – RE 1.165.959/SP – Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p / Acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 21-6-2021.

[10] O Congresso Nacional aprovou a EC nº 106, de 7 de maio de 2020, que instituiu o regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia. Entrou em vigor na data de sua publicação, tendo previsão de revogação na data do encerramento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Congresso Nacional. A Emenda Constitucional convalidou os atos de gestão praticados a partir de 20 de março de 2020, desde que com ela compatíveis (art. 10). Também foi aprovada a EC nº 107, de 2 de julho de 2020, que adiou, em razão da pandemia da Covid-19, as eleições municipais, alterando os prazos eleitorais.

[11] STF – Pleno – ADPF 672, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 13-10-2020; STF – Pleno – ADI 6343 MC-Ref, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 6-5-2020; STF – Pleno – ADI 6357 MC-Ref, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 13-5-2020; STF – Pleno – ADI 6341 MC-Ref, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão Min. Edson Fachin, j. 15-4-2020; STF – Pleno – ADI 6262, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 2-9-2020.

[12] WALKER, Patrick G. T. et al. The impact of COVID-19 and strategies for mitigation and suppression in low- and middle-income countries. Disponível em: <https://science.sciencemag.org/content/369/6502/413>. Acesso em: 10 fev. 2021; FERGUSON, Neil M. et al. Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID-19 mortality and healthcare demand. Disponível em: <https://www.imperial.ac.uk/media/imperial-college/medicine/mrc-gida/2020-03-16-COVID19-Report-9.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021.

[13] STF – Pleno – ACO 3473/DF, ACO 3474/SP, ACO 3475/DF, ACO 3478/PI, ACO 3483/DF, Rel. Min. Rosa Weber, julgamento virtual finalizado em 10-11-2021.

[14] STF – Pleno – ADPF 709 TPI-Ref/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, julgamento virtual finalizado em 18-6-2021.

[15] STF – Pleno – ADPF 742/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, red. p/Acórdão Min. Edson Fachin, julgamento virtual finalizado em 24-2-2021.

[16] STF – Pleno – ADPF 756 TPI-oitava-Ref/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento virtual finalizado em 8-10-2021.

[17] STF – Pleno – ADI 6586/DF, ADI 6587/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 16 e 17-12-2020.

[18] “A ausência de estudo atuarial específico e prévio à edição de lei que aumente a contribuição previdenciária dos servidores públicos não implica vício de inconstitucionalidade, mas mera irregularidade que pode ser sanada pela demonstração do déficit financeiro ou atuarial que justificava a medida” (STF – Pleno – Tema 933 RG – ARE 875958/GO, Rel. Min. Roberto Barroso, julgamento virtual finalizado em 18-10-2021).

[19] “Na apuração do imposto sobre a renda de pessoa física, a pessoa com deficiência que supere o limite etário e seja capacitada para o trabalho pode ser considerada como dependente quando a sua remuneração não exceder as deduções autorizadas por lei” (STF – Pleno – ADI 5583/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, red. p/acórdão Min. Roberto Barroso, julgamento virtual finalizado em 14-5-2021).

[20] Trata-se do antigo art. 201, § 5º, da CF.

[21] STF – 1ª T. – Rextr. nº 151.122 (AgRg)/SP – Rel. Min. Celso de Mello.

[22] Na vigência do texto original do art. 202 da CF ("*É assegurada a aposentadoria, nos termos da lei,...*"), o Supremo Tribunal Federal havia decidido pela ausência de autoaplicabilidade da norma constitucional, que dependeria de integração legislativa, que somente foi implementada a partir das Leis n°s 8.212 e 8.213, ambas de 1991, que aprovaram os Planos de Custeio e de Benefícios de Previdência Social (STF – 2ª T. – Rextr. nº 195.940-1 – Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, Seção I, 21 jun. 1996, p. 22.304. No mesmo sentido: STF – 1ª T. – Rextr. nº 206.072-1/SP – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 jun. 1997, p. 24.897).

[23] Redação dada pela EC nº 20/98 e, principalmente, EC nº 103/19.

[24] O anterior limite era de R$ 1.200,00 (EC nº 20/98). Note-se que esse posicionamento de estabelecimento de um teto máximo para o valor dos benefícios na Constituição Federal nunca foi consenso no Congresso Nacional, pois como salientou o então relator das propostas revisionais aos arts. 40, 194, 195, 201, 202, 203, 204, 239, 240 e 245, ex-deputado federal e atual Ministro do STF, Nelson Jobim, em seu parecer nº 78, de 1994-RCF: "Ao contrário do atual texto constitucional, não definimos o limite mínimo de valor, hoje estabelecido em um salário mínimo. Acreditamos que o piso e o *teto de benefícios* não devem ser tratados no texto constitucional."

[25] STF – Pleno – Adin nº 1.946/DF – medida cautelar – Rel. Min. Sydney Sanches, decisão: 29-4-99 – *Informativo STF* nº 147. Cf, ainda, *Informativo STF* nº 144.

[26] Nos termos da EC nº 103/19, até que a lei discipline o cálculo dos benefícios do regime próprio de previdência social da União e do Regime Geral de Previdência Social, será utilizada a média aritmética prevista em seu artigo 26.

[27] Nos termos da EC nº 103/19, até que a lei discipline o cálculo dos benefícios do regime próprio de previdência social da União e do Regime Geral de Previdência Social, será utilizada a média aritmética prevista em seu artigo 26.

[28] Nos termos da EC nº 103/19, até que a lei discipline o cálculo dos benefícios do regime próprio de previdência social da União e do Regime Geral de Previdência Social, será utilizada a média aritmética prevista em seu artigo 26.

[29] Houve alteração parcial do previsto pela EC nº 20/98 e pela EC nº 103/19.

[30] Conforme decidiu o STF: “os estrangeiros residentes no País são beneficiários da assistência social prevista no art. 203, V, da Constituição Federal, uma vez atendidos os requisitos constitucionais e legais” (STF, Pleno, RE 587970/SP, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 19 e 20-4-2017).

[31] Emenda Constitucional nº 114, de 16 de dezembro de 2021.

[32] CF/67-69 – art. 8º, XIV: “Compete à União estabelecer e executar planos nacionais de educação e de saúde, bem como planos regionais de desenvolvimento” e art. 8º, XVII, *q*, – “legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional; normas gerais sobre desportos”.

[33] Redação dada pela EC nº 42, promulgada em 19 de dezembro de 2003 e publicada no *DOU* de 31-12-2003.

[34] JUREMA, Aderbal. A educação e a cultura nas constituições brasileiras. *Revista de Informação Legislativa*, nº 34/13; FIGUEIREDO, Paulo de. Educação e constituinte. *Revista de Informação Legislativa*, nº 87/77.

[35] Na hipótese, entendeu o STF ser competência concorrente a legislação sobre número máximo de alunos em sala de aula na educação infantil, fundamental e média (STF – Pleno – ADI nº 4060/SC – Rel. Min. Luiz Fux – decisão: 25-2-2015 (ADI-4060).

[36] STF – Pleno – ADI nº 1.007-7/PE – Rel. Min. Eros Grau, *Diário da Justiça*, Seção I, 17 mar. 2006, p. 3.

[37] Pleno, RE 888815/RS, red. p/ac. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 12-9-2018. Tema 822/RG.

[38] MELLO FILHO, José Celso. *Constituição...* Op. cit. p. 533.

[39] BOAVENTURA, Edivaldo M. A Constituição e a educação brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, nº 127/34.

[40] STF – 2ª T. – AgI nº 596.927-6/SP – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 15 fev. 2007, p. 31.

[41] STF – Pleno – ADI 3330/DF – Rel. Min. Ayres Britto, decisão: 3-5-2012.

[42] *RDA* 139/52.

[43] STF – Pleno – ADI nº 1.007-7/PE – Rel. Min. Eros Grau, *Diário da Justiça*, Seção I, 17 mar. 2006, p. 3.

[44] STF, Pleno, RE 597854/GO, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 26-4-2017.

[45] “É inconstitucional o dispositivo da Constituição de Santa Catarina que estabelece o sistema eletivo, mediante voto direto e secreto, para a *escolha dos*

dirigentes dos estabelecimentos de ensino. É que os cargos públicos ou são providos mediante concurso público, ou, tratando-se de cargo em comissão, mediante livre nomeação e exoneração do Chefe do Poder Executivo, se os cargos estão na órbita deste (CF art. 37, II, art. 84, XXV)" – STF – Pleno – Adin nº 123-0/SC – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 12 set. 1997, p. 43.713. Nesse mesmo sentido, decidiu o STF: "As nomeações para os cargos da Administração, ressalvadas as hipóteses inscritas na Constituição, são da competência do Chefe do Poder Executivo (CF, art. 84, XXV), facultadas as delegações indicadas no parág. único do mesmo artigo 84, CF, II – Cautelar deferida para suspensão da eficácia, no § 1º do art. 230 da Constituição do Ceará, que cuida da nomeação dos membros do Conselho de Educação, das expressões: indicados na seguinte proporção: um terço pelo Secretário de Educação do Ceará e dois terços pelo Legislativo" (STF – Pleno – Adin nº 143-4/CE – Rel. Min. Carlos Velloso – *Diário da Justiça*, Seção 1, 30 mar. 2001, p. 80).

[46] Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 19 de dezembro de 2006 (*DOU* de 20-12-2006).

[47] EC nº 108, de 26 de agosto de 2020.

[48] STF – Pleno – ADPF 457, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 27-4-2020. Conferir, no mesmo sentido: STF – Pleno – ADPF 467, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 29-5-2020; STF – Pleno – ADPF 526, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 11-5-2020; STF – Pleno – ADPF 460, Rel. Min. Luiz Fux, j. 29-6-2020.

[49] Emenda Constitucional nº 11, de 1996.

[50] O STF decidiu que a previsão de nomeação "pro tempore", pelo Ministro da Educação, de dirigentes de instituições de ensino federais viola o princípio da autonomia e da gestão democrática do ensino público (STF – Pleno – ADI 6543/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento virtual finalizado em 26-3-2021).

[51] STF – Pleno – ADPF 548, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 15-5-2020.

[52] STF – Pleno – ADI 5946/RR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento virtual finalizado em 21-5-2021.

[53] STF – Pleno – ADPF 759 MC-Ref/DF, Rel. Min. Edson Fachin, Red. p/acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgamento virtual finalizado em 6-2-2021.

[54] Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 11 de novembro de 2009.

[55] Pleno, ADPF 292/DF, Rel. Min. Luiz Fux; e ADC 17/DF, red. p/ac Min. Roberto Barroso, julgamento em 1º-8-2018.

[56] Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 12-9-1996.

[57] O STF declarou a constitucionalidade da Lei nº 13.146/2015, que estabelece a obrigatoriedade de as escolas privadas promoverem a inserção das pessoas com deficiência no ensino regular e prover as medidas de adaptação necessárias sem que o ônus financeiro seja repassado às mensalidades, anuidades e matrículas, afirmando que, "se é certo que se prevê como dever do Estado facilitar às pessoas com deficiência sua plena e igual participação no sistema de ensino e na vida em comunidade, bem como, de outro lado, a necessária disponibilização do ensino primário gratuito e compulsório, é igualmente certo inexistir qualquer limitação da educação das pessoas com deficiência somente a estabelecimentos públicos ou privados que prestem o serviço público educacional".

[58] Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 19 de dezembro de 2006 (*DOU* de 20-12-2006).

[59] STF, Pleno, RE 1008166, Rel. Min. Luiz Fux, 22-9-2022.

[60] STF – Pleno – ADI 6312/RS, Rel. Min. Roberto Barroso, julgamento virtual finalizado em 18-12-2020.

[61] Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 11 de novembro de 2009.

[62] STF – Pleno – ADI 4439/DF, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 27-9-2017.

[63] "Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I – cumprimento das normas gerais da educação nacional; II – autorização e avaliação de qualidade pelo poder público."

[64] Emendas Constitucionais nº 14, de 12-9-1996, e nº 108, de 26-8-2020.

[65] STF – Pleno – ADI 5719, Rel. Min. Edson Fachin, j. 18-8-2020; STF – Pleno – ADI 6049/GO, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento virtual finalizado em 20-8-2021.

[66] Conferir a Lei 14.113/2020, que regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB).

[67] TÁCITO, Caio. Educação, cultura e tecnologia na constituição. *A constituição*... Op. cit. p. 414.

[68] STF – Pleno – Tema 704 RG – RE 627432/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 18-3-2021.

[69] STF – Pleno – Tema 1013 RG – RE 1070522/PE, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 18-3-2021.

[70] Redação dada pela EC nº 42, promulgada em 19 de dezembro de 2003 e publicada no *DOU* de 31-12-2003.

[71] EC nº 48, promulgada em 10 de agosto de 2005 (*DOU* de 11-8-2005).

[72] O STF declarou a constitucionalidade do Estatuto do Torcedor decidindo tratar-se de um "conjunto ordenado de normas de caráter geral" (STF – Pleno – ADI 2937/DF – Rel. Min. Cezar Peluso, 23-2-2012).

[73] Em relação à autonomia das entidades desportivas e do poder de regulação normativa do Estado, conferir: STF – Pleno – ADI 3.045-1/DF – Rel. Min. Celso de Mello, 10-8-2005.

[74] A hipótese tratou da norma prevista no art. 59 do Código Civil (STF, 1ª T, STF, 1ª T, RE 935482 AgR/SP, rel. Min. Rosa Weber, julgamento em 7-2-2017).

[75] STF, Pleno, ADI 5450 MC-Ref/DF, rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 18-12-2019.

[76] Conferir Emenda Constitucional nº 85, de 2015.

[77] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários...* Op. cit. v. 4. p. 92.

[78] MIRANDA, Jorge. Op. cit. t. 4, p. 399.

[79] Cf. TOURINO, Arx. A família e os meios de comunicação. *Revista de Informação Legislativa,* nº 125/141.

[80] A possibilidade de a pessoa jurídica ser proprietária foi introduzida pela EC nº 36, de 28 de maio de 2002, que, porém, exige que pelo menos 70% do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverão pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação.

[81] "Mandado de segurança – Liberdade de Imprensa assegurada pelo art. 220 da CF e os Direitos da Criança e do Adolescente conferidos pelo art. 227 da Carta Magna – No conflito entre direitos, têm primazia os direitos da criança e do adolescente, ínsito no ataque ao pudor, não integra a liberdade de informação. Afirmar que um direito é absoluto significa que ele é inviolável pelos limites que lhe são assinalados pelos motivos que o justificam" (TJSP – Cam. Esp. MS 13.176-0/2-SP – Des. Denio Garia, j. 8-8-91, v.u.).

[82] STF – Pleno – ADI 2404/DF – Rel. Min. Dias Toffoli, decisão: 30-11-2011. Conferir, ainda, no Superior Tribunal de Justiça: Resp 1209792/RJ – Rel. Min.

Nancy Andrighi, decisão: 8-11-2011.

[83] STF – Pleno – ADPF 130, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 30-4-2009, Plenário, *DJE* de 6-11-2009.

[84] Em garantia da liberdade de informação, o Supremo Tribunal Federal declarou concentradamente a não recepção da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67). Conferir: STF – Pleno – ADPF 130/DF, Rel. Min. Carlos Britto, 30-4-2009, *Informativo STF* nº 544.

[85] Em defesa do direito de informar e de receber informações verdadeiras, o STF suspendeu a vigência de diversos dispositivos da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67), por vislumbrá-la com "nítido viés autoritário" (STF – Pleno – ADPF 130 MC/DF – Rel. Min. Carlos Britto, decisão: 27-2-2008).

[86] STJ – 3ª T. – RMS nº 3.292-2/PR – Rel. Min. Costa Leite – *Ementário STJ*, 12/254.

[87] REVEL, Jean François. *El conocimiento inútil*. Barcelona: Planeta, 1989. p. 207.

[88] Conferir excelente voto: STF – Pet. 3486/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22.8.2005 – *Informativo STF* nº 398, p. 4.

[89] STF – Inquérito nº 870-2/RJ – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 15 abr. 1996, p. 11.462.

[90] Conferir o julgamento sobre a constitucionalidade do Código Florestal (ADC 42/DF, ADI 4901, ADI 4902, ADI 4903, ADI 4937, Rel. Min. Luiz Fux, em 28-2-2018), em que o STF manteve a quase totalidade do texto aprovado pelo Congresso Nacional.

[91] MACHADO, Paulo Affonso Leme. Constituinte e meio ambiente. *Revista de Informação Legislativa,* nº 93/329; DECOMAIN, Pedro Roberto. Direito à informação ambiental. *Revista de Informação Legislativa,* nº 83/385.

[92] MILARÉ, Édis. *Legislação ambiental do Brasil*. São Paulo: APMP, 1991. p. 3.

[93] Nesse sentido, o STF declarou a constitucionalidade do novo marco legal do saneamento básico – Lei 14.026, de 15 de julho de 2020 (STF – Pleno – ADI 6.492/DF, ADI 6.536/DF, ADI 6.882/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 2-12-2021).

[94] Cyrille Klemm aponta a necessidade de uma zona de proteção de ecossistemas (terrestres e aquáticos) com regime jurídico especial, independentemente das qualificações existentes tradicionalmente no sistema jurídico (KLEMM, Cyrille de. *Les elements de l'environnement.* L'ecologie et la loi: le statut juridique de l'environnement. Paris: L'Harmattan, 1989. p. 90).

[95] SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito internacional do meio ambiente.* São Paulo: Atlas, 2001. p. 298. Nesse mesmo sentido, apontando a necessidade de uma proteção integral independentemente de fronteiras: ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Manual de direito internacional público.* 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 241; REZEK, Francisco. *Direito internacional público.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 301.

[96] O Supremo Tribunal Federal afirmou o conceito de *"meio ambiente como patrimônio público"*, declarando que "dentro desse contexto, emergem com nitidez a ideia de que o meio ambiente constitui patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais" (*RTJ*, 164/158 – Min. Celso de Mello).

[97] Conforme salienta Martha Jimenez, "os acidentes responsáveis por danos ambientais ocorridos na última década certificam por si só que a poluição ambiental não se limita às fronteiras de um país. Chernobyl, o acidente da Sandoz que contaminou o Rhin, a poluição marítima devida a acidentes de navios petroleiros ou a ações deliberadas de guerra, com os incêndios de postos petrolíferos causados pelos exércitos iraquianos ao se retirarem do Kuwait, a degeneração da camada de ozônio, para citar alguns fatos, ainda estão presentes na memória da comunidade internacional e lhe recordam constantemente a interdependência dos Estados em matéria de proteção ao meio ambiente" (JIMENEZ, Martha Lucia Olivar. *O estabelecimento de uma política comum de proteção do meio ambiente*: sua necessidade num mercado comum. Estudos de integração. Brasília: Associação Brasileira de Estudos de Integração – Senado Federal, 1994. v. 7, p. 15).

[98] KLEMM, Cyrille de. *Les elements de l'environnement.* L'ecologie et la loi: le statut juridique de l'environnement. Paris: L'Harmattan, 1989. p. 100.

[99] KISS, Alexandre Charles. *Droit international.* L'écologie et la loi: le statut juridique de l'environnement. Paris: L'Harmattan, 1989. p. 177.

[100] *RTJ*, 164/158.

[101] STF – Pleno – ADPF 747/DF, ADPF 749/DF, rel. Min. Rosa Weber, julgamento virtual finalizado em 13-12-2021. Em relação à aplicação pelo STF do princípio da precaução e campo eletromagnético, conferir: RE 627.189/SP – Rel. Min. Dias Toffoli, 8-6-2016.

[102] No sentido da necessidade de prevenir a ocorrência de empreendimentos e atividades lesivas ao meio ambiente: STF – Pleno – Adin nº 2.083/DF – Rel. Min. Moreira Alves, decisão: 3-8-2000. *Informativo STF* nº 196.

[103] KROMAREK, Pascale. *Droit communautaire.* L'écologie et la loi: le statut juridique de l'environnement. Paris: L'Harmattan, 1989. p. 140.

[104] STF – Pleno – Adin nº 1.952/DF – medida cautelar – Rel. Min. Moreira Alves, decisão: 12-8-99. *Informativo STF* nº 157.

[105] STF – 1ª T. – Rextr. nº 134.297-8/SP – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça,* Seção I, 22 set. 1995, p. 30.597.

[106] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Access to...* Op. cit. p. 26.

[107] A classificação é de HORTA, Raul Machado. *Estudos de*... Op. cit. p. 308. Cf. apontamentos sobre a proteção legal ao meio ambiente: SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 75 ss.

[108] STF – Pleno – Tema 999 – RE 654833, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 20-4-2020.

[109] STF, Pleno, ADI 4757/DF, Rel. Min. Rosa Weber, 13-12-2022.

[110] STF – Pleno – ADI 861, Rel. Min. Rosa Weber, j. 6-3-2020.

[111] STF, Pleno, RE 732686/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 19-10-2022. Tema 970 de Repercussão Geral: "É constitucional – formal e materialmente – lei municipal que obriga à substituição de sacos e sacolas plásticos por sacos e sacolas biodegradáveis".

[112] STF – Pleno – MS nº 22164/SP – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39.206.

