VOL 01

Coleção
Carreiras Jurídicas
2025

DIREITO CONSTITUCIONAL

Cristian Patric Sousa

CP IURIS

ORGANIZADO POR CP IURIS

ISBN 978-65-5701-156-0

DIREITO CONSTITUCIONAL

6ª edição

Brasília

CP Iuris

2025

SOBRE O AUTOR

CRISTIAN PATRIC DE SOUSA SANTOS

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito. Professor de Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Eleitoral em cursos de graduação, pós-graduação e cursos preparatórios para concursos públicos. Autor do livro “Cortes Constitucionais como canal de processamento dos direitos das minorias: propostas de abertura da jurisdição constitucional concentrada brasileira a partir da experiência colombiana” e do E-book de Direito Constitucional do Curso CPIURIS. Membro do Grupo de Pesquisa em Controle de Constitucionalidade da Universidade Federal da Bahia (UFBA) e Orientador do Grupo de Pesquisa de Controle de Constitucionalidade da Liga Acadêmica de Estudos Jurídicos da Bahia (LAEJU). Servidor Público Federal (TRE-BA).

APRESENTAÇÃO

O Ebook de Direito Constitucional 2025 da Editora CPIURIS foi totalmente revisado, atualizado e ampliado, com o intuito de fornecer a todos e todas que se preparam para os diversos concursos públicos um material completo e objetivo, sem perder, contudo, a profundidade necessária para o êxito nos certames.

O material foi elaborado adotando-se como base as últimas provas de concurso público de diversas carreiras, notadamente da magistratura, Ministério Público, Defensorias Públicas e Procuradorias em geral.

Sabe-se que, em regra, as primeiras fases dos concursos públicos direcionam, aproximadamente, de 60 a 70% da cobrança para a letra da lei. No caso da disciplina Direito Constitucional, as bancas não fazem diferente: em média, 60% das questões tendem a ser resolvidas com o conhecimento puro e simples do texto constitucional.

Ocorre que aqueles e aquelas que se preparam para os concursos públicos não podem descuidar do estudo de temas cada vez mais recorrentes nas provas de Direito Constitucional que exigem um conhecimento doutrinário, além, é claro, das decisões dos Tribunais Superiores, principalmente do Supremo Tribunal Federal. Não podem descuidar, ainda, da preparação para a segunda fase e a prova oral.

Assim, o material foi elaborado a partir do seguinte tripé:

1) no âmbito doutrinário, há diversos temas do Direito Constitucional Contemporâneo, como: o constitucionalismo ecológico, teocrático e digital; constitucionalismo democrático, popular e popular mediado; novos temas recentemente cobrados em concursos, como a ideia das "subconstituições" no âmbito da classificação das constituições e o fenômeno do "bootstrapping constitucional", no âmbito do Poder Constituinte;

2) quanto ao texto constitucional, foram reproduzidos os principais artigos em formato de destaque, para melhor visualização;

3) em relação à jurisprudência, foram destacadas as principais decisões ao longo do ano de 2024, além de trazer jurisprudência consolidada dos temas mais relevantes e com maior chance de cobrança nas provas.

Ademais, ao longo do e-book, foram destacadas questões dos mais variados certames.

O E-book está formatado com 25 capítulos.

Todos os comentários, críticas e elogios, serão bem-vindos!

Tenha certeza, meu amigo e minha amiga, que segue firme nos estudos ou que está a iniciar a jornada, que o material foi elaborado com um propósito especial: facilitar a jornada rumo à aprovação!

Um grande abraço,

Cristian Patric de Sousa Santos

@cristianpatric

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1 - DIREITO CONSTITUCIONAL: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS 18

CAPÍTULO 2 - CONSTITUCIONALISMO 21

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS 21
2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONSTITUCIONALISMO 22
2.1 Constitucionalismo Antigo 23
2.2 Constitucionalismo Medieval 24
2.3 Constitucionalismo Moderno 24
2.4 Neoconstitucionalismo (Constitucionalismo Contemporâneo) 29
3. OUTROS TEMAS DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO 34
3.1 Constitucionalismo do Futuro (ou constitucionalismo do porvir) 34
3.2 Constitucionalismo Global ou Globalizado 35
3.3 Transconstitucionalismo 35
3.4 Patriotismo Constitucional 37
3.5 Constitucionalização Simbólica 38
3.6 Estado Constitucional Cooperativo 40
3.7 Constitucionalismo Popular e Constitucionalismo Popular Mediado 40
3.8 Constitucionalismo Democrático 42
3.9 Constitucionalismo Latino-Americano 44
3.10 Constitucionalismo Abusivo 45
3.11 Constitucionalismo Whig ou Termidoriano/Girondino 46
3.12 Crowdsourced Constitution 46
3.13 Constitucionalismo Ecológico (Environmental Constitucionalism) 47
3.14 Constitucionalismo Autoritário (Authoritarian Constitucionalism) 49
3.15 Constitucionalismo Digital 50
3.16 Constitucionalismo Teocrático (Theocratic Constitucionalism) 51
3.17 Panconstitucionalismo 52
3.18 Constitucionalismo Multinível 53
3.19 Constitucionalismo Feminista (Feminist Constitucionalism) 54