[113] Redação dada pela EC nº 42, promulgada em 19 de dezembro de 2003 e publicada no *DOU* de 31-12-2003.

[114] STF – Pleno – ADI 5475, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 20-4-2020; STF – Pleno – ADI 4069, Rel. Min. Edson Fachin, j. 8-9-2020; STF – Pleno – ADPF 747 MC-Ref, Rel. Min. Rosa Weber, j. 30-11-2020; STF – Pleno – ADI 5547, Rel. Min. Edson Fachin, j. 22-9-2020. STF, Pleno, ADPF 748/DF, Rel. Min. Rosa Weber, 23-5-2022 (em relação à supressão de marcos regulatórios ambientais e proibição do retrocesso ambiental).

[115] *O princípio da proibição de retrocesso ambiental.* Brasília-DF. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle do Senado Federal. p. 62. Trata-se de excelente estudo onde vários juristas-ambientalistas nacionais e internacionais apontam tratar-se a proibição de retrocesso ambiental de princípio implícito de nossa Constituição Federal. Cf., também: SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (socio) ambiental*. p. 212.

[116] STF, Pleno, ADPF 651/DF, Rel. Min. Carmen Lucia, 4-5-2022.

[117] Cf. Lei nº 9.605, de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

[118] STF, ADI 3646/DF, Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, Sessão Virtual de 13-9-2019 a 19-9-2019.

[119] STF – Pleno – Adin nº 1.086-7/SC – Pleno – medida liminar – Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, Seção I, 16 set. 1994.

[120] STF – Pleno – ADI 1086/SC – Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 7-2001.

[121] STF – Pleno – ADI 6672/RR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento virtual finalizado em 14-9-2021.

[122] STF – Pleno – ADI 6650/SC, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento virtual finalizado em 26-4-2021.

[123] STF, Pleno, ADI 6808/DF, Rel. Min. Carmen Lúcia, 4-5-2022.

[124] STF – 2ª T. – Rextr. nº 153.531-8/SC – Rel. Min. Francisco Rezek, *Diário da Justiça*, Seção I, 13 mar. 1998, p. 13. No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser inconstitucional lei estadual que autorize e regulamente, sob título de práticas ou atividades esportivas com aves de raças ditas combatentes, as chamadas "*rinhas*" (STF – Pleno – ADI 3.776-5/RN – Rel. Min. Cezar Peluzo, *Diário da Justiça*, Seção I, 29 jun. 2007, p. 22).

[125] STF – Pleno – ADI 4246/PA – Rel. Min. Ayres Britto, decisão: 26-5-2011; STF – Pleno – ADI 1856/RJ – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 26-5-2011.

[126] STF – Pleno – ADI 4.983/CE – Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento: 6-10-2016.

[127] STF – Pleno – ADPF 640 MC-Ref/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento virtual finalizado em 17-9-2021.

[128] STF – Pleno – ADI 5995/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 26 e 27-5-2021.

[129] EC nº 123, de 14 de julho de 2022.

[130] *RTJ* 158/206.

[131] Op. cit. p. 141.

[132] STF, Pleno, RE 646721/RS (repercussão geral), rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso e RE 878694/MG, rel. Min. Roberto Barroso, ambos julgados em 10-5-2017.

[133] STF – Pleno – ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, decisão 4 e 5 de maio de 2011.

[134] STF – 477554/MG – Rel. Min. Celso de Mello, *DJe* 3-8-2011.

[135] STJ – 4ª T. – Resp 1183378/RS – Rel. Min. Luis Felipe Salomão, decisão: 25-10-2011.

[136] STJ – 2ª Seção – Res 1085646/RS – Rel. Min. Nancy Andrighi, decisão: 11-5-2011.

[137] STF – Pleno – Tema 529 RG – RE 1045273/SE, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento virtual finalizado em 19-12-2020.

[138] STF – Pleno – Tema 526 RG – RE 883168/SC, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento virtual finalizado em 2-8-2021.

[139] Anteriormente à EC nº 66/2010, nessa hipótese, o lapso temporal de 1 ano havia sido o único requisito legal recepcionado pela nova ordem constitucional (STF – Pleno – RE 387271 – Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 8-8-2007).

[140] TJSP – *RT* 656/79.

[141] *RJTJSP* 120/104.

[142] *RJTJSP* 117/31; TJ/PR – *RT* 645/159.

[143] *RJTJSP* 118/130.

[144] Cf. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996; regula o § 7º do art. 226, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidade e dá outras providências.

[145] STF – Pleno – AR 1.244 EI/MG – Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento: 22-9-2016.

[146] *RJTJSP* 120/19; TJ/SC – *RT* 647/173; TJ/SC – *RTJE* 72/168.

[147] Nesse sentido: “Filho adulterino reconhecido pelo pai, em registro de nascimento. Nulidade inocorrente. Aplicação do direito novo, em face do que dispõe o art. 227, § 6º, da CF recentemente promulgada. Embargos infringentes rejeitados por unanimidade” (TJ/RS – 3º Grupo de Câmaras Cíveis – EI nº 587.036.567 – Rel. Des. Sérgio Pilla da Silva). Conferir, ainda, *RJTJSP* 119/112 e TJ/MG – 5ª Câmara – AC 79.678/5 – Rel. Des. Artur Mafra, decisão: 21 dez. 1989.

[148] TJSP – *RJTJSP* 119/383; TJ/PR – 2ª Câmara – Apelação Cível nº 2.000/89 – Rel. Des. Negi Calixto, decisão: 13 jun. 1990.

[149] STJ – Terceira Turma – Resp. 1.159.242/SP – Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 24-4-2012.

[150] STF, Pleno, ADI 5422/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, 6-6-2022.

[151] LLORENTE, Francisco Rubio. *Derechos fundamentales y principios constitucionales.* Barcelona: Ariel, 1995. p. 152 e 178. Ressalte-se, porém, que não é esse o entendimento da maioria do Supremo Tribunal Federal (vencidos quatro ministros) ao afirmar que "discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, 'debaixo de vara', para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos" (Pleno – HC nº 71373/RS – Rel. Min. Francisco Rezek, *Diário da Justiça*, Seção I, 22 nov. 1996, p. 45.686). No mesmo sentido: STF – 1ª T. – HC nº 76.0604/SC – medida liminar – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 out. 1997, p. 50.666.

[152] A introdução da terminologia "jovem" foi dada pela EC nº 65, de 13 de julho de 2010.

[153] "Direito à própria imagem – Contrato firmado com menor para divulgação de sua nudez – Nulidade – Indenização devida. A responsabilidade civil relativa ao contrato firmado com menores surge da vedação legal deles (púberes ou impúberes) não poderem firmar avença sem representação ou assistência de seus genitores ou representantes legais, ainda mais se tal contrato é para divulgação, em calendários de nudez. Dessa forma, tal avença é nula e gera para a empresa contratante o dever de reparar os prejuízos que causou a imagem do menor" (TJMT – 3ª Câmara Ap nº 16.991-MT; Rel. Des. José Tadeu Cury; 28-2-1996; v.u. ementa – MSP nº 1987 – *Ementário* – 22 a 28 jan. 1997, p. 7-e).

[154] No sentido da proteção integral das crianças e adolescentes, o STF vedou a possibilidade de recolhimento compulsório de crianças (Pleno, ADI 3446/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 7 e 8-8-2019).

[155] Cf. no ordenamento jurídico ordinário a aplicação da *doutrina da proteção integral*, como sendo aquela que abrange todas as necessidades do ser humano para o pleno desenvolvimento de sua personalidade (SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 13).

[156] STF – Pleno – ADI 2096, Rel. Min. Celso de Mello, j. 13-10-2020.

[157] STF, Pleno, RE 1348854/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, 12-5-2022. Tema 1182 de Repercussão Geral.

[158] "É dever do Estado preservar e amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhe o direito à vida" (TRF – 5ª Região – 2ª T. – Agravo nº 92.05.02178/DE – Rel. Juiz Petrúcio Pereira, *Diário da Justiça*, Seção II, 21 maio 1993, p. 19.307).

[159] O Estatuto do Idoso ampliou o entendimento construído no Supremo Tribunal Federal sobre a obrigatoriedade constitucional de fornecimento de *qualquer tipo de medicamento essencial, de maneira gratuita,* para os hipossuficientes. Nesse sentido: STF – Rextr. nº 241.630-2/RS – Rel. Min. Celso de Mello – *Diário da Justiça*, Seção 1, 3 abr. 2001, p. 49; STF – Pleno – Rextr. (AgRg) 271.286/RS – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 12-9-00. *Informativo* nº 202. E, ainda: STF – Pleno – Rextr. nº 232.335-1/RS – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 25 ago. 2000, p. 99. Conferir a íntegra da decisão do Min. Celso de Mello no *Informativo STF* nº 202.

[160] STF – Rextr. nº 241.630-2/RS – Rel. Min. Celso de Mello – *Diário da Justiça*, Seção 1, 3 abr. 2001, p. 49.

[161] Esse atendimento, em relação aos serviços de enfermagem, deve ser feito em respeito ao art. 23 da Lei nº 7.498/86 e da Resolução Confen 186, que exige a presença de enfermeiros para cobertura durante 24 horas e a presença de atendentes de enfermagem prestando assistência de enfermagem.

[162] O STF declarou ser o § 2º do art. 230 da CF norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata (STF – Pleno – ADI 3768/DF – Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão: 19-9-2007. *Informativo STF* nº 480). Nesse sentido, a jurisprudência paulista já havia consagrado a gratuidade do transporte coletivo urbano aos maiores de 65 anos: TJ/SP – 7ª Câmara – AC nº 129.144-1 – Rel. Des. Benini Cabral, decisão: 24 out. 1990.

[163] Nesse sentido, conferir: TJ/RJ – *RT* 665/147.

[164] No sentido da inexistência de obrigatoriedade constitucional na gratuidade de transporte coletivo rural aos maiores de 65 anos: TJ/SP – 6ª Câmara de Direito Público – Apelação Cível nº 37.186-5/1 – Rel. Des. William Marinho, decisão: 10-8-98; TJ/SP – 8ª Câmara de Direito Público – Apelação Cível nº 47.164-5/0 – Rel. Des. Toledo Silva, decisão: 29-7-97; TJ/SP – 6ª Câmara de Direito Público – Apelação Cível nº 49.510-5/4 – Rel. Des. Afonso Faro, decisão: 8-10-98.

[165] O STF, por maioria, declarou constitucional o art. 39 do Estatuto do Idoso (STF – Pleno – ADI 3768/DF – Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão: 19-9-2007. *Informativo STF* nº 480).

[166] STJ – 1ª T. – Resp. 916.675/RJ – Rel. Min. Teori Albino Zavascki, decisão: 25-11-2008.

[167] STF – Pleno – ADI 3768/DF – Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão: 19-9-2007. *Informativo STF* nº 480.

[168] Conforme decidiu o STF, "o prazo de 5 anos para a conclusão de demarcação de terras indígenas não é decadencial, sendo a norma constante no art. 67 do ADCT meramente programática, a indicar ao órgão administrativo que proceda às demarcações dentro de um prazo razoável" (STF – Pleno – RMS 26212/DF – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão: 3-5-2011).

[169] Em relação à necessidade de proteção específica das populações indígenas durante a pandemia causada pelo coronavírus (Covid-19): STF – Pleno – ADPF 709 MC-Ref, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 5-8-2020.

[170] *RTJ* 158/736. No mesmo sentido: STF – 2ª T. – MC nº 71.835-3/MS – Rel. Min. Francisco Rezek, *Diário da Justiça*, Seção I, 22 fev. 1996, p. 45.687. No mesmo sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal competir à Justiça Federal "julgar assassinato cometido contra índio, no interior da aldeia a que ele pertencia, e que teve como causa a disputa sobre as terras ocupadas pela comunidade indígena", uma vez que considerou "que o crime de homicídio tivera relação direta com questão concernente a 'direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam...' (CF, art. 231) e que tais direitos encontram-se compreendidos na norma inscrita no art. 109, XI, da CF ('Aos juízes federais compete processar e julgar: ... XI – a disputa sobre direitos indígenas'). Precedentes citados: RREE 192.473-RR (*DJU* de 29-8-97), 206.608-RR (*DJU* de 17-9-99) e HC 71.835-MS (*DJU* de 22-11-96)" (STF – Pleno – RE nº 270.379/MS – Rel. Min. Maurício Corrêa, 17-4-2001 – *Informativo STF* nº 224, 16 a 20 abr. 2001, p. 2).

[171] STJ – CC nº 19.687/DF – Rel. Min. William Patterson, *Diário da Justiça*, Seção I, 8 set. 1997, p. 42.428.

[172] Em relação à necessária compatibilização entre a regularização fundiária, a proteção ao meio ambiente e o respeito aos direitos dos grupos identitários de remanescentes de quilombos e comunidades tradicionais, conferir: STF, Pleno, ADI 4269/DF, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 18.10.2017.

[173] STF – Pleno – ACO 312/BA, Rel. orig. Min. Eros Grau, red. p/Acórdão Min. Luiz Fux, decisão: 2-5-2012.

[174] STF, Pleno, ADPF 709 MC – segunda Ref./DF, Rel. Min. Roberto Barroso, SV 18 a 25 de fevereiro de 2022.

[175] SILVA, José Afonso. *Curso...* Op. cit. p. 729.

[176] STF – 2ª T. – HC nº 75.404-0/DF – Rel. Min. Maurício Corrêa – *Diário da Justiça*, Seção 1, 27 abr. 2001, p. 59.



Sistema Tributário Nacional 16

1 CONCEITO

A Constituição Federal de 1988 consagrou o *Sistema Tributário Nacional* como a principal diretriz do Direito Tributário,[1] estabelecendo regras básicas regentes da relação do Estado/Fisco com o particular/contribuinte e definindo as espécies de tributos, as limitações do poder de tributar, a distribuição de competências tributárias e a repartição das receitas tributárias,[2] caracterizando-se, pois, pela rigidez e complexidade.[3]

O sistema constitucional tributário, na definição de Geraldo Ataliba, é o "conjunto de princípios constitucionais que informa o quadro orgânico de normas fundamentais e gerais de Direito Tributário vigentes em determinado país".[4]

A imposição tributária, como lembra Ives Gandra, "representa apropriação de bens do cidadão"[5] e, portanto, sempre deverá observar fielmente os princípios e preceitos constitucionais, pois salienta o Supremo Tribunal Federal que o "fundamento do poder de tributar, por isso mesmo, reside no dever jurídico de essencial e estrita fidelidade dos entes tributantes ao que imperativamente dispõe a Constituição da República".[6]

Dessa forma, ao mesmo tempo que o legislador constituinte restringiu a liberdade do Congresso Nacional em estabelecer a competência tributária

de cada ente federativo (*rigidez*), descreveu com detalhes as limitações do poder de tributar e a repartição das receitas tributárias (*complexidade*).

A tendência de constitucionalização do Sistema Tributário Nacional surgiu com a Emenda Constitucional nº 18/65 à Constituição Federal de 1946, e, posteriormente, foi adotada pela Constituição de 1967.[7]

A Constituição Federal, em regra, não institui tributos, mas, sim, estabelece a repartição de competência entre os diversos entes federativos e permite que os instituam com observância ao princípio da reserva legal. A exceção fica a cargo do estabelecimento do imposto extraordinário, feito diretamente pela Carta Maior.[8] No ensinamento de Aliomar Baleeiro, "a lei criadora do tributo é a da pessoa jurídica constitucionalmente competente para decretá-lo e só ela".[9]

Em nossa Constituição, o sistema constitucional tributário inicia com a previsão do gênero tributos e de suas espécies: impostos, taxas e contribuições.[10]

Nos termos do art. 34 do ADCT, o Sistema Tributário Nacional entrou em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, tendo sido mantido, até aquele momento, o sistema anterior da Constituição de 1967, com a redação dada pela EC nº 1, de 1969, e posteriores.

A Constituição Federal reservou à lei complementar as matérias básicas de integração do Sistema Tributário Nacional,[11] como "garantia constitucional explícita ao contribuinte".[12]

Em especial, o inciso II, do art. 146, estabelece competir à lei complementar regular as limitações constitucionais ao poder de tributar.[13]

Ressalte-se que essa previsão constitucional tem duas grandes características: a *possibilidade* de ampliação das restrições já previstas no texto constitucional e a *impossibilidade* de suprimir ou restringir as competências tributárias constitucionalmente deferidas.[14]

Dessa forma, competirá à lei complementar:

- Dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.
- Regular as limitações constitucionais ao poder de tributar.
- Estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: definição de tributos e de suas espécies, bem como em relação aos impostos discriminados na Constituição, a definição dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários; e o adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

No sentido de ampliar a proteção às microempresas e às empresas de pequeno porte, a EC nº 42/03 reservou à lei complementar a possibilidade de definição de tratamento diferenciado, inclusive com a possibilidade de beneficiá-las no tocante a regimes especiais ou simplificações de impostos e contribuições e com a estipulação de um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições.

A EC nº 42/03 estabeleceu, ainda, nova reserva de lei complementar, permitindo ao Congresso Nacional a possibilidade de prevenir desequilíbrios da concorrência, por meio de critérios especiais de tributação.

Estranhamente, porém, continuou permitindo à União legislar sobre essa matéria no geral por meio de lei ordinária, ignorando, portanto, tradicional diferença material entre as duas espécies normativas.

No tocante à divisão geral de competência tributária, nos termos do art. 147 da Constituição Federal, competem à União, em Território Federal, os impostos estaduais e, se o Território não for dividido em Municípios,

cumulativamente, os impostos municipais, pois, em caso contrário, ou seja, a existência de Municípios dentro dos Territórios Federais, a eles caberão seus respectivos impostos, por serem detentores de plena autonomia. Ives Gandra salienta que "o Brasil talvez seja o único país federativo a outorgar competência impositiva aos municípios, em nível constitucional. Entre as nações desenvolvidas, certamente, é o único".[15]

Além disso, o texto constitucional reserva ao Distrito Federal os impostos municipais.[16]

A regra constitucional, prevendo a cumulatividade de impostos das pessoas jurídicas de direito público interno não subdivididas, não diferiu da tradicional das regras de divisão de competência, em especial a regra do art. 32, § 1º, analisado anteriormente.

2 COMPETÊNCIAS TRIBUTÁRIAS

A adoção do modelo federativo pela Constituição de 1988 consagrou o estabelecimento de vários princípios, entre eles a necessidade de cada ente federativo possuir uma esfera de competência tributária que lhe garanta renda própria, para o pleno exercício de suas autonomias política e administrativa.

Competência tributária, na definição de Roque Carrazza, é

> "a aptidão para criar, *in abstracto*, tributos, descrevendo, legislativamente, suas hipóteses de incidência, seus sujeitos ativos, seus sujeitos passivos, suas bases de cálculo e suas alíquotas",[17]

e foi fixada de forma rígida pelo texto constitucional, que, conforme lembrado por Aliomar Baleeiro,

> “discriminou as receitas nos três níveis de governos do Estado federal, retirando qualquer possibilidade de acumulação ou concorrência dum com o outro”.[18]

As competências tributárias deverão ser exercidas em fiel observância às normas constitucionais, que preveem, especificamente, limitações do poder de tributar, com a consagração de princípios e imunidades, e possuem as características da privatividade, indelegabilidade, incaducabilidade, inalterabilidade, irrenunciabilidade e facultatividade no exercício.

Dessa forma, o texto constitucional previu a repartição das competências tributárias de forma rígida, completa e integral, estabelecendo duas regras básicas:

- *Divisão dos tributos em espécie pelos entes federativos*: a Constituição indica o tributo correspondente, privativamente, a cada ente federativo, bem como a possibilidade, excepcional, de exercício de competência residual para a União (CF, art. 154, I).
- *Repartição das receitas tributárias pelos entes federativos*: a Constituição estabeleceu regras de repartição de receitas decorrentes dos tributos destinados a determinado ente federativo, por todos os demais (CF, arts. 157 a 162).

3 ESPÉCIES DE TRIBUTOS

Na ausência de definição constitucional, o art. 3º do CTN define tributo como toda prestação pecuniária compulsória instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa vinculada, que não constitua sanção de ato ilícito.[19]

As espécies tributárias são determinadas pela hipótese de incidência ou pelo fato gerador da respectiva obrigação (CTN, art. 4º).

Fato gerador consiste na situação que faz nascer a obrigação de pagar a importância pecuniária correspondente.[20]

O art. 5º do CTN aponta como espécies tributárias: os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria.

Não há unanimidade na doutrina sobre essa classificação;[21] assim, entendemos que são espécies tributárias:[22]

- Impostos (CF, arts. 145, I, 153, 154, 155 e 156).
- Taxas (CF, art. 145, II).
- Contribuições.
- Empréstimos compulsórios (CF, art. 148).

As contribuições podem ser classificadas em:

- Contribuições de melhoria (CF, art. 145, III).
- Contribuições parafiscais (CF, arts. 149 e 149-A): sociais, de seguridade social (CF, art. 195, I, II, III, e CF, art. 195, § 4º), sociais gerais (o FGTS, o salário-educação, CF, art. 212, § 5º) e contribuições para as entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical (CF, art. 240).
- Contribuições especiais: de intervenção no domínio econômico (CF, art. 149).

3.1 Impostos

Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica em favor do contribuinte ou relativa a ele.

A característica essencial do imposto é a inexistência de atividade estatal específica em favor do contribuinte e sua incidência sobre fatos

descritos em lei só pela atuação do contribuinte. Trata-se da denominada atividade estatal em caráter *uti universi*, ou seja, destinada a beneficiar a população em geral.

A Constituição Federal estabelece que, sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte (*princípio da capacidade contributiva*), facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e, nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.[23]

Os impostos, porém, podem ser de caráter real ou pessoal, dependendo da preocupação em atender às condições pessoais do contribuinte.

Os impostos de caráter real, também denominados de objetivos, são aqueles cuja instituição dá-se unicamente em função da matéria tributável, sem qualquer consideração em relação às condições do contribuinte. Por exemplo: impostos imobiliários.

Os impostos de caráter pessoal ou subjetivos, diferentemente, devem ser definidos levando-se em conta as características particulares dos contribuintes, adequando-se a sua capacidade econômica. Por exemplo: Imposto de Renda.

O art. 30 do anteprojeto do CTN não aprovado, de maneira didática, identificava os *impostos reais* quando o fato gerador da respectiva obrigação tributária principal fosse definido e a respectiva alíquota ou tarifa fosse fixa, exclusivamente, em função das circunstâncias materiais, efetivas ou presumidas, do estado de fato ou situação jurídica que constituía o referido fato gerador (inciso III).

O mesmo artigo, em seu inciso IV, identificava os *impostos pessoais* quando o fato gerador da respectiva obrigação tributária principal fosse definido e a respectiva alíquota ou tarifa fosse fixada, atendendo, além das

circunstâncias referidas no inciso III, do art. 30, também às condições pessoais do respectivo contribuinte.

O § 1º do art. 145 do texto constitucional refere-se, obviamente, aos impostos que, por suas características, são pessoais e têm por finalidade garantir a igualdade e a justiça distributiva.

Como ressalta Roque Carrazza,

> "se for da índole constitucional do imposto, ele deverá obrigatoriamente ter caráter pessoal e ser graduado de acordo com a capacidade econômica do contribuinte. Ou, melhor: se a *regra matriz* do imposto (traçada pela CF) permitir, ele deverá necessariamente obedecer ao princípio da capacidade contributiva".[24]

3.2 Taxas

Taxas são tributos instituídos em razão do exercício do poder de polícia[25] ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos *específicos* e *divisíveis*, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.[26]

Poder de polícia é a faculdade concedida à Administração Pública para restringir e condicionar o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado, em busca da preservação da ordem pública e do estabelecimento de regras de conduta necessárias e suficientes para evitar conflitos e compatibilizar direitos.[27] A competência para o exercício do poder de polícia segue a distribuição constitucional das competências administrativas, com base no princípio da predominância do interesse; pode, porém, ser cumulativa quando determinadas atividades interessarem simultaneamente aos três níveis de entes federativos.

Diferentemente dos impostos, a característica essencial das taxas é a existência de uma atividade estatal específica e divisível, ou seja, há a necessidade de o serviço realizado trazer, em tese, benefício potencial e determinado ao contribuinte que deverá pagá-lo, mesmo que não o utilize.[28]

Trata-se, pois, de uma contraprestação do contribuinte por ter recebido do Estado uma prestação mensurável e vantajosa, que deverá respeitar o princípio da reserva legal, uma vez que somente a "lei pode instituir taxas a serem cobradas por contraprestação de serviços ou em razão do exercício do poder de polícia, a teor do que dispõem os artigos 145, II, e 150, I, da Constituição".[29]

Observe-se ainda que, por expressa vedação constitucional, as taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos, por exemplo, para serviços públicos de segurança e defesa da cidadania, por serem, como proclamou o Supremo Tribunal Federal, "dever do Estado e direito de todos", a serem exercidos "para a preservação da ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio".[30]

Essa proibição tem por finalidade impedir, por via reflexa, aumentos abusivos e inconstitucionais dos impostos, por meio de taxas que não tenham por fato gerador *prestação de serviço específico*, *mensurável, divisível e suscetível* de ser referido a determinado contribuinte, não tendo de ser custeado senão por meio do produto da arrecadação dos impostos gerais.[31]

Isso, porém, conforme consagrado na Súmula Vinculante nº 29 do Supremo Tribunal Federal, não afasta a constitucionalidade da "adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra".

O Supremo Tribunal Federal consagrou a obrigatoriedade de o Poder Público respeitar, como princípios regentes na fixação de taxas, "dentre

outras, as garantias essenciais: (a) da reserva de competência impositiva; (b) da legalidade; (c) da isonomia; (d) da anterioridade".[32]

Saliente-se, por fim, que não se pode confundir *taxas* com *preços públicos*,[33] pois, conforme apontou o Supremo Tribunal Federal, enquanto as taxas decorrem do poder de polícia do Estado, ou são de serviço, resultantes da utilização efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição, o preço público decorre da exploração, pelo particular, de um bem ou serviço.[34]

3.3 Contribuições de melhoria

Contribuições de melhoria são tributos cujo fato gerador decorre da valorização de imóveis do contribuinte em face da realização de obras públicas pelo Poder Público.[35]

A valorização imobiliária decorrente de obra pública, portanto, é requisito essencial à contribuição de melhoria, persistindo como fato gerador dessa espécie tributária. Como destacado pelo Supremo Tribunal Federal, "a valorização imobiliária decorrente de obra pública – requisito ínsito à contribuição de melhoria – persiste como fato gerador dessa espécie tributária".[36]

Manoel Gonçalves Ferreira Filho salienta que "essa modalidade de tributo se caracteriza por configurar uma verdadeira indenização, ainda que parcial, de obra pública de que resulte benefício individualizável, especificamente valorização de bem particular".[37]

Dessa forma, a base de cálculo da contribuição de melhoria deve corresponder à diferença entre o valor do imóvel antes e depois da realização da obra pública; consequentemente, se não houver aumento no valor do imóvel, não será admissível a tributação por meio de contribuição de melhoria.[38]

A ausência de valorização do imóvel decorrente de obra pública ou mesmo a realização de obras públicas de manutenção e conservação que não acarrete sua valorização tornam impossível a exigência dessa espécie de tributo.[39]

3.4 Contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas

As contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, previstas no art. 149 da CF, têm natureza jurídica tributária.[40]

O art. 149 da Constituição Federal prevê competência exclusiva da União para instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas.[41] Prevê, ainda, que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada dos servidores ativos, dos aposentados e dos pensionistas, que poderão ter alíquotas progressivas de acordo com o valor da base de contribuição ou dos proventos de aposentadoria e de pensões.

Em relação às contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, o texto constitucional expressamente determina que *não incidirão* sobre as receitas decorrentes de exportação; e que *incidirão* também sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços.

A previsão dessa imunidade tem por finalidade desonerar transações comerciais de venda de mercadorias para o exterior, tornando mais competitivos os produtos nacionais e fortalecendo a economia, sem qualquer restrição, conforme decidiu o STF, “quanto à sua incidência apenas nas exportações diretas, em que o produtor ou o fabricante nacional vende o seu produto, sem intermediação, para o comprador situado no

exterior". Assim, "a imunidade também deve abarcar as exportações indiretas, em que aquisições domésticas de mercadorias são realizadas por sociedades comerciais com a finalidade específica de destiná-las à exportação, cenário em que se qualificam como operações-meio, integrando, em sua essência, a própria exportação".[42]

Reitere-se que, por expressa reserva constitucional, somente a União poderá instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas.

A instituição das contribuições previstas no art. 149 da CF deverá respeitar as seguintes determinações:

- Comando de lei complementar que estabelecerá normas gerais em matéria de legislação tributária (CF, art. 146, III).
- Respeito ao princípio da reserva legal (CF, art. 150, I).
- Respeito ao princípio da anterioridade (CF, art. 150, III).
- Respeito ao princípio da anterioridade mitigada ou nonagesimal (CF, art. 195, § 6º), relativamente às contribuições.

3.5 Empréstimo compulsório

Nos termos do art. 148, a União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios, que são espécie tributária, em duas hipóteses: para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência e no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado, nesse último caso, o princípio da anterioridade.

Por exigir-se expressa reserva de lei complementar à instituição de empréstimos compulsórios, fica absolutamente vedada sua criação por meio de medidas provisórias.[43]

Ressaltamos que a aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório estará sempre vinculada à despesa que fundamentou sua instituição e, somente na hipótese prevista no inciso II, do art. 148 – empréstimo compulsório para investimentos –, aplica-se o princípio da anterioridade.[44]

Concordamos com José Afonso da Silva, quando afirmava, antes da EC nº 42/03, existir incoerência constitucional, pois "um dos requisitos de legitimidade deste empréstimo é a urgência do investimento que financiará, mas a Constituição, incoerentemente, impede sua arrecadação imediata, ao vedar sua cobrança no mesmo exercício de sua instituição",[45] o que, porém, não afastava a necessidade de observância do princípio da anterioridade. Entendemos, ainda, que, independentemente da incoerência, a EC nº 42/03 é inconstitucional no tocante à exclusão do empréstimo compulsório ao princípio da anterioridade, por tratar-se de cláusula pétrea, como analisado no item 9.4 do presente capítulo.

A Constituição Federal não enumerou, expressamente, o empréstimo compulsório como uma das espécies do gênero tributo, suscitando controvérsia da doutrina nacional e estrangeira, tendo, inclusive, Maurice Duverger apontado a natureza intermediária dos empréstimos compulsórios, entre empréstimos e impostos.[46] Em nível nacional, José Afonso da Silva entende tratar-se de forma de contrato de empréstimo de direito público.[47]

O empréstimo compulsório, porém, é espécie de tributo extraordinário,[48] que deverá ser restituído futuramente. Como destaca o Ministro Celso de Mello,

> "o empréstimo compulsório é espécie tributária", para afirmar que não hesita "em reconhecer que a figura do empréstimo compulsório, em nosso sistema jurídico-constitucional, assume a qualificação de inquestionável espécie de ordem tributária, submetendo-se, em consequência, aos modelos normativos que,

> inscritos no texto da Constituição, definem, regulam e limitam o exercício pelo Estado, do seu poder de tributar [...] Torna-se digno de nota o registro de que também a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, inclinando-se na linha desse magistério doutrinário, tem identificado, na figura do empréstimo compulsório, uma típica modalidade tributária que se sujeita, por isso mesmo, ao regime jurídico constitucional inerente aos tributos em geral".[49]

4 COMPETÊNCIA RESIDUAL TRIBUTÁRIA

A Constituição Federal concedeu à União, em matéria de competência tributária, a denominada *competência residual*, consistente na possibilidade de criação, mediante lei complementar, de impostos não previstos no texto constitucional (art. 153), desde que sejam não cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados na Constituição.

Dessa forma, após prever todas as espécies tributárias e dividi-las entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a Constituição – *residualmente* – autoriza à União a criação de novo imposto.

Observe-se que a *competência residual tributária* não se confunde com a *competência remanescente legislativa e administrativa* (CF, art. 25, § 1º), apresentando duas básicas diferenças.

A primeira diz respeito ao detentor da competência, pois, enquanto a *competência residual tributária* pertence à União, as *competências legislativa e administrativa remanescentes* pertencem aos Estados.

Em segundo lugar, no campo legislativo e administrativo, a Constituição enumera as competências da União e dos Municípios, determinando que aos Estados são reservadas todas as competências que não lhes forem vedadas pelo texto constitucional. Não há, pois,

esgotamento na enumeração de todas as competências legislativas e administrativas do Poder Público.

Diferentemente, no campo tributário, as competências da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios são detalhadas e taxativamente descritas, ressalvando-se excepcionalmente a criação de novo imposto (CF, art. 154, I). Há, portanto, em regra, esgotamento da descrição das competências tributárias.[50]

Observamos, ainda, que a Constituição Federal prevê reserva específica de lei complementar para que a União exerça sua competência residual tributária,[51] o que impede a adoção de medidas provisórias.

5 IMPOSTO EXTRAORDINÁRIO

Os impostos extraordinários são obrigatoriamente temporários, devendo ser suprimidos quando houver a cessação das causas de sua criação e justificam-se pelo aumento de despesa pública nas situações de iminência ou no caso de guerra externa.

Na hipótese prevista no art. 154, II, da Constituição Federal, a União não estará limitando sua competência tributária, podendo criar impostos extraordinários compreendidos ou não em sua competência tributária, ou seja, que possam inclusive ter o mesmo fato gerador e base de cálculo de impostos atribuídos constitucionalmente aos Estados ou aos Municípios.

Ressalte-se, porém, como feito por Roque Carrazza, que a hipótese constitucional não autoriza a criação desse imposto extraordinário no caso de guerra civil ou mesmo revolução interna[52] ou, ainda, nas hipóteses de Estado de Sítio e de Estado de Defesa.

Conforme previsão do art. 150, § 1º, não se aplica o princípio da anterioridade na presente hipótese, em face da urgência e da necessidade de arrecadação imediata.

6 DIVISÃO DOS TRIBUTOS EM ESPÉCIE PELOS ENTES FEDERATIVOS

Em relação aos impostos, a Constituição Federal distribuiu taxativa e privativamente à União, Estados, Distrito Federal e Municípios os seguintes impostos:[53]

- União – regra (CF, art. 153): impostos de importação de produtos estrangeiros; exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; renda e proventos de qualquer natureza; produtos industrializados; operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários; propriedade territorial rural; grandes fortunas, nos termos de lei complementar.
- União – excepcionalidade (CF, art. 154): impostos não previstos no art. 153, por lei complementar, desde que sejam não cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados na Constituição; e impostos extraordinários na iminência ou no caso de guerra externa, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação.
- Estados-membros (CF, art. 155): impostos sobre transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos; operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação,[54] ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; propriedade de veículos automotores.[55] O Supremo Tribunal Federal decidiu ser “vedado aos estados e ao Distrito Federal instituir o Imposto sobre Transmissão Causa

Mortis e Doação (ITCMD) nas hipóteses dispostas no art. 155, § 1º, III, da Constituição Federal, sem a edição da lei complementar federal exigida pelo referido dispositivo constitucional".[56]

- Municípios (CF, art. 156): impostos sobre propriedade predial e territorial urbana;[57] transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; serviços de qualquer natureza,[58] não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.
- Distrito Federal (CF, art. 147): impostos estaduais e municipais.

Em relação à distribuição de competências tributárias para instituição de *taxas e contribuições de melhoria*, o critério adotado foi correspondente à distribuição das competências administrativas.

Dessa forma, para a instituição de taxas, bastará, para criá-las, que a pessoa jurídica de direito público interno possua competência administrativa para o exercício do poder de polícia ou para a realização dos serviços públicos *específicos* e *divisíveis*, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.

No tocante às contribuições de melhoria, poderá instituí-las a pessoa jurídica de direito público que, no exercício de sua competência administrativa, tiver realizado a obra pública geradora da valorização imobiliária.

Observe-se, ainda, que, em relação aos serviços públicos de interesse local, a EC nº 39, de 19-12-2002, expressamente se referiu ao serviço de iluminação pública, permitindo aos Municípios e ao Distrito Federal a instituição de contribuição para seu custeio, observando o art. 150, I e III, inclusive, podendo ser cobrada na fatura de consumo de energia elétrica.

7 REPARTIÇÃO DAS RECEITAS TRIBUTÁRIAS PELOS ENTES FEDERATIVOS

O sistema constitucional de repartição das Receitas Tributárias foi instituído pela EC nº 18/65; posteriormente, os arts. 24 e ss. da Constituição Federal de 1967 e da EC nº 1/69, com alterações propostas pela EC nº 17/80 e EC nº 25/85, aumentaram sua complexidade, hoje prevista na Seção VI, do Capítulo I, do Título VI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como regras basicamente de Direito Financeiro, pois regulamentam as relações entre os entes tributantes e não entre o Poder Público e o contribuinte.[59]

Ensina Aliomar Baleeiro que,

> "no sistema tributário brasileiro, introduziu-se a participação de uma pessoa de Direito Público Interno no produto da arrecadação de imposto da competência de outra. Esta decreta e arrecada um imposto e distribui tantos por cento da receita respectiva entre as várias pessoas de Direito Público que a compõem",[60]

em um sistema denominado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho de *redistribuição de rendas*.[61]

A previsão constitucional de repartição das receitas tributárias não altera a distribuição de competências, pois não influi na privatividade do ente federativo em instituir e cobrar seus próprios impostos, influindo, tão somente, na distribuição da receita arrecadada.

Assim, o direito subjetivo do ente federativo beneficiado à participação no produto arrecadado, nos termos dos arts. 157 a 162 da Constituição Federal, somente existirá a partir do momento em que o ente federativo competente criar o tributo e ocorrer seu fato imponível.[62]

Como salienta Roque Carrazza,

> "em rigor, o que a Constituição faz é estipular que, *na hipótese de ser criado* o tributo, pela pessoa política competente, o produto de sua arrecadação será total ou parcialmente destinado a outra pessoa política. Evidentemente, se não houver o nascimento da relação jurídica tributária (*prius*), não poderá surgir a relação jurídica financeira (*posterius*)".[63]

Para garantir a efetividade da repartição constitucional de receitas tributárias, a Constituição Federal prevê, em seu art. 160, norma instrumental, ao expressamente vedar a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.

A retenção injustificada por parte dos Estados e do Distrito Federal possibilita, nos termos do art. 34, V, *b*, a intervenção federal.

Apesar de a redação anterior do parágrafo único do art. 160, atual § 1º, referir-se somente à União, a norma de seu *caput* era direcionada também aos Estados, que não poderiam reter ou estabelecer qualquer restrição à entrega dos recursos por eles arrecadados aos Municípios (conferir quadros de repartição das receitas tributárias).

A EC nº 29, de 13-9-2000, possibilitou expressamente tanto à União quanto aos Estados o condicionamento da entrega de recursos ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias. Trata-se, pois, de duplo direito, consistente no *direito de retenção* e no *direito de compensação*.[64]

Além disso, a EC nº 29/00 acrescentou a possibilidade de suspensão de todos os repasses de verbas federais ou estaduais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios que não cumprirem a aplicação mínima dos percentuais constitucionais em ações e serviços públicos de saúde, nos termos do art. 198, § 2º, II e III.

Ressaltamos, ainda, que, além de o texto constitucional prever a impossibilidade de retenção de verbas, o descumprimento de aplicação mínima dos percentuais em ações e serviços públicos de saúde e educação possibilita a intervenção federal nos Estados (CF, art. 34, VII, *e*) e a intervenção estadual nos Municípios (CF, art. 35, III); bem como, nos termos da EC nº 108/2020, na hipótese dos recursos destinados ao Fundeb, caracterizando crime de responsabilidade.

A EC nº 113/21 estabelece que "os contratos, os acordos, os ajustes, os convênios, os parcelamentos ou as renegociações de débitos de qualquer espécie, inclusive tributários, firmados pela União com os entes federativos conterão cláusulas para autorizar a dedução dos valores devidos dos montantes a serem repassados relacionados às respectivas cotas nos Fundos de Participação ou aos precatórios federais" (CF, art. 160, § 2º).

O texto constitucional reserva à lei complementar a regulamentação dos preceitos básicos para garantir a efetiva realização do repasse de verbas decorrente da repartição constitucional das receitas tributárias.

Além disso, estabelece como função do Tribunal de Contas da União a realização do cálculo das quotas referentes aos fundos de participação.[65]

No intuito de garantir a transparência da gestão dos recursos derivados da arrecadação tributária e em obediência ao princípio da publicidade (CF, art. 37, *caput*), o texto constitucional determina que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios divulguem os montantes de cada um dos tributos arrecadados, os recursos recebidos, os valores de origem tributária entregues e a entregar e a expressão numérica dos critérios de rateio. A EC nº 108/2020 reforçou essa obrigatoriedade, determinando que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disponibilizem suas informações e dados contábeis, orçamentários e fiscais, conforme periodicidade, formato e sistema estabelecidos pelo órgão central de contabilidade da União, de forma a garantir a rastreabilidade, a

comparabilidade e a publicidade dos dados coletados, os quais deverão ser divulgados em meio eletrônico de amplo acesso público.

Além disso, o art. 162 da Constituição Federal fixa o prazo para a publicação, que deverá ocorrer até o último dia do mês subsequente ao da arrecadação.

8 REGRAS CONSTITUCIONAIS PARA REPARTIÇÃO DAS RECEITAS TRIBUTÁRIAS

Os arts. 157 a 162 da Constituição Federal estabelecem as regras de *redistribuição de rendas tributárias*, da seguinte maneira:[66]

Redistribuição de impostos de competência da União		
Imposto	**Ente beneficiado**	**Condições**
Imposto de Renda (CF, art. 153, III)	Estados e Distrito Federal	O produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem (CF, art. 157, I)
	Estados e Distrito Federal	Vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (CF, art. 159, I, *a*), nos termos do § 1º do art. 159.