CAPÍTULO 3 - TEORIA DA CONSTITUIÇÃO 56

1. CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO 56
2. CONCEPÇÕES TRADICIONAIS DE CONSTITUIÇÃO 56
2.1 Concepção sociológica 56
2.2 Concepção política 57
2.3 Concepção jurídica 58
2.4 Concepção culturalista 58
3. CONCEPÇÕES CONTEMPORÂNEAS DA CONSTITUIÇÃO 59
3.1 A Constituição Dirigente e o constitucionalismo moralmente reflexivo (Canotilho) 59
3.2 A Constituição como ordem jurídica fundamental, material e aberta de uma comunidade (Konrad Hesse) 60
3.3. A Constituição como processo público (Peter Häberle) 61
3.4. A Constituição como acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico (Niklas Luhman) . 62
4. A CONSTITUIÇÃO E O SEU PAPEL 63
5. CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES 65
6. ELEMENTOS DA CONSTITUIÇÃO 73
7. ESTRUTURA DA CONSTITUIÇÃO 74
8. HISTÓRICO DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS 76
8.1. A Constituição do Império de 1824 77
8.2. A Constituição da República de 1891 78

8.3. A Constituição de 1934 ..... *79*
8.4. A Constituição de 1937 ..... *80*
8.5. A Constituição de 1946 ..... *82*
8.6. A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 (ou CF/1969) *83*
8.7. A Constituição Federal de 1988 ..... *85*

CAPÍTULO 4 - PODER CONSTITUINTE 87

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS: CONCEITO E ORIGEM DO PODER CONSTITUINTE 87
2. PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO 88
2.1. Natureza do Poder Constituinte Originário *89*
2.2. Classificação do Poder Constituinte Originário *90*
2.3. Subdivisão do Poder Constituinte Originário *90*
2.4. Formas de expressão do Poder Constituinte Originário *91*
2.5. Características do Poder Constituinte Originário *91*
3. PODER CONSTITUINTE DERIVADO 94
3.1. Características do Poder Constituinte Derivado *94*
3.2. Espécies do Poder Constituinte Derivado *94*
4. PODER CONSTITUINTE DIFUSO 102
5. PODER CONSTITUINTE SUPRANACIONAL 105
6. NOVA CONSTITUIÇÃO E ORDEM JURÍDICA ANTERIOR: DIREITO CONSTITUCIONAL INTERTEMPORAL 105
6.1. Considerações complementares sobre a recepção *106*
6.2. Repristinação constitucional *109*
6.3. Desconstitucionalização *110*
6.4. Recepção material de normas constitucionais *110*
6.5. Usucapião de constitucionalidade *111*
6.6. Poder Constituinte e Direito Adquirido *111*
6.7. Hiato Constitucional *112*

CAPÍTULO 5 - TEORIA DA NORMA CONSTITUCIONAL 114

1. A CONSTITUIÇÃO COMO UM SISTEMA ABERTO DE NORMAS 114
2. NORMA CONSTITUCIONAL: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS 115
3. REGRAS E PRINCÍPIOS COMO ESPÉCIES DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS 116
4. EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS 118

CAPÍTULO 6 - HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL 124

1. HERMENÊUTICA JURÍDICA E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: CONSIDERAÇÕES INICIAIS 124
2. PRINCÍPIOS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL 125
2.1. Princípio da Unidade da Constituição *125*
2.2. Princípio do Efeito Integrador *125*
2.3. Princípio da Máxima Efetividade *126*
2.4. Princípio da Justeza ou da Conformidade Funcional *126*
2.5. Princípio da Concordância Prática ou da Harmonização *126*
2.6. Princípio da Força Normativa da Constituição *127*
2.7. Princípio da Proporcionalidade ou da Razoabilidade *127*
2.8. Princípio da Presunção de Constitucionalidade das Leis *128*
2.9. Princípio da Interpretação Conforme a Constituição *128*
3. MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL 129
3.1. Método Jurídico ou Hermenêutico-Clássico *129*
3.2. Método Tópico-Problemático *130*
3.3. Método Hermenêutico-Concretizador *130*
3.4. Método Científico-Espiritual *131*
3.5. Método Normativo-Estruturante *131*