	Municípios	O produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem (CF, art. 158, I).
Imposto de Renda (CF, art. 153, III)	Municípios	Vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios (CF, art. 159, I, *b*), nos termos do § 1º do art. 159. Um por cento ao Fundo de Participação dos Municípios do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, que será entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano (EC nº 55/07). Um por cento ao Fundo de Participação dos Municípios do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, que será entregue no primeiro decêndio do mês de julho de cada ano (EC nº 84, de 2014). A União entregará ao Fundo de Participação dos Municípios o

		percentual de 0,5% (cinco décimos por cento) do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados no primeiro exercício em que esta Emenda Constitucional gerar efeitos financeiros, acrescentando-se 0,5% (cinco décimos por cento) a cada exercício, até que se alcance o percentual de 1% (um por cento). Um por cento ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de setembro de cada ano (EC nº 112/2022). A União entregará ao Fundo de Participação dos Municípios, do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, 0,25% (vinte e cinco centésimos por cento), 0,5% (cinco décimos por cento) e 1% (um por cento), respectivamente, em cada um dos 2 (dois) primeiros exercícios, no terceiro exercício e a partir do quarto exercício em que a EC 112/2022 gerar efeitos financeiros.

	Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste	Três por cento, para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, mediante suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurada ao semiárido do Nordeste a metade dos recursos destinados à Região, na forma que a lei estabelecer (CF, art. 159, I, *c*).
Imposto Residual (CF, art. 154, I)	Estados e Distrito Federal	Vinte por cento do produto da arrecadação do imposto que a União instituir (CF, art. 157, II).[67]

Nos termos do art. 2º da EC nº 55/07, no exercício de 2007, as alterações do art. 159 da Constituição Federal somente se aplicam sobre a arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados realizada a partir de 1º de setembro de 2007.

Redistribuição de impostos de competência da União		
Imposto	**Ente beneficiado**	**Condições**

Imposto sobre a propriedade territorial rural (CF, art. 153, VI)	Municípios	Cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados (CF, art. 158, II). 100% do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados, quando, na forma da lei, os Municípios realizarem a cobrança e fiscalização do imposto, sem que haja redução ou qualquer outra forma de renúncia fiscal (EC nº 42/03 – CF, art. 153, § 4º, III).
Imposto sobre produtos industrializados (CF, art. 153, IV) – IPI	Estados e Distrito Federal	Vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (CF, art. 159, I, *a*), nos termos do § 1º, do art. 159.
	Municípios	Vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios (CF, art. 159, I, *b*), nos termos do § 1º do art. 159.

	Regiões Norte, Nordeste e Centro-oeste	Três por cento, para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-oeste, mediante suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurada ao semiárido do Nordeste a metade dos recursos destinados à Região, na forma que a lei estabelecer (CF, art. 159, I, *c*).
	Estados e Distrito Federal	Do produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados, dez por cento aos Estados e ao Distrito Federal, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados (CF, art. 159, II), nos termos do § 2º do art. 159.

Redistribuição de contribuição da União – CIDE (Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico)		
Contribuição	**Ente beneficiado**	**Condições**

Contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE, CF, art. 177, § 4º)	Estados e Distrito Federal	Vinte e nove por cento para os Estados e o Distrito Federal, distribuídos na forma da lei, a serem utilizados no financiamento de programas de infraestrutura de transportes (EC nº 44/04, CF, art. 159, III)

Redistribuição de impostos de competência dos Estados		
Imposto	**Ente beneficiado**	**Condições**
Imposto sobre propriedade de veículos automotores (CF, art. 155, III) – IPVA	Municípios	Cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios (CF, art. 158, III).

Imposto sobre circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços (CF, art. 155, II) – ICMS	Municípios	Vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (CF, art. 158, IV). Essas parcelas deverão ser creditadas conforme os seguintes critérios: (a) “65% (sessenta e cinco por cento), no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios”; (b) “até 35% (trinta e cinco por cento), de acordo com o que dispuser lei estadual, observada, obrigatoriamente, a distribuição de, no mínimo, 10 (dez) pontos percentuais com base em indicadores de melhoria nos resultados de aprendizagem e de aumento da equidade, considerado o nível socioeconômico dos educandos” (EC nº 108, de 26 de agosto de 2020).

Repasse para os Municípios de receitas recebidas pelos Estados de redistribuição de imposto de competência da União

Imposto	Ente beneficiado	Condições
Imposto sobre produtos industrializados (CF, art. 153, IV)	Municípios	Os Estados entregarão aos respectivos Municípios vinte e cinco por cento dos recursos que receberem (art. 159, II), observados os critérios estabelecidos no art. 158, parágrafo único, I e II.

Repasse para os Municípios de receitas recebidas pelos Estados de redistribuição de competência da União – CIDE (Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico)		
Contribuição	**Ente beneficiado**	**Condições**
Contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE, CF, art. 177, § 4º)	Municípios	Os Estados entregarão aos respectivos Municípios vinte e cinco por cento dos recursos que receberem da União, decorrentes do produto da arrecadação da contribuição de intervenção no domínio econômico, na forma da lei (EC nº 42/03, CF, art. 159, § 4º).

9 LIMITAÇÕES DO PODER DE TRIBUTAR

O texto constitucional enumerou as regras básicas do Direito Tributário direcionadas basicamente à proteção do contribuinte e à limitação do poder de tributar.[68]

A limitação constitucional ao exercício estatal do poder de tributar é essencial para a garantia da segurança jurídica e dos direitos individuais, em

especial o de propriedade, evitando abusos e arbitrariedades e permitindo uma relação respeitosa entre o Fisco e o cidadão. Como sagazmente apontado por Pinto Ferreira, "as garantias do contribuinte mereceram pela primeira vez uma seção inteira contra a voracidade do fisco".[69]

Destaca o Ministro Celso de Mello que

> "o exercício do poder tributário, pelo Estado, submete-se, por inteiro, aos modelos jurídicos positivados no texto constitucional que, de modo explícito ou implícito, institui em favor dos contribuintes decisivas limitações à competência estatal para impor e exigir, coativamente, as diversas espécies tributárias existentes. Os princípios constitucionais tributários, assim, sobre representarem importante conquista político-jurídica dos contribuintes, constituem expressão fundamental dos direitos individuais outorgados aos particulares pelo ordenamento estatal. Desde que existem para impor limitações ao poder de tributar do Estado, esses postulados têm por destinatário exclusivo o poder estatal, que se submete à imperatividade de suas restrições".[70]

Dessa forma e com essas finalidades, a Constituição Federal consagrou os seguintes princípios tributários:[71]

- princípio da reserva legal tributária ou da legalidade estrita (CF, art. 150, I);
- princípio da igualdade tributária (CF, art. 150, II);
- princípio da irretroatividade tributária (CF, art. 150, III, *a*);
- princípio da anterioridade (CF, art. 150, III, *b*);
- princípio da anterioridade mitigada ou nonagesimal (CF, art. 150, III, *c*);
- princípio da vedação ao confisco (CF, art. 150, IV);

- princípio da ilimitabilidade do tráfego de pessoas ou de bens (CF, art. 150, V);
- princípio da capacidade contributiva (CF, art. 145, § 1º);
- princípio da razoabilidade (CF, art. 5º, LIV);
- princípio da uniformidade (CF, art. 151, I).

9.1 Princípio da reserva legal tributária ou da legalidade estrita

A importância histórica do princípio da reserva legal tributária, também conhecido por legalidade estrita, em defesa da propriedade individual,[72] vem ressaltada pela previsão no item 12 da *Magna Charta Libertatum*, outorgada por João Sem-Terra em 15 de junho de 1215, nos seguintes termos:

> "não lançaremos taxas ou tributos sem o consentimento do conselho geral do reino (*commue concilium regni*), a não ser para resgate da nossa pessoa, para armar cavaleiro o nosso filho mais velho e para celebrar, mas uma única vez, o casamento da nossa filha mais velha; e esses tributos não excederão limites razoáveis. De igual maneira se procederá quanto aos impostos da cidade de Londres".[73]

Assim, a Carta de 1988 veda a possibilidade de criação ou majoração de tributo sem prévia previsão legislativa,[74] que, nos termos do art. 62 da Constituição Federal, admite medidas provisórias (conferir Capítulo 3, item 7.1 – Princípios da legalidade e da reserva legal e Capítulo 11, item 4.3.11 – Limites materiais à edição de medidas provisórias).[75]

9.2 Princípio da igualdade tributária

Os tributos federais, estaduais, distritais e municipais deverão ser uniformes em toda a circunscrição de sua incidência, apresentando idêntica base de cálculo, vedando-se que contribuintes na mesma situação recebam tratamento diferenciado por parte do Estado, sendo, inclusive, vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.[76]

Em defesa do contribuinte, importante analisar o *princípio da igualdade tributária* com as demais previsões isonômicas do texto constitucional:[77] princípio da igualdade (art. 5º, *caput* e inciso I); princípio da igualdade e uniformidade entre entes federativos (art. 19, III); princípio da uniformidade e concessão de incentivos fiscais (art. 151, I).

9.3 Princípio da irretroatividade da lei tributária

A Constituição brasileira consagra como princípio protetivo do contribuinte a impossibilidade da cobrança de tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei instituidora ou que os tenha majorado.

Trata-se de norma imprescindível à garantia da segurança jurídica do contribuinte, pois, como salientado pelo Supremo Tribunal Federal, "o princípio da irretroatividade da lei tributária deve ser visto e interpretado, desse modo, como garantia constitucional instituída em favor dos sujeitos passivos da atividade estatal no campo da tributação. Trata-se, na realidade, à semelhança dos demais postulados inscritos no art. 150 da Carta Política, de princípio que – por traduzir limitações ao poder de tributar – é tão somente oponível pelo contribuinte à ação do Estado".[78]

9.4 Princípio da anterioridade tributária

O princípio da anterioridade tributária consagra que, em regra, nenhum tributo, seja da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, poderá ser cobrado no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que o instituiu ou aumentou, tendo por finalidade evitar a surpresa do contribuinte em relação a uma nova cobrança ou um valor maior, não previsto em seu orçamento doméstico.[79]

A Constituição de 1988, nos termos da Súmula 66 do STF ("É legítima a cobrança do tributo que houver sido aumentado após o orçamento, mas antes do início do respectivo exercício financeiro"), não impõe a necessidade de prévia autorização orçamentária para a exigibilidade dos tributos.

O exercício financeiro, nos termos da Lei nº 4.320/64, é coincidente com o ano civil, iniciando-se em 1º de janeiro e encerrando-se em 31 de dezembro. O princípio da anterioridade, por configurar uma das maiores garantias tributárias do cidadão em face do Estado/Fisco,[80] foi consagrado pelo Supremo Tribunal Federal como cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4º, IV, que declarou ser inconstitucional emenda à Constituição que viole essa proteção individual do contribuinte.[81]

Assim, além de constituir um dos princípios constitucionais tributários, o princípio da anterioridade tem natureza jurídica de garantia individual, pois assegura a possibilidade de o contribuinte programar-se contra a ingerência estatal em sua propriedade, preservando-se, pois, a segurança jurídica.

A EC nº 42, de 19-12-2003, ampliou as exceções à incidência do princípio da anterioridade tributária, incluindo os empréstimos compulsórios.

Dessa forma, com a finalidade de permitir, excepcionalmente, maior agilidade do Poder Público na condução da política econômica do governo, ou ainda, para a defesa nacional (CF, art. 154, II), a nova redação do § 1º,

do art. 150, estabeleceu a **não incidência do princípio da anterioridade** (CF, art. 150, III, *b*) para:

- impostos sobre importação de produtos estrangeiros (CF, art. 153, I);
- imposto sobre exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados (CF, art. 153, II);
- imposto sobre produtos industrializados (CF, art. 153, IV);
- imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários (CF, art. 153, V);
- imposto extraordinário na iminência ou no caso de guerra externa (CF, art. 154, II);
- empréstimo compulsório para atender às despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência (CF, art. 148, I). *Essa previsão não existia no texto original da Constituição Federal, tendo sido incluída pela EC nº 42/03.*

Em relação à redação anterior do § 1º, do art. 150, a EC nº 42, de 19-12-2003, excluiu da incidência do princípio da anterioridade o empréstimo compulsório para atender às despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência (CF, art. 148, I). Essa ampliação nos parece de flagrante inconstitucionalidade, uma vez que a *anterioridade tributária,* além de princípio constitucional tributário, é uma das maiores garantias individuais do contribuinte, por assegurar-lhe a possibilidade de programar-se contra a ingerência estatal em sua propriedade, preservando-se a segurança jurídica. Em hipótese semelhante, o Supremo Tribunal Federal já declarou que o *princípio da anterioridade tributária* é garantia individual do contribuinte e, consequentemente, cláusula pétrea.[82]

9.5 Princípio da anterioridade mitigada ou nonagesimal

A EC nº 42, de 19-12-2003, ampliou a proteção aos contribuintes, estabelecendo nova restrição à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ao vedar a cobrança de tributos antes de decorridos 90 dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou. Conforme salientado pelo Supremo Tribunal Federal, "prazo nonagesimal previsto no art. 150, III, *c*, da CF é critério para que a lei tributária produza efeitos".[83]

Trata-se de norma geral que ampliou a aplicação do *princípio da anterioridade mitigada ou anterioridade nonagesimal*, já existente em nossa Constituição, para fins de cobrança de contribuições sociais (CF, art. 195, § 6º).

Conforme destacado pelo Supremo Tribunal Federal, o Princípio da anterioridade nonagesinal destina-se a "assegurar o transcurso de lapso temporal razoável a fim de que o contribuinte pudesse elaborar novo planejamento e adequar-se à realidade tributária mais gravosa", tendo, ainda, sido salientado pelos Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cezar Peluso que esse princípio constitui "direito fundamental deslocado do art. 5º da CF, destinado a salvaguardar o contribuinte do arbítrio destrutivo ou dos excessos gravosos do Estado. Dessa forma, nem mesmo o Poder Constituinte derivado poderia mutilá-lo e, muito menos, extingui-lo".[84]

Como ressaltado no voto do Ministro Celso de Mello, "é por isso que não constitui demasia reiterar a advertência de que a prerrogativa institucional de tributar, que o ordenamento positivo reconhece ao Estado, não lhe outorga o poder de suprimir (ou de inviabilizar) direitos de caráter fundamental constitucionalmente assegurados ao contribuinte, pois este dispõe, nos termos da própria Carta Política, de um sistema de proteção destinado a ampará-lo contra eventuais excessos (ou ilicitudes) cometidos

pelo poder de tributar ou ainda contra exigência irrazoáveis veiculadas em diplomas normativos editados pelas instâncias governamentais", advertindo que "não se pode ignorar que o princípio da anterioridade das leis tributárias reflete, em seus aspectos essenciais, uma das expressões fundamentais em que se apoiam os direitos básicos proclamados em favor dos contribuintes", para concluir que eventual transgressão à esse princípio "não pode ser tolerada nem admitida, sob pena de grave conspurcação do regime constitucional de direitos e garantias fundamentais que o ordenamento positivo estabeleceu, também em matéria tributária, em favor e em defesa dos contribuintes".[85]

Observe-se, porém, que a nova disciplina do *princípio da anterioridade mitigada ou nonagesimal* não exclui a incidência do tradicional *princípio da anterioridade,* determinando o art. 150, III, *c*, que ambos sejam aplicados conjuntamente, ou seja, em regra, *os tributos somente poderão ser cobrados no próximo exercício financeiro de sua instituição ou majoração, e, no mínimo, após 90 dias da data em que haja sido publicada a lei,* evitando-se, assim, desagradáveis surpresas ao contribuinte nos últimos dias do ano.[86]

A EC nº 42/03 estabeleceu as seguintes exceções ao princípio da anterioridade mitigada:

- impostos sobre a importação de produtos estrangeiros (CF, art. 153, I);
- imposto sobre exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados (CF, art. 153, II);
- Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza (CF, art. 153, III);
- imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores imobiliários (CF, art. 153, V);

- imposto extraordinário na iminência ou no caso de guerra externa (CF, art. 154, II);
- empréstimo compulsório para atender às despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência (CF, art. 148, I);
- base de cálculo do imposto sobre propriedade de veículos automotores (CF, art. 155, III);
- base de cálculo do Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana (CF, art. 156, I).

Diferentemente da ampliação das exceções ao princípio da anterioridade analisada no item anterior, deve ser a interpretação da hipótese das exceções ao princípio da anterioridade mitigada ou nonagesimal também trazida pela EC nº 42/03.

A EC nº 42/03 instituiu como nova garantia tributária, cumulativa ao princípio da anterioridade tributária, o *princípio da anterioridade mitigada* ou *nonagesimal* – previsto no art. 150, III, *c* –, anteriormente, existente na Carta Magna somente em relação às contribuições (CF, art. 195, § 6º).

Ao instituir essa nova garantia, a própria EC nº 42/03 estabeleceu exceções em relação à sua incidência. A EC nº 42/03 criou a nova garantia e, desde logo, disciplinou-a, não havendo, portanto, qualquer inconstitucionalidade, pois não houve diminuição à proteção constitucional do contribuinte, mas sem ampliação.

O princípio da anterioridade nonagesimal, conforme decidiu o STF, "aplica-se somente para leis que instituem ou majoram tributos, não incidindo relativamente às normas que prorrogam a data de início da compensação de crédito tributário".[87]

9.6 Princípio da vedação ao confisco

A Constituição brasileira veda a utilização do poder de tributar estatal com a finalidade confiscatória.[88]

Apesar de dificuldade na definição dos contornos conceituais e jurisprudenciais,[89] confisco ou confiscação pode ser entendido como o ato do poder público de decretação de apreensão, adjudicação ou perda de bens pertencentes ao contribuinte, sem a contrapartida de justa indenização. Como lembra Pinto Ferreira, confisco "é palavra procedente do latim *confiscatio*, de *confiscare.* É ato de apreensão ou adjudicação ao fisco, sem indenização, de bens pertencentes a outrem, em decisão judicial ou decisão administrativa, com base em lei".[90] Nesse mesmo sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho define confisco da seguinte forma: "em sentido estrito, há confisco sempre que o proprietário de um bem o perde, em benefício do Poder Público, sem a justa indenização".[91]

A regra prevista no inciso IV, do art. 150, da CF, decorre da natureza jurídica dos tributos, que não se assemelha à sanção patrimonial imposta pelo Estado pela prática de atos ilícitos.

O mesmo princípio da vedação ao confisco se aplica na fixação de penalidades tributárias, que deverão guardar razoabilidade com o tributo exigido e não poderão ser utilizadas como instrumentos confiscatórios.[92]

Todavia, não devemos confundir a proibição de tributação como forma de confisco com a sanção por ato de improbidade administrativa prevista no § 4º, do art. 37, da CF, e regulamentada pelo art. 12 da Lei nº 8.429/92, consistente no perdimento dos bens acrescidos ilicitamente.

A referida sanção por ato de improbidade administrativa decorre de decisão do Poder Judiciário, após o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), que tenha reconhecido a prática de ato atentatório aos princípios e preceitos básicos regentes da gestão da *res* pública e, consequentemente, reconhecido a nulidade do acréscimo ilícito dos bens do autor da prática de ato de improbidade, determinando o retorno de sua situação patrimonial ao *status quo ante*, sob pena de consagração do *enriquecimento ilícito.*

9.7 Princípio da ilimitabilidade do tráfego de pessoas ou de bens

O inciso V, do art. 150, da CF, consagra o princípio da ilimitabilidade do tráfego de pessoas ou de bens como corolário da garantia individual prevista no art. 5º, XV, que prevê a liberdade de locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

Dessa forma, a Constituição Federal pretende evitar que o Poder Público se utilize da criação de tributos para atingir, reflexamente, a liberdade de deslocamento pessoal e patrimônio do indivíduo, prevendo a vedação de cobrança de tributos interestaduais ou intermunicipais como forma de estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou de bens, como norma corolária à garantia constitucional de liberdade de locomoção prevista no art. 5º, XV.

9.8 Princípio da capacidade contributiva

A Constituição Federal estabelece, em seu art. 145, § 1º, que, sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e, nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, conforme analisado no item 3.1 neste capítulo.

9.9 Princípio da razoabilidade

O princípio da razoabilidade pode ser definido como aquele que exige proporcionalidade, justiça e adequação entre os meios utilizados pelo Poder

Público, no exercício de suas competências – inclusive tributárias –, e os fins por ela almejados, levando-se em conta critérios racionais e coerentes.[93]

No campo tributário, o que se exige da União, Estados, Distrito Federal e Municípios é uma coerência lógica na utilização e imposição de suas competências tributárias, bem como na aplicação dessas medidas restritivas.

Gordillo aponta que a decisão discricionária do Poder Público será sempre ilegítima desde que irracional, mesmo que não transgrida explicitamente norma concreta e expressa.[94] No dizer de Roberto Dromi, a razoabilidade engloba a prudência, a proporção, a indiscriminação, a proteção, a proporcionalidade, a causalidade, em suma, a não arbitrariedade.[95]

No campo tributário, portanto, a imposição ou majoração de um tributo somente será adequada se, para alcançar sua finalidade desejada, causar o menor prejuízo possível ao contribuinte e se houver proporcionalidade entre as vantagens que dela derivam e suas desvantagens.

O Poder Público, portanto, deve pautar sua atuação na imposição de medidas tributárias no sentido de evitar um prejuízo de grandes proporções à sociedade civil, no qual se teme a ofensa à consciência moral, ou, ainda, à esperança fundamentada de que se possa alcançar um proveito considerável para todos.[96]

A transgressão à razoabilidade na imposição de medidas tributárias será flagrantemente inconstitucional, permitindo eficaz controle pelo Poder Judiciário.

9.10 Princípio da uniformidade

Ao consagrar o princípio da uniformidade, vedando que a União institua tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal

ou a Município, o art. 151, I, reforça a igualdade federativa pretendida pelo art. 19, III.[97]

Como bem salientado por Ives Gandra, "o princípio da uniformidade é essencial ao sistema e evita não apenas guerras tributárias, como oferta garantia nacional aos contribuintes contra as exações regionais e distritais, nem sempre voltadas a preservar seus direitos".[98]

10 IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS E LIMITAÇÕES DO PODER DE TRIBUTAR

Imunidade tributária consiste no impedimento constitucional absoluto[99] à incidência da norma tributária,[100] pois restringe as dimensões do campo tributário da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.[101] No tradicional conceito de Aliomar Baleeiro, são as "vedações absolutas ao poder de tributar certas pessoas (subjetivas) ou certos bens (objetivas) e, às vezes, uns e outras. Imunidades tornam inconstitucionais as leis ordinárias que as desafiam".[102] Como destacado pelo Superior Tribunal de Justiça, "imunidade tributária só pode ser apreciada frente a princípio constitucional".[103]

No conceito de Hugo de Brito Machado, "imunidade é o obstáculo decorrente de regra da Constituição à incidência de regra jurídica de tributação. O que é imune não pode ser tributado. A imunidade impede que a lei defina como hipótese de incidência tributária aquilo que é imune. É limitação de competência".[104]

Regina Helena Costa traça importante paralelismo entre os princípios tributários e as imunidades, enquanto normas constitucionais referentes às limitações ao poder de tributar, afirmando que "os princípios são diretrizes positivas, norteadoras do adequado exercício da competência tributária, as imunidades encerram preceitos negativos, demarcando a própria competência tributária, impedindo seu exercício em relação a determinadas

pessoas, bens e situações".[105] Concordamos com a autora, pois tanto os princípios constitucionais tributários quanto as regras definidoras de imunidades tributárias são garantias fundamentais do indivíduo enquanto contribuinte e, consequentemente, imutáveis, seja pelo legislador ordinário, seja pelo legislador constituinte derivado, por meio de emendas constitucionais.

Podemos apontar o rol das imunidades tributárias na Constituição de 1988: 5º, XXXIV, *a* e *b*; 5º, LXXIII; 5º, LXXIV; 5º LXXVI, *a* e *b*; 5º, LXXVII; 150, VI; 150, § 2º; 153, § 3º, III; 153, § 4º; 153, § 5º; 155, X, *a*; 155, X, *b*; 155, X, *c*; 155, X, *d;* 155, XI; 155, § 3º; 156, II; 156, § 1º-A; 156, § 2º, I; 156, § 3º, II; 184, § 5º; 195, § 7º; 226, § 1º; 230, § 2º.[106]

Em seu art. 150, VI, a Constituição Federal estabelece importantes imunidades, vedando: a instituição recíproca de impostos sobre patrimônio, renda ou serviços dos entes federativos; a instituição de impostos sobre templos de qualquer natureza, sobre o patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive de suas funções, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, desde que atendidos os requisitos legais, e sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão.[107] A EC nº 75, de 15 de outubro de 2013, instituiu imunidade tributária sobre os fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham.

A EC nº 116, de 17 de fevereiro de 2022, complementado a previsão do artigo 150, VI, *b* da Constituição Federal, que veda a instituição de impostos sobre templos de qualquer culto, especificou que não incide IPTU (Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana) sobre templos de qualquer culto, mesmo que as entidades abrangidas pela imunidade tributária sejam apenas locatárias do bem imóvel.

No intuito de assegurar a permanência do equilíbrio no Pacto Federativo brasileiro, a Constituição repetiu tradicional regra impeditiva de cobrança recíproca de impostos entre os entes federativos.[108]

O texto constitucional impede que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, incluindo suas autarquias no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes,[109] instituam impostos sobre patrimônio, renda, serviço ou ganhos resultantes de operações financeiras,[110] uns dos outros, pois, como destacado pelo Supremo Tribunal Federal, "a garantia constitucional da imunidade recíproca impede a incidência de tributos sobre o patrimônio e a renda dos entes federados. Os valores investidos e a renda auferida pelo membro da federação é imune de impostos. A imunidade tributária recíproca é uma decorrência pronta e imediata do postulado da isonomia dos entes constitucionais, sustentado pela estrutura federativa do Estado brasileiro e pela autonomia dos Municípios".[111] Nesse sentido, decidiu o STF pertencer "ao Município, aos Estados e ao Distrito Federal a titularidade das receitas arrecadadas a título de imposto de renda retido na fonte incidente sobre valores pagos por eles, suas autarquias e fundações a pessoas físicas ou jurídicas contratadas para a prestação de bens ou serviços, conforme disposto nos arts. 158, I, e 157, I, da Constituição Federal".[112]

Ressalte-se, porém, que o Supremo Tribunal Federal estabeleceu importante distinção em relação à incidência da imunidade tributária recíproca às Empresas Públicas dependendo das atividades realizadas. Assim, "quando se tratar de serviço público, imunidade absoluta; quando envolvido o exercício de atividade privada, incidiriam as mesmas normas existentes para as empresas privadas, inclusive as tributárias", como bem destacado pelo Ministro-Relator Joaquim Barbosa, pois, como apontado pelo Ministro Cezar Peluso, é "opção político-constitucional do Estado a prestação de determinadas atividades em caráter exclusivo, como privilégio,

independentemente de sua lucratividade", porém, se houver desvio de sua atividade pública específica, "teria de se submeter às regras reservadas à iniciativa privada", pois o fato de pagar imposto, "em igualdade de condições com outras empresas, não significaria entrave ou incompatibilidade com o regime de privilégio no seu setor específico".[113] Da mesma forma, nossa Corte Suprema entendeu inaplicável a imunidade tributária recíproca em relação ao IPTU, "considerado imóvel de pessoa jurídica de direito público cedido a pessoa jurídica de direito privado, devedora do tributo"[114] e "a empresa privada arrendatária de imóvel público, quando seja ela exploradora de atividade econômica com fins lucrativos".[115]

Ao instituir imunidade tributária aos templos e ao patrimônio, à renda ou aos serviços dos partidos políticos e de suas fundações, das entidades sindicais de trabalhadores e das instituições de educação e assistência social sem fins lucrativos, a Constituição vinculou, nos termos do § 4º, do art. 150, sua incidência às finalidades essenciais desses entes, não estando abrangidas as finalidades meramente decorrentes das essenciais.[116]

Ressaltamos, porém, como o fez Aliomar Baleeiro, que "o templo não deve ser apenas a igreja, sinagoga ou edifício, onde se celebra a cerimônia pública, mas também a dependência acaso contígua, o convento, os anexos por força de compreensão, inclusive a casa ou residência oficial do pároco ou pastor, pertencente à comunidade religiosa, desde que não empregados para fins econômicos".[117]

Dessa forma, a imunidade tributária referente aos templos dos cultos religiosos deve estar relacionada com os imóveis necessários ao exercício de suas finalidades essenciais, entendidos não somente como os imóveis ligados à realização das cerimônias e liturgias, mas também os imóveis relacionados diretamente com essas atividades, tais como os seminários, conventos, as sacristias e a residência oficial dos ministros religiosos, cabendo aos contribuintes a prova dessa relação.[118]

Nos termos da Emenda Constitucional nº 116, de 17 de fevereiro de 2022, o IPTU (imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana) não incide sobre templos de qualquer culto, ainda que as entidades abrangidas pela imunidade sejam apenas locatárias do bem imóvel.

Trata-se, pois, de garantia instrumental à liberdade de crença e culto religiosos prevista no art. 5º, VI, do texto constitucional, cuja finalidade é impedir a criação de obstáculos econômicos – por meio de impostos – à realização de cultos religiosos.

Importante observar que o Supremo Tribunal Federal decidiu que "as entidades religiosas podem se caracterizar como instituições de assistência social a fim de se beneficiarem da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, *c*, da Constituição, que abrangerá não só os impostos sobre o seu patrimônio, renda e serviços, mas também os impostos sobre a importação de bens a serem utilizados na consecução de seus objetivos estatutários".[119]

Igualmente, a Constituição de 1988 prevê imunidade tributária aos Partidos Políticos, para que se evite a possibilidade de nefasta utilização do poder de tributar do Estado com a finalidade de restrição e perseguições a determinadas ideologias. Trata-se de previsão corolária aos arts. 1º, parágrafo único, 14, § 3º, V, e 17 do texto constitucional, que consagram a regra da democracia representativa, além de alçar os direitos relacionados à criação, organização e participação em partidos políticos como espécie do gênero Direitos Fundamentais (capítulo V, do Título II), afirmando ser livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos. Ressalte-se que "a imunidade assegurada pelo art. 150, VI, 'c', da Constituição da República aos partidos políticos, inclusive suas fundações, às entidades sindicais dos trabalhadores e às instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, que atendam aos requisitos da lei, alcança o IOF, inclusive o incidente sobre aplicações financeiras".[120]

A consagração da imunidade tributária sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão tem como finalidade a garantia e

efetivação da livre manifestação do pensamento, da cultura e da produção cultural, científica e artística, sem possibilidade de criação de empecilhos econômicos, via tributação, por parte do Estado,[121] não se aplicando com relação ao maquinário utilizado no processo de produção de livros, jornais e periódicos.[122]

Celso de Mello, ao analisar a Constituição anterior, que previa a mesma regra, bem definiu a finalidade dessa espécie de imunidade tributária, ao dizer que tem "nítido sentido político, uma vez que (a) visa a assegurar, de um lado, o efetivo exercício da liberdade de manifestação do pensamento (CF, art. 153, § 8º) e (b) objetiva concretizar, de outro, o compromisso assumido pelo Estado, de amparo à Cultura e de proteção à liberdade de ação cultural, científica e artística".[123]

Como destacado pelo Supremo Tribunal Federal, "a razão de ser da imunidade prevista no texto constitucional, e nada surge sem uma causa, uma razão suficiente, uma necessidade, está no interesse da sociedade em ver afastados procedimentos, ainda que normatizados, capazes de inibir a produção material e intelectual de livros, jornais e periódicos",[124] aplicando-se, inclusive, "a imunidade tributária constante do art. 150, VI, "d", da Constituição Federal, aplica-se ao livro eletrônico ("e-book"), inclusive aos suportes exclusivamente utilizados para fixá-lo", bem como a "imunidade tributária da alínea 'd' do inciso VI do art. 150 da CF alcança componentes eletrônicos destinados exclusivamente a integrar unidade didática com fascículos".[125]

Roque Carrazza aponta que o sentido dessa imunidade tributária é "dar meios materiais para que as pessoas possam divulgar suas ideias",[126] ideia reforçada por Sacha Calmon Navarro Coêlho ao afirmar que a "imunidade filia-se aos dispositivos constitucionais que asseguram a liberdade de expressão e opinião e partejam o debate das ideias, em prol da cidadania, além de simpatizar com o desenvolvimento da cultura, da educação e da informação".[127]

11 ISENÇÕES TRIBUTÁRIAS

As imunidades tributárias não se confundem com a possibilidade de os entes federativos concederem isenções, que correspondem à dispensa de pagamento do tributo por expressa *disposição legal* e não constitucional. Como decidiu o Supremo Tribunal Federal,

> "a criação de imunidade tributária é matéria típica do texto constitucional enquanto a de isenção é versada na lei ordinária; não há, pois, invasão da área reservada à emenda constitucional quando a lei ordinária cria isenção. O Poder Público tem legitimidade para isentar contribuições por ele instituídas, nos limites das suas atribuições".[128]

Observe-se, porém, que há pontos em comum entre imunidades tributárias e isenções, pois, conforme ensina Regina Helena Costa,

> "1) ambas são regras de estrutura, que estabelecem a incompetência para tributar; 2) são, em consequência, regras parciais, de exceção, que só fazem sentido em combinação com a norma atributiva de competência tributária – no caso de imunidade – e da hipótese de incidência tributária – no caso de isenção; 3) podem ter por objeto quaisquer espécies tributárias; 4) são justificadas pela perseguição de fins constitucionais".[129]

A concessão de isenção tributária é ato discricionário do ente federativo competente para a instituição do tributo,[130] aplicável a todas as espécies tributárias, e deve estrito respeito ao princípio da reserva legal.[131] A discricionariedade na concessão de isenções, porém, não deve ser confundida com arbitrariedade ou favorecimentos ilegais e abusivos. A União, Estados, Distrito Federal e Municípios, no âmbito de suas competências constitucionais, deverão respeitar os princípios da

igualdade,[132] impessoalidade e moralidade, na edição da lei concedente da isenção em matéria tributária, que deverá observar critérios objetivos, lógicos e razoáveis.[133]

Por fim, importante salientar que a isenção tributária poderá ser revogada a qualquer tempo, sem criar direito adquirido sobre ela,[134] tornando o tributo imediatamente exigível, pois preexistente e, portanto, não se aplicando novamente o princípio da anterioridade.[135]

[1] ATALIBA, Geraldo. Hermenêutica e sistema constitucional tributário. *Justitia – Revista do Ministério Público do Estado de São Paulo*, nº 77, p. 121; ARRUDA, Braz de Souza. *O melhor sistema tributário*. 1917. Trabalho apresentado para o concurso ao lugar de Professor Substituto da 5ª Seção da Faculdade de Direito de São Paulo – Fadusp, São Paulo; ATALIBA, Geraldo. Evolução do sistema constitucional tributário brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 5, nº 18, p. 63, abr./jun. 1968.

[2] Conferir nesse sentido: CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 11; CASSONE, Vittorio. *Sistema tributário nacional na nova Constituição.* São Paulo: Atlas, 1989. p. 16.

[3] Ambas as características são ressaltadas por Wanderley José Federighi (*Direito tributário*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2000. p. 29). Conferir, ainda: SILVA, José Afonso da. *Curso de...* Op. cit. p. 696.

[4] ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 8.

[5] BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários...* Op. cit. v. 6, t. 1, p. 6.

[6] Despacho do Ministro-Presidente Celso de Mello. *Informativo STF* nº 125.

[7] Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários...* Op. cit. p. 90.

[8] Nesse sentido: “Na verdade, a Carta Magna não institui tributo. O tributo é instituído por lei ordinária da entidade jurídica competente, salvo a hipótese do imposto extraordinário, do art. 154, I, da referida Carta” (Trecho do voto do Min. Rel. STF – Pleno – RExtr. nº 232.467/SP – Rel. Min. Ilmar Galvão, decisão: 29-9-1999, *Informativo STF* nº 164).

[9] BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 63.

[10] Conferir legislação infraconstitucional: Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional); Lei nº 8.137/90 (Crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo); Lei nº 8.176/91 (Crimes contra a ordem econômica); Lei nº 9.430/96 (Dispõe sobre a legislação tributária federal), dentre outras.

[11] BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário...* Op. cit. p. 80; PINTO FERREIRA. *Comentários...* Op. cit. v. 5, p. 284.

[12] STF – 2ª T. – RExtr. nº 172.058-1 – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 13 set. 1995. *Informativo STF* nº 9.

[13] SILVA, José Afonso da (*Curso...* Op. cit. p. 687) ressalta a importância da matéria tributária constitucional, indicando que a "lei complementar é requerida sete vezes no capítulo do sistema tributário nacional" (CF, arts. 146, 148, 153, VII, 154, I, 155, XII, 156, III e 161).

[14] Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários...* Op. cit. v. 2, p. 95.

[15] BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários...* Op. cit. v. 6, t. 1, p. 35.

[16] PINTO, Robson Flores. A competência tributária do Distrito Federal na Constituição. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo: Centro de Estudos, nº 51/52, p. 191, jan./dez. 1999.

[17] CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário.* 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 303.

[18] BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário...* Op. cit. p. 67.

[19] STF – Pleno – RExtr. nº 138.284/UF – Rel. Min. Carlos Velloso, decisão: 1º-7-1992 – trecho do voto do Ministro-relator in *RDA* 190/82.

[20] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 685.

[21] Pinto Ferreira aponta que a doutrina não é unânime na classificação de espécies de tributos (*Comentários...* Op. cit. v. 5. p. 248). Cf., ainda: BALEEIRO, Aliomar. *Direito...* Op. cit. p. 64; NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário.* 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 159; HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 194.

[22] Conferir importante análise sobre a matéria: STF – Pleno – RExtr. nº 138.284/UF – Rel. Min. Carlos Velloso, decisão: 1º-7-1992 – voto do Ministro-relator in *RDA* 190/82.

[23] Na legislação infraconstitucional, conferir Lei nº 8.021/90 (Identificação dos contribuintes para fins fiscais).

[24] CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário.* 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 71.

[25] STF – 1ª T. – RExtr. nº 226.066-2/SP – Rel. Min. Néri da Silveira, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 jun. 1998, p. 49; STF – Pleno – RExtr. nº 68.274/PR – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 17 nov. 1986, p. 23.289; STJ – 1ª T. – REsp. nº 141.341/BA – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, decisão: 19-2-

1998; STF – 2ª T. – RExtr. nº 216.259-1/CE – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 26 maio 2000, p. 29; STF – Pleno – RExtr. nº 203.981-1 – PE – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 25 maio 2001, p. 18.

[26] STF – 1ª T. – RExtr. nº 228.832-4/RJ – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 4 jun. 1999, p. 21; STF – 1ª T. – RExtr. nº 230.129-5 – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 4 jun. 1999, p. 21.

[27] Por exemplo: taxa florestal (*RTJ* 101/5; STF – 1ª T. – RExtr. nº 239.397/MG – Rel. Min. Ilmar Galvão, decisão: 21-3-2000, *Informativo STF* nº 182); taxa florestal pelo exercício de poder de polícia sobre o carvão vegetal (STF – 2ª T. – RExtr. nº 228.332/MG – Rel. Min. Carlos Velloso, decisão: 26-9-2001, decisão: 3-10-2001. *Informativo STF* nº 243).

[28] BARROS FILHO, Teotônio Monteiro de. *As taxas e seus principais problemas teóricos*. 1941. Tese (Cátedra) – Fadusp, São Paulo; MORAIS, Bernardo Ribeiro de. *A prestação de serviço no sistema tributário nacional.* 1972. Tese (Doutorado) – Fadusp, São Paulo.

[29] STF – Pleno – Adin nº 1.982-1/DF – Medida liminar – Rel. Min. Maurício Corrêa, *Diário da Justiça*, Seção I, 11 jun. 1999, p. 8; STF – Pleno – Adin nº 2.247-4/DF – Medida liminar – Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, Seção I, 10 nov. 2000, p. 81.

[30] STF – Pleno – Adin nº 1.942/PA – medida cautelar – Rel. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 22 out. 1999; STF – Pleno – Adin nº 2.424/CE – medida cautelar – Rel. Min. Néri da Silveira, *Informativo STF*, 14 mar. 2002, nº 259, p. 1.

[31] STF – Pleno – RExtr. nº 204.827-5/SP – Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, Seção I, 25 abr. 1997, p. 15.213; STF – 2ª T. – Agravo regimental em agravo de instrumento nº 194.063-3/SP – Rel. Min. Maurício Corrêa, decisão: 29-4-1997; STF – Pleno – RExtr. nº 188.391/SP – Rel. Min. Ilmar Galvão, decisão: 15-6-2000. *Informativo STF* nº 194.

[32] STF – Pleno – Adin nº 1.378-5 – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 30 maio 1997. *Informativo STF* nº 73.

[33] SILVA, Edgar Neves da. *Distinção jurídica entre taxa e preço público.* 1979. Dissertação (Mestrado) – Fadusp, São Paulo.

[34] STF – Pleno – Adin nº 2.586-4/DF – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 1 ago. 2003, p. 101.

[35] STF – 2ª T. – RExtr. nº 116.147-7/SP – Rel. Min. Octavio Gallotti, *Diário da Justiça*, Seção I, 25 maio 1993; *RTJ* 160/321; *RSTJ* 109/95; STJ – 1ª T. – REsp.

nº 169.131/SP – Rel. Min. José Delgado, *Diário da Justiça*, Seção I, 3 ago. 1998, p. 143.

[36] STF – 2ª T. – RExtr. nº 115.863/SP – Rel. Min. Célio Borja, *Diário da Justiça*, Seção I, 8 maio 1992, p. 6.268; STF – 1ª T. – RExtr. nº 116.418 – Rel. Min. Octavio Gallotti, *Diário da Justiça*, Seção I, 21 maio 1993, p. 9.768; *RTJ* 89/598; *RTJ* 105/434; *RTJ* 138/600; STF – 2ª T. – AI nº 204.827-1/PR – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 3 fev. 1998, p. 24.

[37] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários...* Op. cit. v. 2, p. 92.

[38] STF – 2ª T. – RExtr. nº 115.863/SP – Rel. Min. Célio Borja, *Diário da Justiça*, Seção I, 8 maio 1992, p. 6.268; STF – 2ª T. – RExtr. nº 116.147/SP – Rel. Min. Célio Borja, *Diário da Justiça*, Seção I, 8 maio 1992, p. 6.268; STJ – 2ª T. – REsp. nº 143.996/SP – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 dez. 1999, p. 76.

[39] NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso...* Op. cit. p. 168.

[40] STF – Pleno – RExtr. nº 138.284/UF – Rel. Min. Carlos Velloso, decisão: 1º-7-1992 – trecho do voto do Ministro-relator in *RDA* 190/82.

[41] Conferir histórico feito por Ives Gandra sobre as contribuições (*Comentários...* Op. cit. v. 6, t. 1, p. 127 ss.). Pinto Ferreira, igualmente, enumera extensa doutrina nacional e estrangeira nesse sentido (*Comentários...* Op. cit. p. 308-309).

[42] STF – Pleno – ADI 4735, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 12-2-2020. Observe-se, ainda, que “a norma imunizante contida no inciso I do § 2º do art. 149 da Constituição da República alcança as receitas decorrentes de operações indiretas de exportação caracterizadas por haver participação de sociedade exportadora intermediária” (STF – Pleno – RE 759244 – Tema 674, Rel. Min. Edson Fachin, j. 12-2-2020).

[43] Cf. FERREIRA, Pinto. *Comentários...* Op. cit. p. 293.

[44] Em relação a alguns empréstimos compulsórios em espécie, conferir: **Inconstitucionalidade de empréstimo compulsório sobre aquisição de veículo** (STF – 1ª T. – RExtr. nº 140.035/RJ – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 22 abr. 1994, p. 8.943; STJ – 2ª T. – REsp. nº 12.816-0/RJ – Rel. Min. José Jesus, *Diário da Justiça*, 10 fev. 1992, *Ementário STJ* nº 5/248; STJ – 1ª T. – REsp. nº 13.769/RJ – Rel. Min. Pedro Acioli, *Diário da Justiça*, Seção I, 17 fev. 1992, *Ementário STJ* nº 5/740, *Ementário STJ* nº 6/286; STJ nº 6/747); **Inconstitucionalidade de empréstimo compulsório sobre combustíveis** (STF – Pleno – RExtr. nº 121.336/CE – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*,

Seção I, 26 jun. 1992, p. 10.108 e *RTJ* 139/624; STJ – 2ª T. – REsp. nº 48.009-4/RS – Rel. Min. José de Jesus Filho, *Diário da Justiça*, Seção I, 27 jun. 1994, *Ementário STJ* nº 10/744; STJ – 2ª T. – Embargos de declaração no REsp. nº 44.221-4/PR – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 set. 1994, *Ementário STJ* nº 10/436); **Constitucionalidade do empréstimo compulsório em favor das Centrais Elétricas Brasileiras – Eletrobrás – Lei nº 4.156/62** (STF – Pleno – RExtr. nº 146.615/PE – Rel. Min. Maurício Corrêa, *Diário da Justiça*, Seção I, 30 jun. 1995; STF – 2ª T. – Agravo regimental em agravo de instrumento ou de petição nº 198.732/DF – Rel. Min. Carlos Velloso; STF – 2ª T. – Agravo regimental em agravo de instrumento ou de petição nº 219.667/SP – Rel. Min. Néri da Silveira).

[45] SILVA, José Afonso da. *Curso...* Op. cit. p. 685.

[46] DUVERGER, Maurice. *Institutions financières.* Paris: PUF, 1956. p. 186.

[47] SILVA, José Afonso da. *Curso...* Op. cit. p. 686.

[48] Nesse sentido, conferir: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários...* Op. cit. v. 2, p. 97; FERREIRA, Pinto. *Comentários...* Op. cit. v. 5, p. 289.

[49] STF – RExtr. nº 148.956 – Rel. Min. Celso de Mello – *RDA* 200/129. **Conferir, no mesmo sentido:** STF – Pleno – RExtr. nº 138.284/UF – Rel. Min. Carlos Velloso, decisão: 1º-7-1992 – trecho do voto do Ministro-relator in *RDA* 190/82; *RTJ* 126/330; *RTJ* 127/1.085. Em sentido contrário, a antiga jurisprudência do STF anterior ao texto de 1988: STF – "O empréstimo compulsório não é tributo, e sua arrecadação não está sujeita à exigência constitucional da prévia autorização orçamentária" (STF – Pleno – MS nº 12.247 – Rel. Min. Victor Nunes, *Diário da Justiça*, Seção I, 8 set. 1964, p. 3.201); STF – "O empréstimo compulsório não é tributo" (STF – 1ª T. – RMS nº 17.708 – Rel. Min. Lafayette de Andrada, *Diário da Justiça*, 8 nov. 1968). Conferir, ainda: STF – "O empréstimo compulsório, que não se confunde com qualquer tributo, mas decorre do Poder do Estado que faz com ele um empréstimo forçado" (STF – Pleno – MS nº 12.337 – Rel. Min. Cândido Motta, *Diário da Justiça*, 10 set. 1964, p. 3.259).

[50] STF – Pleno – RExtr. nº 100.642/SP – Rel. Min. Moreira Alves; STF – Pleno – RExtr. nº 101.339/SP – Rel. Min. Moreira Alves. *Ementário STF* nº 1.339/705; STF – 2ª T. – RExtr. nº 55.198/PB – Rel. Min. Aliomar Baleeiro, *Diário da Justiça*, 19 dez. 1966. Observe-se, porém, em relação a esse julgado, que a redação do citado artigo 21 da Constituição Federal de 1946 concedia expressamente a competência residual à União e aos Estados.

[51] STF – Pleno – RExtr. nº 138.284/CE – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 28 ago. 1992, p. 13.456; *RTJ* 143/313.

[52] CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso...* Op. cit. p. 358.

[53] SCHÜLER, Harry Conrado. A distribuição dos tributos na Federação brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 24, nº 95, p. 183, jul./set. 1987.

[54] "O contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990" (STF – Pleno – RHC 163334/SC, rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 11 e 12.12.2019).

[55] Conferir a EC nº 87, de 16 de abril de 2015, editada para tratar da sistemática de cobrança do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação incidente sobre as operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado.

[56] STF, Pleno, ADI 6828/AL, Rel. Min. André Mendonça, 3-11-2022.

[57] O STF reconheceu a constitucionalidade do estabelecimento de alíquotas progressivas para o IPTU tendo como causa o valor venal do imóvel e a sua destinação. Afirmando que tal possibilidade "possuiria cunho social da maior valia, tendo como objetivo único, sem limitação do alcance do que nele estaria contido, o estabelecimento de uma gradação que promovesse justiça tributária, onerando os que tivessem maior capacidade para pagamento do imposto" (STF – Pleno – RE 423768/SP – Rel. Min. Marco Aurélio, decisão, 1º-12-2010).

[58] Observe-se, pela importância, a edição da Súmula Vinculante nº 31, do Supremo Tribunal Federal: "É inconstitucional, a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza – ISS, sobre operações de locação de bens móveis".

[59] MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários...* Op. cit. t. 2, v. 6, p. 2; CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso...* Op. cit. p. 401.

[60] BALEEIRO, Aliomar. *Direito...* Op. cit. p. 69.

[61] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários...* Op. cit. v. 3, p. 128.

[62] ECs nºs 42/2002, 55/2007, 84/2014 e 108/2020.

[63] CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso...* Op. cit. p. 401.

[64] FERREIRA, Pinto. *Comentários...* Op. cit. v. 5, p. 511.

[65] STF – Pleno – MS nº 22.799-1/PR – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 12 jun. 1998, p. 55.

[66] ECs n°s 42/2002, 55/2007, 84/2014 e 108/2020.

[67] "A repartição de receitas prevista no art. 157, II, da Constituição Federal não se estende aos recursos provenientes de receitas de contribuições sociais desafetadas por meio do instituto da Desvinculação de Receitas da União (DRU) na forma do art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias" (STF – Pleno – ADPF 523/DF, Rel. Min. Rosa Weber, julgamento virtual finalizado em 6-2-2021).

[68] FALCÃO, Alcino Pinto. Limitações constitucionais do direito tributário. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 18, nº 72, p. 49, out./dez. 1981.

[69] FERREIRA, Pinto. *Comentários...* Op. cit. v. 5, p. 312.

[70] STF – Pleno – Adin nº 712-2/DF – medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 fev. 1993.

[71] Cf. ASSUNÇÃO, Lutero Xavier. *Princípios de direito na jurisprudência tributária.* São Paulo: Atlas, 2000.

[72] MUNHÓZ, Francisco de Assis. O princípio da legalidade no sistema constitucional e no sistema tributário. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, nº 26, p. 127, jan./mar. 1999; REGINA, Heitor. *Incerteza e insegurança jurídica resultantes do alongamento do princípio da legalidade no Sistema Tributário Nacional através dos mecanismos da delegação e da autorização legislativas.* 1987. Dissertação (Mestrado) – Fadusp, São Paulo.

[73] Cf. MIRANDA, Jorge. *Textos históricos do direito constitucional.* 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 1990. p. 14.

[74] STF – 1ª T. – Ag. Rg. nº 181.853/RS – Rel. Min. Moreira Alves, decisão: 22-4-1997, *Informativo STF* nº 68; STF – Pleno – Adin nº 1.444-7/PR – medida liminar – Rel. Min. Sydney Sanches, *Diário da Justiça*, Seção I, 29 ago. 1997, p. 40.215; STJ – 1ª T. – Resp. nº 31.100-0 – SP – Rel. Min. Demócrito Reinaldo, *Ementário STJ* 8/806; STJ – 1ª T. – REsp. nº 31.970-9 – RS – Rel. Min. Demócrito Reinaldo, *Ementário STJ* nº 8/784. **No mesmo sentido:** STJ – 2ª T. – REsp. nº 35.117-4/RS – Rel. Min. Peçanha Martins, *Ementário STJ* nº 9/780; STJ – 1ª T. – REsp. nº 3.188-0/PR – Rel. Min. Milton Luiz Pereira, *Ementário STJ* nº 9/781; STJ – 1ª T. – REsp. nº 49.227-0/RS – Rel. Min. Demócrito Reinaldo, *Ementário STJ*, nº 10/761.

[75] STF – Pleno – Adin nº 1.417-0/DF – medida liminar – Rel. Min. Octavio Gallotti, *Ementário STF* nº 1.829-01/60.

[76] STF – Pleno – Adin nº 349/DF – medida cautelar – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 26 out. 1990, p. 11.976.

[77] STF – 2ª T. – RExtr. nº 236.604/PR – Rel. Min. Carlos Velloso, decisão: 26-5-1999, *Informativo STF* nº 151; STF – Pleno – Adin nº 1.655/AP – medida cautelar – Rel. Min. Maurício Corrêa, decisão: 10-9-1997. *Informativo STF* nº 83.

[78] STF – Pleno – Adin nº 712-2/DF – medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 fev. 1993.

[79] STF – Pleno – ADI 6330, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 16-6-2020.

[80] Como destacado pelo STF: "O princípio da anterioridade da lei tributária – imune, até mesmo, ao próprio poder de reforma do Congresso Nacional (*RTJ* 151/755-756) – representa uma das garantias fundamentais mais relevantes outorgadas ao universo dos contribuintes pela Carta da República, além de traduzir, na concreção do seu alcance, uma expressiva limitação ao poder impositivo do Estado" (Despacho do Ministro-Presidente Celso de Mello. *Informativo STF* nº 125). Nesse sentido, Súmula 67 do STF – "É inconstitucional a cobrança do tributo que houver sido criado ou aumentado no mesmo exercício financeiro." Conferir: *RTJ* 83/501; *RTJ* 90/579; *RTJ* 151/756.

[81] STF – Pleno – Adin nº 939/DF – Rel. Min. Sydney Sanches, *Diário da Justiça*, Seção I, 18 mar. 1994, p. 5.165.

[82] STF – Pleno – Adin nº 939/DF – Rel. Min. Sydney Sanches, *Diário da Justiça*, Seção I, 18 mar. 1994, p. 5.165.

[83] STF – Pleno – ADI nº 3.694/AM – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 20-9-2006 – *Informativo STF* nº 441, Seção I, p. 1.

[84] STF – Pleno – ADI 4661 MC/DF – Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 20-10-2011. Conferir, ainda: STF – Pleno – RE 587008/SP – Rel. Min. Dias Tóffoli, decisão: 2-2-2011.

[85] Voto do Ministro Celso de Mello, na ADI 4661-MC/DF, publicado no *Informativo STF* nº 649 – 21 a 25 de novembro.

[86] STF – Pleno – ADI nº 3.694/AM – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 20-9-2006 – *Informativo STF* nº 441.

[87] STF – Pleno – RE 601967 – Tema 346, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 18-8-2020.

[88] STF – Pleno – Adin nº 2.010-2/DF – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 12 abr. 2002, p. 51; STF – Pleno – Adin nº 1.075/DF – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 17-6-1998, *Informativo STF* nº 115.

[89] STF – 2ª T. – Ag. Rg. em Ag. Instr. ou de Petição nº 173.689/DF – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 26 abr. 1996, p. 13.126; STF – Pleno – Adin nº 1.556/PE – Medida cautelar – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 22 ago. 1998, p. 38.759; STJ – 2ª T. – Embargos declaratórios em REsp. nº 38784/DF – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, 20 jun. 1994, p. 16.080; STJ – 2ª T. – Embargos declaratórios em REsp. nº 38076/DF – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, 6-6-1994, p. 14.267; TRF – 5ª Região – 2ª T. – Apelação em MS nº 95.05.49273/PB – Rel. Juiz José Delgado, *Diário da Justiça*, Seção I, 4 ago. 1995, p. 48.734.

[90] FERREIRA, Pinto. *Comentários...* Op. cit. v. 5, p. 319.

[91] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários...* Op. cit. v. 2, p. 101.

[92] STF – Pleno – Adin nº 551/RJ – medida cautelar – Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, Seção I, 18 out. 1991, p. 14.548 e *RTJ* 138/55.

[93] Cf. a respeito da necessária observância do princípio da razoabilidade pelo Poder Público: STF – Pleno – Adin nº 1.158/AM – medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 19-12-1994; STF – 2ª T. – Ag. Rg. em Ag. Instr. nº 194.188-8/RS – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 15 maio 1998, p. 48; STF – Pleno – Adin nº 1.407/DF – Rel. Min. Celso de Mello; STF – 2ª T. – HC nº 77.003/PE – Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 16-6-1998, *Informativo STF* nº 115.

[94] GORDILLO, Agustin. *Princípios gerais de direito público.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 183.

[95] DROMI, José Roberto. *Derecho...* Op. cit. p. 36.

[96] MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório IOB de Jurisprudência* nº 23, 1994, p. 473; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Derechos fundamentales, proceso y principio de la proporcionalidad. *Revista Galega de Administración Pública*, nº 16, p. 244.

[97] Conferir: ASSUNÇÃO, Lutero Xavier. *Princípios...* Op. cit. p. 469.

[98] BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários...* Op. cit. v. 6, t. 1, p. 219.

[99] Conferir: MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Imunidades tributárias.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 31.

[100] MELLO FILHO, José Celso. *Constituição...* Op. cit. p. 123.

[101] CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso...* Op. cit. p. 421.

[102] BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 82. Regina Helena Costa elabora excelente estudo sobre as diversas posições doutrinárias acerca do conceito e definição das imunidades tributárias (*Imunidades tributárias.* São Paulo: Malheiros, 2001. p. 35 ss). Conferir, ainda, as diversas posições doutrinárias apontadas por Yoshiaki Ichihara sobre a caracterização das imunidades (*Imunidades tributárias.* São Paulo: Atlas, 2000, p. 155 ss).

[103] STJ – 1ª T. – Ag. Rg. em Ag. Instr. nº 146.887/SP – Rel. Min. José Delgado, *Diário da Justiça*, Seção I, 16 mar. 1998, p. 30.

[104] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário.* São Paulo: Malheiros, 1995. p. 190.

[105] COSTA, Regina Helena. *Imunidades tributárias.* São Paulo: Malheiros, 2001. p. 35.

[106] Conferir a respeito: ICHIHARA, Yoshiaki. *Imunidades tributárias.* São Paulo: Atlas, 2000. Capítulo 6; COSTA, Regina Helena. *Imunidades tributárias.* São Paulo: Malheiros, 2001. Capítulo XIII.

[107] MONTEIRO, Ruy Carlos de Barros. Apontamentos sobre imunidades tributárias à luz da jurisprudência do STF. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 24, nº 93, p. 139, jan./mar. 1987 e Apontamentos sobre imunidades tributárias à luz da jurisprudência do STF – Parte 2: a imunidade tributária dos partidos políticos e das instituições de educação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 24, nº 94, p. 199, abr./jun. 1987.

[108] O STF reconheceu a incidência de imunidade tributária recíproca com relação às Caixas de Assistência de Advogados, como instrumento necessário para a garantia de autonomia da OAB perante o Poder Público (Pleno, RE 405267/MG, Rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 6-9-2018).

[109] STF – 2ª T. – RExtr. nº 203.839-3 – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 maio 1997, p. 16.574; STF – 1ª T. – RExtr. nº 93.932/MG – Rel. Min. Néri da Silveira, *Diário da Justiça*, Seção I, 30 nov. 1984, p. 20.442; *RTJ* 64/521. **Em relação à incidência da imunidade recíproca para as empresas públicas prestadoras de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado (ECT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos)**:

STF – 2ª T. – RE nº 407099/RS – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 ago. 2004, p. 62; STF – 2ª T. – RE 398630/SP – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 17 set. 2004, p. 83; STF – 2ª T. – RE 354897/RS – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 3 set. 2004, p. 34; **salvo, conforme novo entendimento do STF, quando realizar atividade privada** (STF – RE 601392/PR – Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão: 16-11-2011). **Em relação à não incidência da imunidade recíproca para as empresas públicas:** STF – Pleno – RExtr. nº 90.470/PB – Rel. Min. Cordeiro Guerra, *Diário da Justiça*, 26 mar. 1982, p. 2.563. No mesmo sentido: *RTJ* 101/229.

[110] STF – 2ª T. – Ag. nº 172.890-7 (Ag. Rg.) – Rel. Min. Marco Aurélio, *Informativo STF* nº 27 – abr. 1996; STF – 2ª T. – Ag. Rg. em Ag. Instr. nº 174.808-8.

[111] STF – 2ª T. – Ag. Rg. em Ag. Instr. nº 174.808-8 – Rel. Min. Maurício Corrêa. *Informativo STF* nº 36. **Conferir, ainda:** STF – Ag. Instr. nº 180.133-6/PR – Rel. Min. Néri da Silveira, *Diário da Justiça*, Seção I, 20 nov. 1996, p. 45.277; *RTJ* 152/85.

[112] STF – Pleno – Tema 1130 RG – RE 1293453/RS, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento virtual finalizado em 8-10-2021.

[113] STF – RE 601392/PR – Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão: 16-11-2011 (referente à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT).

[114] STF – Pleno – RE 434251/RJ – Rel. orig. Min. Joaquim Barbosa, red. p/ o ac. Min. Cármen Lúcia – julgamento: 19-4-2017; STF – Pleno – RE 601720/RJ – Rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Marco Aurélio – julgamento: 19-4-2017.

[115] STF – Pleno – RE 594015/DF – Rel. Min. Marco Aurélio – julgamento: 6-4-2017.

[116] Conferir: COSTA, Regina Helena. *Imunidades tributárias.* São Paulo: Malheiros, 2001. p. 157.

[117] BALEEIRO, Aliomar. *Direito...* Op. cit. p. 88.

[118] STF – 2ª T. – RExtr. nº 206.169/SP – Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 27-4-1998, *Informativo STF* nº 108.

[119] STF, Pleno, RE 630790/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, SV de 11 a 18 de março de 2022. Tema 336 Repercussão Geral.

[120] STF – Pleno – Tema 328 RG – RE 611510/SP, Rel. Min. Rosa Weber, julgamento virtual finalizado em 12-4-2021.

[121] STF – 2ª T. – RExtr. nº 102.141/RJ – Rel. Min. Carlos Madeira, *Diário da Justiça*, Seção I, 29 nov. 1995, p. 21.920.

[122] STF, 1ª T., ARE 1100204/SP, red. p/ac. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 29-5-2018.

[123] MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição federal anotada.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 124.

[124] STF – Pleno – RExtr. nº 174.476-6/SP – Rel. p/Acórdão Min. Marco Aurélio, decisão: 26-9-1996. *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 30, p. 155 ss, mar. 1998.

[125] STF – Pleno – RE 595676/RJ – Rel. Min. Marco Aurélio e RE 330817/RJ – Rel. Min. Dias Toffoli, ambos julgados em 8-3-2017.

[126] CARRAZZA, Roque Antonio. *Importação de bíblias em fitas*: sua imunidade – exegese do art. 150, VI, *d*, da Constituição Federal. *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 26, p. 125.

[127] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988.* Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 378.

[128] STF – Pleno – Adin nº 2.006/DF – Rel. Min. Maurício Corrêa. Conferir, ainda: STF – 2ª T. – RExtr. nº 64.039/PR – Rel. Min. Adaucto Cardoso, *Diário da Justiça*, 5 dez. 1969.

[129] *Imunidades tributárias.* Op. cit. p. 107.

[130] STF – 1ª T. – RExtr. nº 218.160/SP – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 mar. 1998, p. 28; STF – 2ª T. – RExtr. nº 160.823-4/SP – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 20 fev. 1998, p. 46; STJ – 1ª T. – REsp. nº 178.829/RJ – Rel. Min. Demócrito Reinaldo, *Diário da Justiça*, Seção I, 15 mar. 1999, p. 110.

[131] STF – Pleno – Adin nº 155/SC – Rel. Min. Octavio Gallotti, decisão: 3-8-1998, *Informativo STF* nº 117.

[132] STF – Pleno – Adin nº 1.655/AP – medida cautelar – Rel. Min. Maurício Corrêa, decisão: 10-9-1997. *Informativo STF* nº 83; TJSP – *LEX* 132/448; TJSP – Adin de Lei nº 22.471-0/SP – Órgão Especial – Rel. Cuba Santos – v.u. – 30-8-1995; TRF – AMS nº 90.03.20695/SP – Rel. Juiz Grandino Rodas – 4ª T. – *Diário da Justiça*, Seção II, 4 fev. 1991, p. 160.

[133] *RTJ* 136/444; STF – 1ª T. – Ag. Rg. em Ag. Instr. ou de petição nº 142.348/MG – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 24 mar. 1995, p. 6.807.

[134] *RTJ* 164/802.

[135] STF – 2ª T. – RExtr. nº 204.062-2/ES – Rel. Min. Carlos Velloso, decisão: 27-9-1996, *Informativos STF* nºs 46 e 58; *RTJ* 33/177; *RTJ* 35/249.



Bibliografia

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. *Manual de direito internacional público.* 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ACCIOLY, Hildebrando. Hermenêutica e sistema constitucional tributário. *Justitia – Revista do Ministério Público do Estado de S. Paulo*, São Paulo, nº 77.

ACKEL FILHO, Diomar. *Writs constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

AGUILAR, Juan F. López. *La justicia y sus problemas en la Constitución*. Madri: Tecnos, 1996.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales.* Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALLAN, T.R.S. *Constitutional Justice*. Oxford: University Press, 2006.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. *Competências na Constituição de 1988.* São Paulo: Atlas, 1991.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. *Imunidades parlamentares.* Brasília: Câmara dos Deputados, 1982.

ALMEIDA FILHO, Amaro Alves. Estudo sobre o Ministério Público. *Justitia – Revista do Ministério Público do Estado de São Paulo*, nº 45/13.

ALVIM, Arruda. Competência dos Estados-membros para legislar sobre comércio interestadual. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política.* São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 7.

AMORTH Antonio. *Corso di diritto costituzionale comparato*. Milão: Antonino Giuffrè, 1947.

ANDRADE, J. C. Vieira de. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In: VÁRIOS AUTORES. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional.* Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Controle de constitucionalidade de leis e atos normativos.* São Paulo: Dialética, 1992.

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. *Poder judiciário*: do moderno ao contemporâneo. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência.* Tese (Doutorado) CORDE – Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1994.

ARAÚJO JR., João Marcelo de. O espaço jurídico-criminal dos tribunais de contas: brevíssimas notas sobre o crime do art. 89 da lei 8.666, de 21 de junho de 1993. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 13, 1996.

ARISTÓTELES. *Política*. 4. ed. [S.l]: Laboulaye, s.d.

ARRUDA, Braz de Souza. *O melhor sistema tributário*. São Paulo: Fadusp, 1917.

ASSIS-BRASIL, J. F. de. *Do governo presidencial na república brasileira.* 2. ed. Rio de Janeiro: Calvino Editor, 1934.

ASSUNÇÃO, Lutero Xavier. *Princípios de direito na jurisprudência tributária.* São Paulo: Atlas, 2000.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

ATALIBA, Geraldo. Evolução do sistema constitucional tributário brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 5, nº 18, p. 63, abr./jun. 1968.

ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

ATALIBA, Geraldo. Hermenêutica e sistema constitucional tributário. *Justitia – Órgão do Ministério Público de São Paulo*, nº 77, p. 121.

AVOLIO, Luiz Torquato. *Provas ilícitas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BACHA, Sérgio Reginaldo. Mandado de injunção. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 11.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 1994.

BACHOF, Otto. *Jueces y constitución*. Madri: Civitas, 1987.

BADIA, Juan Ferrando. *El Estado unitario, el Federal y el Estado regional.* Madri: Tecnos, 1978.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Princípios da isonomia: desequiparações proibidas e permitidas. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 1.

BANDRÉS, José Manuel. *Poder Judicial y Constitución*. Barcelona: Casa Editorial, 1987.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral das comissões parlamentares*: comissões parlamentares de inquérito. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional.* Rio de Janeiro: Forense, 1991.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 19, p. 11.

BARBERA, Amato; BARBERA, Augusto (Coord.). *Manuale di diritto pubblico*. Bolonha: Il Molino, 1994.

BARBOSA, Ruy. *Commentários à Constituição Federal brasileira.* São Paulo: Saraiva, 1993. 3. v.

BARILE, Paolo. *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*. Bolonha: Il Molino, 1984.

BARRETO, Lauro. *Direito eleitoral.* Bauru: Edipro, 1994.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.* Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROS FILHO, Teotônio Monteiro de. *As taxas e seus principais problemas teóricos*. 1941. Tese (Cátedra) – Fadusp, São Paulo.

BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. *Usucapião constitucional urbano e rural.* São Paulo: Atlas, 1998.

BARTHÉLEMY, Joseph. *Le rôle du pouvoir exécutif dans les républiques modernes*. Paris: Giard et Brière, 1906.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional.* 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo.* São Paulo: Saraiva, 1994.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito financeiro e de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1991.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 1994.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Estudos e pareceres de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Emendas à Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 67.

BASTOS, Celso Ribeiro. O município: sua evolução histórica e suas atuais competências. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 1.

BASTOS, Celso Ribeiro. Transporte rodoviário coletivo (linhas intermunicipais). *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política,* São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 5.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 1988. 6 v.

BAUM, Lawrence. *A suprema corte americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

BENJAMIN CONSTANT. *Escritos políticos.* Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

BERMUDES, Sérgio. O mandado de injunção. *RT* 642/24.

BIELSA, Rafael. *Compendio de derecho público.* Buenos Aires: Depalma, 1952.

BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BLACK, Henry Campbell. *The relation of the executive power to legislation.* Princeton: Princeton University Press, 1919.

BOAVENTURA, Edivaldo M. A Constituição e a educação brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, nº 127/34.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*: uma defesa das regras do jogo. São Paulo: Paz e Terra Política, 1986.

BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad.* Barcelona: Paidós, 1993.

BOGNETTI, Giovanni. *Federalismo.* Torino: Utet, 1992.

BOGNETTI, Giovanni. *Lo spirito del constituzionalismo americano*. Torino: G. Gioppichelli Editore, 2000. v. II.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política.* 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BROSSARD, Paulo. Inelegibilidade fictícia. *Folha de S. Paulo,* 29 out. 1992.

BROSSARD, Paulo. A constituição e as leis a ela anteriores. *Arquivo Ministério da Justiça*, Brasília, 45 (180), jul./dez. 1992.

BROSSARD, Paulo. *O impeachment.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

BUENO, Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Nova Edição, 1958.

BULOS, Uadi Lammêgo. Da reforma à mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa,* Brasília: Senado Federal, nº 129, 1996.

BURDEAU, Georges. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 7. ed. Paris: Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965.

BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.

BUZAID, Alfredo. *O mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989.

CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais de direito administrativo.* Coimbra: Almedina, 1996.

CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 2.

CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo.* 9. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1970.

CAHALI, Yussef Said. *Estatuto do estrangeiro.* São Paulo: Saraiva, 1983.

CALIMAN, Auro Augusto. *Mandato parlamentar*: aquisição e perda antecipada. São Paulo: Atlas, 2005.

CAMARGO, Heloisa Helena Tartarotti; KAIN, Maria de Lourdes de Medeiros. O Senado como controlador externo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, nº 125, 1995.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil.* 11. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

CAMPOS, Francisco. Comissão parlamentar de inquérito – poderes do congresso – direitos e garantias individuais. *Revista Forense*, nº 195.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Magistratura, sistema jurídico e sistema político. In: FARIA, José Eduardo (Coord.). *Direito e justiça*: a função social do Judiciário. 3. ed. São Paulo: Ática, 1997.

CANA, Vitalino. *Introdução às decisões de provimento do tribunal constitucional*: os seus efeitos em particular. Lisboa: Cognitio, 1984.

CÂNDIDO, Joel J. *Inelegibilidades no direito brasileiro.* Bauru: Edipro, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional.* Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada.* 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Os poderes do Presidente da República.* Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*? Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1980.

CAPPELLETTI, Mauro. *La giurisdizione costituzionale delle libertà.* Milão: Giuffrè, 1974.

CARRAZZA, Roque Antonio; GARTH, Bryant. *Access to justice*: the worldwide movement to make rights effective. A general report. Traduzido para o português por Ellen Gracie Northfleet. Milão: Giuffrè, 1978.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário.* 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CARRAZZA, Roque Antonio. Importação de bíblias em fitas: sua imunidade – exegese do art. 150, VI, *d*, da Constituição Federal. *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 26, p. 125.

CARVALHO, Aluísio Dardeau de. *Nacionalidade e cidadania*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Técnica legislativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

CARVALHO, Virgílio de Jesus Miranda. *Os valores constitucionais fundamentais*: esboço de uma análise axiológico-normativa. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

CASSONE, Vittorio. *Sistema tributário nacional na nova constituição.* São Paulo: Atlas, 1989.

CASTRO, José Nilo. *A defesa dos prefeitos e vereadores.* 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

CASTRO, Robinson Gonçalves. Considerações acerca da constitucionalidade na expedição de medidas provisórias versando matéria orçamentária pública. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, nº 126, 1995.

CASTRO JÚNIOR, Oswaldo Agripino. *A democratização do Poder Judiciário.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *A Constituição Federal comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 1948.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Parecer do consultor geral da República. *Revista de Direito Administrativo,* nº 45/426.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Princípios gerais de direito público.* 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Lei nº 9.296/96 – interceptação telefônica. *Boletim IBCCRIM,* São Paulo, nº 45, ago. 1996.

CÉSAR, Afonso. Do poder regulamentar. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, nº 128, 1996.

CHANTEBOUR, Bernard. *Droit constitucionnel et science politique*. 17. ed. Paris; Armand Cedam, 1995.

CHAVES, Antonio. Grande naturalização. *Revista de Direito Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 14/77, 1970.

CHEVALLIER, Jacques. *L'Etat de droit.* Paris: Montchristien, 1992.

CHOUKE, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo. Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro. *RT* 438/35.

CLÉVE, Clèmerson Merlin. *Temas de direito constitucional*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

CLÉVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CLÉVE, Clèmerson Merlin. *As medidas provisórias e a CF de 1988.* Curitiba: Juruá, 1991.

CLÉVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

COELHO, Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988.* Rio de Janeiro: Forense, 1989.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direito público*: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. Ação de improbidade: Lei nº 8.429/92. Competência ao juízo do 1º grau. *Boletim dos Procuradores da República,* ano 1, nº 9, jan. 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. Comissão parlamentar de inquérito. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 10.

CONGRESSO REVISOR – Relatoria da Revisão Constitucional – Pareceres Produzidos (Histórico). Brasília: Senado Federal, 1994.

COOLEY, Thomas McIntyre. *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

COOLEY, Thomas McIntyre. *The general principles of constitutional law in the United States of America.* 3. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1898.

CORREA, Oscar Dias. *A defesa do Estado de Direito e emergência constitucional.* Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da. *A jurisdição constitucional em Portugal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

COSTA, Marcus Vinícius Americano. *O direito do trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

COSTA, Regina Helena. *Imunidades tributárias.* São Paulo: Malheiros, 2001.

CRETELLA JR., José. *Os writs na Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Procedent in english law.* Oxford: Clarendon Press, 1991.

DAHL, Robert A. *Democracia.* Brasília: UnB, 2001.

DALLARI, Adilson de Abreu. Lei orçamentária: processo legislativo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, nº 129, 1996.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado.* 11. ed. São Paulo: Saraiva: 1985.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes.* São Paulo: Saraiva, 1996.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Competência municipal em matéria de saúde. *RDP* 92/174.

DANTAS, F. C. San Tiago. Igualdade perante a lei e due process of law: contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1948.

DANTAS, Ivo. *Direito adquirido, emendas constitucionais e controle de constitucionalidade.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

DANTAS, Ivo. *Constituição Federal*: teoria e prática. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

DANTAS, Ivo. *Mandado de injunção*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Comentários à lei orgânica nacional do Ministério Público*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Direito à informação ambiental. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, nº 83/385.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JR., Roberto. A permissão constitucional e a nova lei de interceptação telefônica. *Boletim IBCCRIM*,

nº 47, out. 1996.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Juizados especiais criminais*: comentários. São Paulo: Aide, 1996.

DENNEWITZ, Boddo. *Kommentar zum bonner Grundgesetz*: bonner kommentar. Hamburgo: Joachin Hestmann, 1950. art. 101.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988.* São Paulo: Atlas, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 5. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

DÓRIA, Sampaio. *Comentários à Constituição de 1946*. São Paulo: Saraiva, 1946.

DROMI, José Roberto. *Derecho administrativo.* 6. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997.

DROMI, José Roberto. *Federalismo y diálogo institucional*. Tucuman: Unsta, 1981.

DUVERGER, Maurice. *Instituciones politicas y derecho constitucional.* Barcelona: Ariel, 1962.

DUVERGER, Maurice. *Institutions financières.* Paris: PUF, 1956.

DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*. A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

EISENMANN, Charles. *La justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d'Autriche.* Paris: Economica – Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1986.

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel; PIZZOLO, Calogero. *Habeas data*: el derecho a la intimidad frente a la revolución informática. Buenos Aires: Depalma, 1996.

ENTERRÍA, García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo.* Madri: Civitas, 1988. v. I.

FAGUNDES, Seabra. Novas perspectivas do federalismo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, nº 9.

FALCÃO, Alcino Pinto. *Da imunidade parlamentar.* Rio de Janeiro: Forense, 1965.

FALCÃO, Alcino Pinto. Limitações constitucionais do direito tributário. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 18, nº 72, p. 49, out./dez. 1981.

FALCÃO, Alcino Pinto et al. *Comentários à Constituição.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990. 3 v.

FAVOREU, Louis et al. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales.* Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

FAYT, Carlos S. *Supremacía constitucional e independencia de los jueces*. Buenos Aires: Depalma, 1994.

FEDERIGHI, José Wanderley. *Direito tributário*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2000.

FERGUSON, Neil M. et al. Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID-19 mortality and healthcare demand. Disponível em: <https://www.imperial.ac.uk/media/imperial-college/medicine/mrc-gida/2020-03-16-COVID19-Report-9.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021.

FERNANDES, Antonio Scarance. Interceptações telefônicas: aspectos processuais da lei. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, nº 45, ago. 1996.

FERNANDES, Flávio Sátiro. Improbidade administrativa. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 34, nº 136, p. 101, out./dez. 1997.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Requisitos para ministro e conselheiro de tribunal de contas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, nº 126, 1995.

FERNANDEZ, Tomás Ramón. *Arbitrariedad y discrecionalidad.* Madri: Civitas, 1991.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Poder constituinte do Estado-membro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

FERRAZ, Sérgio; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Interpretação e estudos da Constituição de 1988.* São Paulo: Atlas, 1990.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 1/77.

FERREIRA, Pinto. *Código eleitoral comentado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira.* São Paulo: Saraiva, 1989. 7 v.

FERREIRA, Pinto. O Município e sua lei orgânica. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política,* São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 10.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI.* São Paulo: Saraiva, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. As medidas provisórias com força de lei. *Repertório IOB de Jurisprudência*, nº 5/89, mar. 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988.* São Paulo: Saraiva, 1989-1995. 4 v.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional.* 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais.* São Paulo: Saraiva, 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O parlamentarismo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. São Paulo: Saraiva, 1985.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves O estado federal brasileiro na constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, nº 179.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *A autoridade coatora e o sujeito passivo do mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Controle de administração pública.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FIGUEIREDO, Marcelo. *A medida provisória na Constituição*. São Paulo: Atlas, 1991.

FIGUEIREDO, Marcelo. Responsabilidade por atos de improbidade. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 5, nº 19, p. 123, abr./jun. 1997.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FIGUEIREDO, Paulo de. Educação e Constituinte. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, nº 87/77.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito constitucional comparado.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

FRANÇA, R. Limongi. Reparação do dano moral. *RT* 631/29.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de direito constitucional brasileiro.* Rio de Janeiro: Forense, 1958.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Parecer*: em defesa das garantias do Ministério Público. São Paulo: Imprensa Oficial, 1961.

FRANCO, Alberto Silva. Medidas provisórias. *Lex-RJTJESP* 123/16.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O princípio constitucional da moralidade administrativa*. 2. ed. Curitiba: Genesis, 1993.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1996.

FREITAS, Juarez. Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, nº 129, 1996.

FRIEDRICH, Carl Joaquim. *Gobierno constitucional y democracia.* Madri: Instituto de Estudos Políticos, 1975.

GAMBINO, Silvio (Coord.). *Forme di governo e sistemi elettorali.* Pádua: Cedam, 1995.

GARCIA BELAUNDE, Domingo; FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *La jurisdicción constitucional en Iberoamerica.* Madri: Dykinson, 1997.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional.* 3. ed. Madri: Civitas, 1994.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Princípio de legalidade na constituição espanhola. *Revista de Direito Público*, nº 86.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GETZËVICTH, Mirkine. *As novas tendências do direito constitucional.* São Paulo: Nacional, 1953.

GILMORE, Brant. *As eras do direito americano.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978.

GOLDSTEIN, Joel K. The presidency and the rule of law: some preliminary explorations. *Saint Louis University Law Journal*. Saint Louis, ano 3, v. 43, 1999.

GOLDSTEIN, Joel K. Can the vice president preside at his own impeachment trial? A critique of bare textualism. *Saint Louis University Law Journal*, Saint Louis, ano 3, v. 44, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. Anotações sobre o mandado de injunção. *RT* 647/43.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A violação do princípio da proporcionalidade pela Lei nº 9.296/96. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, nº 45, ago. 1996.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GORDILLO, Agustin. *Princípios gerais de direito público.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GOZAÍNI, Osvaldo A. *El derecho de amparo.* Buenos Aires: Depalma, 1995.

GRECO, Marco Aurélio. *Medidas provisórias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 37.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica.* São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques.* São Paulo: Saraiva, 1982.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Interrogatório do réu e direito ao silêncio. *Ciência Penal*, v. 1, p. 15-31.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados especiais criminais*: comentários à lei nº 9.099, de 26-9-1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Inviolabilidade do domicílio na Constituição.* São Paulo: Malheiros, 1993.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Derechos fundamentales, proceso y principio de la proporcionalidad. *Revista Galega de Administración Pública*, nº 16.

GUERZONI FILHO, Gilberto. Burocracia, tecnocracia, pseudocracia e a Constituição de 1988: tentativas e perspectiva de formação de uma burocracia pública no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, nº 128, 1996.

GUIMARÃES, Ary Florêncio. O mandado de segurança como instrumento de liberdade civil e de liberdade política. In: *Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques*. São Paulo: Saraiva, 1982. Vários autores.

HALL, Kamit L. *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions.* New York: Oxford University Press, 1999.

HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. *O federalista.* Trad. de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

HARMOS, M. Judd (Org.). *Ensaios sobre a Constituição dos Estados Unidos.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978.

HAURIOU, Maurice. *Derecho público y constitucional.* 2. ed. Madri: Reus, 1927.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição (Die normative Kraft der Verfassung).* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HORTA, Raul Machado. *A autonomia do Estado-membro no direito constitucional brasileiro.* Belo Horizonte: Del Rey, 1964.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

HORTA, Raul Machado. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, nº 107.

HORTA, Raul Machado. Tendências atuais da federação brasileira. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 16.

HORTA, Raul Machado. Estruturação da federação. *Revista de Direito Público*, nº 81.

HORTA, Raul Machado. Limitações constitucionais dos poderes de investigação. *Revista de Direito Público*, nº 5, 1968.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

ICHIHARA, Yoshiaki. *Imunidades tributárias.* São Paulo: Atlas, 2000.

JESUS, Damásio E. de. *Questões criminais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

JESUS, Damásio E. de. *Código de processo penal interpretado.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

JESUS, Damásio E. de. *Código penal anotado.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal.* 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 4 v.

JESUS, Damásio E. de. *Lei dos juizados especiais criminais anotada.* São Paulo: Saraiva, 1996.

JIMENEZ, Martha Lucia Olivar. *O estabelecimento de uma política comum de proteção do meio ambiente*: sua necessidade num mercado comum. *Estudos de Integração*. Brasília: Associação Brasileira de Estudos de Integração, v. 7, 1994.

JOBIM, Nelson. entrevista sobre reforma do Judiciário no *site* do Supremo Tribunal Federal (dia 8 de dezembro de 2004). Disponível em: <www.stf.gov.br/noticias/imprensa>.

JUREMA, Aderbal. A educação e a cultura nas constituições brasileiras. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, nº 34/13.

KALVEN JR., Harry. *The New York Times Case*: A note on the central meaning of the first amendment. In: LOVELAND, Ian D. *Constitutional Law*. Aldershot: Ashgate, 2000. (Second Series.)

KELSEN, Hans. *General theory of law State*. Londres: Harvard University Press, 1949.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 1985.

KISS, Alexandre Charles. *Droit international*. L'écologie et la loi: le statut juridique de l'environnement. Paris: L'Harmattan, 1989.

KLEMM, Cyrille de. *Les éléments de l'environnement.* L'écologie et la loi: le statut juridique de l'environnement. Paris: L'Harmattan, 1989.

KOENING, Louis W. *The presidency today.* New York: New York University Press, 1956.

KRISTOL, Irving et al. *A ordem constitucional americana.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

KROMAREK, Pascale. *Droit communautaire.* L'écologie et la loi: le statut juridique de l'environnement. Paris: L'Harmattan, 1989.

LAUBADÈRE, André. *Traité de droit administratif*. 9. ed. Paris: LGDJ, 1984.

LAVIÉ, Quiroga. *Derecho constitucional.* 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993.

LAVIÉ, Quiroga. *Estudio analítico de la reforma constitucional.* Buenos Aires: Depalma, 1994.

LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de direito administrativo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

LEARNED, Henry Barrett. *The president's cabinet*: studies in the origin, formation and structure of an american institution. New Heaven: Yale University Press, 1912.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LIEBERMAN, Jethro K. *A practical companion to the constitution.* Los Angeles: University of California Press, 1999.

LIMA, Alcides de Mendonça. Princípio da probidade no Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 16, nº 61, 1979.

LIMA, Jesus Costa. *Comentários às súmulas do STJ.* 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1994.

LLORENTE, Francisco Rubio. *Derechos fundamentales y principios constitucionales.* Barcelona: Ariel Derecho, 1995.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo.* São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución.* Trad. Alfredo G. Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1965.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Comentários à reforma administrativa.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Ética e administração pública.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder constituinte reformador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de injunção*. São Paulo: Atlas, 2000.

MACHADO, Hugo de Brito. *Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário.* São Paulo: Malheiros, 1995.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Constituinte e meio ambiente. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, nº 93/329.

MAGANO, Octávio Bueno. Convenção 158 da OIT. *O Estado de S. Paulo*, 3 out. 1996.

MAÍLLO, Afonso Serrano. Valor de las escuchas telefónicas como prueba en el sistema español. Nulidad de la prueba obtenida ilegalmente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 15, 1996.

MALHEIROS, Sylvia Helena Steiner. Princípio da reserva legal e o crime de tortura na legislação brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 13, 1996.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*: conceito e legitimação para agir. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial.* 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARINHO, Ilmar Penna. *Tratado do estrangeiro no Brasil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1909.

MARINHO, Ilmar Penna. *Tratamento sobre a nacionalidade*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1956.

MARINHO, Josaphat. Direitos e garantias fundamentais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, nº 127, 1995.

MARINHO, Josaphat. Inconstitucionalidade de lei. Representação ao Supremo Tribunal Federal. *RDP* 12/150.

MARINHO, Josaphat. Rui Barbosa e a federação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, nº 130, 1996.

MARQUES, José Frederico. As ações populares no direito brasileiro. *RT* 266/11.

MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. São Paulo: Saraiva, 1953

MARREY, Luiz Antonio Guimarães; PAULA, Paulo Afonso Garrido; LIMA, Pedro Falabella Tavares. Ministério Público e a tutela das liberdades públicas. *Justitia – Revista do Ministério Público do Estado de São Paulo*, nº 47/317.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 1988-1994.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direito constitucional interpretado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Repertório IOB de Jurisprudência,* nº 8/95, abr. 1995.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *A Constituição brasileira de 1988*: interpretações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Imunidades tributárias.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). *Ação declaratória de constitucionalidade.* São Paulo: Saraiva, 1995.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Enriquecimento ilícito de agentes públicos. Evolução patrimonial desproporcional a renda ou patrimônio. *RT* 755/94.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva; TEBET, Mário Antonio de Campos. Aspectos penais da improbidade administrativa: uma forma de crime organizado. *RT*, 754/495.

MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo.* 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

MATTOS, Thereza Baptista. *A proteção do nascituro*. *RDC* 52/34.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo.* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Saraiva: 1996.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público no tribunal de contas. *Justitia – Revista do Ministério Público do Estado de São Paulo*, nº 51/73.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data.* 18. ed. (atualizada por Arnoldo Wald). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e pareceres de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. v. 9.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Coord.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*: direito administrativo e constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso de. Supremo Tribunal Federal e a defesa das liberdades públicas sob a Constituição de 1988: alguns tópicos relevantes. *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2008.

MELLO, Cláudio Ari. Improbidade administrativa: considerações sobre a Lei nº 8.426/92. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 11, 1995.

MELLO FILHO, José Celso. *Constituição Federal anotada.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MELLO FILHO, José Celso. Investigação parlamentar estadual: as comissões especiais de inquérito. *Justitia – Revista do Ministério Público de São Paulo* nº 121/150.

MELLO FILHO, José Celso. A tutela judicial da liberdade. *RT* 526/291.

MELLO FILHO, José Celso. A imunidade dos deputados estaduais. *Justitia*, 43/114.

MELLO FILHO, José Celso. Medidas provisórias. *Revista PGE/SP*. jun. 1990.

MELO, José Tarcizio Almeida. *Direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

MENDES, Antonio Carlos. *Introdução à teoria das inelegibilidades.* São Paulo: Malheiros, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. Anteprojeto de lei sobre processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. *Cadernos de direito constitucional e ciência política* nº 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório IOB de Jurisprudência nº 23*, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional.* São Paulo: Saraiva, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade*: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e comerciale.* Milão: Milano, 1958. 5. v.

MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MILARÉ, Édis. *Legislação ambiental do Brasil*. São Paulo: APMP, 1991. p. 3.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 1991.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. 4 t.

MIRANDA, Jorge. *Textos históricos do direito constitucional.* 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 1990.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946.* Rio de Janeiro: Henrique Cahem, 1946. p. 303.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. 4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. p. 74.

MONTEIRO, Ruy Carlos de Barros. Apontamentos sobre imunidades tributárias à luz da jurisprudência do STF. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 24, nº 93, 1987.

MONTEIRO, Ruy Carlos de Barros. Apontamentos sobre imunidades tributárias à luz da jurisprudência do STF – Parte 2: a imunidade tributária dos partidos políticos e das instituições de educação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 24, nº 94, 1987.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis.* Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais.* São Paulo: Atlas, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais.* São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre de. Previdência social e os direitos adquiridos. *RPS – Revista de Previdência Social*, nº 184, mar. 1996.

MORAES, Alexandre de. Competência, trânsito e transporte intermunicipal perante a Constituição Federal. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, IBDC, *Revista dos Tribunais*, nº 12.

MORAES, Alexandre de. Intervenção federal e estado de defesa – combate ao crime organizado no Rio de Janeiro. *Tribuna do Direito*, nº 23, mar. 1995.

MORAES, Alexandre de. Racionalização da justiça criminal – juizados especiais criminais. *Folha de S. Paulo*, 14 out. 1995, p. 2-3.

MORAES, Alexandre de. Interceptações telefônicas e gravações clandestinas: a divergência entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior

Tribunal de Justiça. *Boletim IBCRIM*, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 44, ago. 1996.

MORAES, Alexandre de. Integração na área da segurança pública: o grande desafio constitucional. In: TOFFOLI, José Antônio Dias. 30 anos da Constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MORAES, Germana de Oliveira. *O controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo.* São Paulo: Dialética, 1998.

MORAES, Walter. Se é viável indenização por dano moral a pessoa jurídica. *Repertório IOB de Jurisprudência* nº 19/91.

MORAIS, Bernardo Ribeiro de. *A prestação de serviço no sistema tributário nacional.* 1972. Tese (Doutorado) – Fadusp, São Paulo.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O habeas data brasileiro e sua lei regulamentadora. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, nº 138, p. 89, abr./jun. 1998.

MOREIRA, Vital. *Constituição e revisão constitucional*. Lisboa: Caminho, 1990.

MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. A advocacia de Estado e as novas competências federativas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, nº 129, 1996.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Curso de direito administrativo.* Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. *Direito constitucional.* São Paulo: Terra, 1994.

MUNHÓZ, Francisco de Assis. O princípio da legalidade no sistema constitucional e no sistema tributário. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, nº 26, 1999.

NADAIS, Antonio; VITORINO, António; CANAS, Vitalino. *Lei sobre organização, funcionamento e processo do tribunal constitucional.* Lisboa: AAFDL, 1984.

NALINI, José Renato. Lições de uma pesquisa. *Revista da Escola Paulista de Magistratura*, Ano 1, nº 3, maio/out. 1997.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro. *Lineamentos de direito eleitoral.* São Paulo: Síntese, 1996.

NAZO, Georgette. Nacionalidade. *Folha de S. Paulo*, 23 abr. 1995, p. 3-2.

NERY, Regina Macedo. Competência legislativa dos municípios. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 1.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria. *Código de processo civil e legislação processual civil extravagante em vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

NEVES, A. Castanheira. *O problema da constitucionalidade dos assentos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

NICZ, Alvacir Alfredo. *A liberdade de iniciativa na Constituição.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

NIESS, Pedro Henrique Távora. *Direitos políticos.* 2. ed. Bauru: Edipro, 2000.

NIESS, Pedro Henrique Távora. *Direitos políticos*: condições de elegibilidade e inelegibilidade. São Paulo: Saraiva, 1994.

NIESS, Pedro Henrique Távora. Habeas data. *FMU Direito* nº 4/36.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Instrumentos de tutela e direitos constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOGUEIRA, Rui Barbosa. *Curso de direito tributário.* 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

NOHLEN, Dieter. *Sistemas electorales del mundo.* Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito.* Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

NOVELLI, Flávio Bauer. Norma Constitucional Inconstitucional? A propósito do art. 2º, § 2º, da EC 3/93. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política.* São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 13.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri*: princípios constitucionais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

NUNES, Castro. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público*. 7. ed. Atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Mandado de segurança e controle jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

OTERO, Paulo. *Conceito e fundamento da hierarquia administrativa.* Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

PACHECO, Cláudio. *Tratado das constituições brasileiras.* 1965.

PACHECO, J. E. de Carvalho. *Habeas corpus.* Curitiba: Juruá, 1983.

PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PACTET, Pierr. *Institutions politiques e droit constitutionel.* 19. ed. Paris: Armand Colin, 2000.

PALOTTI JÚNIOR, Osvaldo. Medida provisória e direito penal: uma convivência impossível. In: VÁRIOS AUTORES. *Responsabilidade penal*

da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PASSOS, Calmon. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e habeas data.* Rio de Janeiro: Forense, 1991.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio; VAGGIONE, Luiz Fernando. *Juizado especial criminal*: aspectos práticos da lei nº 9.099/95. São Paulo: Atlas, 1996.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Marcio Fernando Elias; FAZZIO JR., Waldo. *Improbidade administrativa*: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público. São Paulo: Atlas, 1996.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Marcio Fernando Elias; FAZZIO JR., Waldo. *Improbidade administrativa*: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 60 ss.

PELAYO, Manuel Garcia. *Derecho constitucional comparado*. 3. ed. Madri: Revista do Ocidente, 1953.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. *Reforma administrativa*: o Estado, o serviço público e o servidor. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes com doutrina e princípio constitucional.* Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PINTO, Robson Flores. A competência tributária do Distrito Federal na Constituição. *Justitia – Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo: Centro de Estudos, nº 51/52, 1999.

PIOUS, Richard M. Impeaching the president: the intersection of constitutional and popular law. *Sain Louis University Law Journal*, Saint Louis, ano 3, v. 43, 1999.

PIOVESAN, Flávia C. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* São Paulo: Max Limonad, 1996.

PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PLATÃO. *República.* Bauru: Edipro, 1994.

PONDÉ, Lafayette. *Estudos de direito administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

PORTO, Odyr. Mandado de injunção. *RJTJESP*, *Lex* 115/8.

POUND, Roscoe. *Liberdades e garantias constitucionais.* 2. ed. São Paulo: Ibrasa, 1976.

QUEIROZ, Cristina M. M. *Os actos políticos no estado de direito.* Coimbra: Almedina, 1990.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. *O controle de constitucionalidade por via de ação.* São Paulo: Angelotti, 1994.

RAMOS, Elival Silva. *A inconstitucionalidade das leis.* São Paulo: Saraiva, 1994.

RAMOS, Saulo. Medida provisória. In: *A nova ordem constitucional*: aspectos polêmicos. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952.

REALE, Miguel. *Parlamentarismo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1962.

REALE, Miguel. *Por uma Constituição brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

REALE JR., Miguel. *Casos de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

REGINA, Heitor. *Incerteza e insegurança jurídica resultantes do alongamento do princípio da legalidade no Sistema Tributário Nacional através dos mecanismos da delegação e da autorização legislativas.* 1987. Dissertação (Mestrado) – Fadusp, São Paulo.

REVEL, Jean François. *El conocimiento inútil.* Barcelona: Planeta, 1989.

REZEK, Francisco. A nacionalidade à luz da obra de Pontes de Miranda. *RF* 263/7.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

REZEK, Francisco. Nacionalidade em lei ordinária: uma questão constitucional. *Revista de Direito Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 65/86, 1983.

REZEK, Francisco. *Curso de direito constitucional público.* São Paulo: Saraiva, 1996.

RIBEIRO, Vinício. *Constituição da República portuguesa.* Coimbra: Almedina, 1993.

ROBISON, Donald L. *To the best of my ability*: the presidency the constitution. New York: W. W. Norton & Company, 1987.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Medida provisória em matéria penal. In: VÁRIOS AUTORES. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Controle de constitucionalidade das leis no Brasil. In: VÁRIOS AUTORES. *Constituição Federal de 1988.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, nº 130, 1996.

RODAS, João Grandino. *A nacionalidade da pessoa física.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

RODAS, João Grandino. *Tratados internacionais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

RODRIGUES, Ernesto. *O veto no direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A côrte suprema e o direito constitucional americano.* Rio de Janeiro: Forense, 1958.

ROLLO, Alberto; BRAGA, Enir. *Inelegibilidade à luz da jurisprudência.* São Paulo: Fiuza, 1995.

ROSA, Roberto. Limitações às comissões de inquérito do legislativo. *Revista de Direito Público*, nº 12.

ROSAS, Roberto. *Direito sumular.* 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROSSITER, Clinton. *American presidency.* New York: New American, 1940.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social.* Trad. Antonio de P. Machado. Estudo crítico: Afonso Bertagnoli. Rio de Janeiro: Ediouro, 1994.

RUBIO, Ricardo Medina. *La función constitucional de las comisiones parlamentarias de investigación.* Madri: Civitas, 1998.

RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Introduzione al diritto costituzionale comparato.* 2. ed. Milão: Giuffrè, 1970.

SALDANHA, Nelson. *O poder constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

SAMPAIO, Nelson de Souza. *O processo legislativo.* 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SAMPAIO, Nelson de Souza. *O poder de reforma constitucional.* 3. ed. Salvador: Nova Alvorada, 1995.

SAMPAIO, Nelson de Souza. *O poder de reforma constitucional moderno*. 2. ed. Salvador: Imprensa Oficial, 1961.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *Direito civil*: responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2000.

SANCHES, Sydney. Inovações processuais na Constituição de 1988, *RT* 635/48-55, nº 44.

SANTAOLLA, Fernando. *El parlamento y sus instrumentos de información.* Madri: Edersa, 1982.

SANTOS, Alvacir Correa. *Contratação temporária na administração pública*. Curitiba: Genesis, 1996.

SANTOS, Moacyr Amaral. Mandado de injunção. *RDP* 17/11.

SANTOS, Moacyr Amaral. *O poder constituinte.* São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

SARAIVA, Paulo Lopo. *Federalismo regional*. São Paulo: Saraiva, 1992.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon. Sigilo bancário e a administração tributária. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, nº 125, 1995.

SARTORI, Giovanni. *Engenharia constitucional*: como mudam as constituições. Brasília: UnB, 1996.

SCHMITT, Carl. *La defensa de la constitución.* Trad. Manuel Sanchez Sarto. Madri: Tecnos, 1983.

SCHMITT, Carl. *Sobre el parlamentarismo.* 2. ed. Madri: Tecnos, 1996.

SCHÜLER, Harry Conrado. A distribuição dos tributos na Federação brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 24, nº 95, 1987.

SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano.* Rio de Janeiro: Forense, 1966.

SIDOU, J. M. Othon. *Habeas data, mandado de injunção, habeas corpus, mandado de segurança e ação popular*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SILVA, Edgar Neves da. *Distinção jurídica entre taxa e preço público.* 1979. Dissertação (Mestrado) – Fadusp, São Paulo.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 685.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

SILVA, José Afonso da. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva. v. 3.

SILVA, José Afonso da. O Estado-membro na Constituição Federal. *RDP* 16/15.

SILVA, José Anchieta da. *A súmula de efeito vinculante amplo no direito brasileiro*: um problema e não uma solução. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação declaratória de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Direito penal*: parte especial. São Paulo: Atlas, 1999.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos.* São Paulo: Atlas, 1998.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; JESUS, Damásio E. de. Responsabilidade penal e administrativa de prefeitos municipais. *Boletim IBCCrim*, nº 54, 1997.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito internacional do meio ambiente.* São Paulo: Atlas, 2001.

SOARES, José Ribamar Barreiros. O papel do Ministério Público no controle da administração pública à luz da Constituição de 1988. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, nº 128, 1996.

SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. *Direito civil*: parte geral. São Paulo: Atlas, 1998.

STRASSER, Carlos. *Teoría del Estado.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.

STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas do direito brasileiro*: eficácia, poder e função. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Impeachment.* Brasília: Imprensa Nacional, 1996.

SWISHER, Carl Brent. *Decisões históricas da Corte Suprema.* Rio de Janeiro: Forense, 1962.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Medidas provisórias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

TAVARES, José. *Administração pública e direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1992.

TAWIL, Guido Santiago. *Administración y justicia.* Buenos Aires: Depalma, 1993.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional.* Atualização Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Recurso especial. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, ano 27, nº 107, jul./set. 1990.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional.* 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

TEMER, Michel. *Constituição e política*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 16.

TEMER, Michel. *RPGESP* 30/13.

TORRES, Ricardo Lobo. *O orçamento na Constituição.* Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

TOURINHO, Arx. A família e os meios de comunicação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, nº 125/141.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. 4. v.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

VALENTE, Manoel Adam Lacayo. Cláusula de convalidação em medidas provisórias. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, nº 130, 1996.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

VASCONCELOS, Edson Aguiar. *Instrumento de defesa da cidadania na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar. *A separação dos poderes na constituição americana.* Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

VASCONCELOS, Vital Ramos. Proteção constitucional ao sigilo. *Revista FMU-DIREITO*, nº 6.

VEDEL, Georges, *Droit administratif.* Paris: Presses Universitaires de France, 1973.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. As comissões parlamentares de inquérito e o sigilo das comunicações telefônicas. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999.

VIANNA, Luiz Wernneck et al. *Corpo e alma da magistratura brasileira.* 2. ed. Porto Alegre: Revan, 1998.

VIEIRA, José Ribas; RESENDE, Ranieri Lima. Execução provisória da pena: causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos?.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal*: jurisprudência política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. São Paulo: Atlas, 1997.

WALD, Arnoldo; FONSECA, Rodrigo Garcia. O habeas data na Lei nº 9.507/97. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, nº 137, p. 303, fev./mar. 1998.

WALD, Arnoldo; MARTINS, Ives Gandra da Silva. A independência do Ministério Público. *Folha de S. Paulo*, 30 set. 1995. Caderno 3-2, coluna Data Venia.

WALKER, Patrick G. T. et al. The impact of COVID-19 and strategies for mitigation and suppression in low-and middle-income countries. Disponível em: <https://science.sciencemag.org/content/369/6502/413>. Acesso em: 10 fev. 2021.

WHEARE, Karl C. *Modern constitutions.* Londres: Oxford University Press, 1973.

WILLIAMS, George. Engineers is Dead, Long Live the Engineers! In: LOVELAND, Ian *D. Constitutional Law*. Aldershot: Ashgate, 2000. (Second Series.)

WOODWARD, Bob; ARMSTRONG, Scott. Por detrás da Suprema Corte. 2. ed. Sâo Paulo: Saraiva, 1985.

ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. Bolonha: Il Molino, 1950. v. 5.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.