3.6. Método da Interpretação Comparativa *132*
4. PETER HÄBERLE E A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO 132

CAPÍTULO 7 - PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS 135

1. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL 135
1.1. Princípio Republicano *136*
1.2. Princípio Federativo *137*
1.3. Princípio do Estado Democrático de Direito *138*
1.4. Princípio da Soberania Popular *139*
1.5. Princípio da Separação dos Poderes *140*
2. FUNDAMENTOS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL 141
2.1. Soberania *141*
2.2. Cidadania *142*
2.3. Dignidade da Pessoa Humana *142*
2.4. Valores Sociais do Trabalho e da Livre Iniciativa *148*
2.5. Pluralismo Político *149*
3. OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL 149
4. PRINCÍPIOS REGENTES DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL EM SUAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS ... 151

CAPÍTULO 8 - TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 155

..... 155

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS 155
2. CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS 156
3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E AS DIMENSÕES/GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 158
3.1. As gerações ou dimensões dos direitos fundamentais *161*
4. AS FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A TEORIA DOS QUATRO STATUS DE JELLINEK 165
5. CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 165
6. AS DIMENSÕES SUBJETIVA E OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 171
7. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: VERTICAL, HORIZONTAL E DIAGONAL 171
8. LIMITES (RESTRIÇÕES) AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E TESE DOS LIMITES DOS LIMITES 173
9. COLISÕES ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS 174
10. DEVERES FUNDAMENTAIS 175
11. JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO 176
12. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (ECI) 178

..... 182

CAPÍTULO 9 - DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS 182

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CF/88 182
1.1. Destinatários dos Direitos Fundamentais *182*
1.2. Aplicabilidade Imediata dos Direitos Fundamentais *182*
1.3. Cláusula de Abertura dos Direitos Fundamentais *183*
1.4. Tratados Internacionais de Direitos Humanos *185*
1.5. O Tribunal Penal Internacional *188*
2. DIREITO À VIDA 190
2.1. Questões Controvertidas sobre o Direito à Vida *191*
3. DIREITO À PRIVACIDADE 194
3.1. Direito à intimidade *195*
3.2. Direito à vida privada *195*
3.3. Direito à honra e imagem *195*
3.4. Inviolabilidade domiciliar *197*
3.5. Direito ao sigilo de correspondência, de dados e das comunicações telefônicas *198*

3.6. Proteção dos dados pessoais *204*
4. DIREITO À IGUALDADE 204
4.1. Igualdade entre homens e mulheres *205*
4.2. Igualdade e critérios de admissão em concursos públicos *206*
4.3. Igualdade e ações afirmativas *207*
4.4. Igualdade e direitos da comunidade LGBTQIAPN+ *208*
5. DIREITO À LIBERDADE 210
5.1. Liberdade de ação *210*
5.2. Liberdade de pensamento e manifestação *211*
5.3. Liberdade de consciência, crença e culto *215*
5.4. Liberdade de profissão *220*
5.5. Liberdade de locomoção *221*
5.6. Liberdade de reunião *222*
5.7. Liberdade de associação *224*
6. DIREITO À PROPRIEDADE 226
6.1. Direito à propriedade e limitações *226*
6.2. Direito à propriedade intelectual e industrial *228*
7. DIREITO À HERANÇA E SUCESSÃO 230
8. DEFESA DO CONSUMIDOR 230
9. DIREITO À INFORMAÇÃO, À PETIÇÃO E À CERTIDÃO 231
10. INAFASTABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO 232
11. DIREITO À SEGURANÇA JURÍDICA: DIREITO ADQUIRIDO, ATO JURÍDICO PERFEITO E COISA JULGADA 233
12. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL 235
13. TRIBUNAL DO JÚRI 235
14. LEGALIDADE PENAL E IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL 236
15. PRÁTICAS DISCRIMINATÓRIAS E CRIMES INAFIANÇAVÉIS 237
16. REGRAS DE INTRANSCEDÊNCIA, INDIVIDUALIZAÇÃO E VEDAÇÃO DA PENA 238
17. DIREITOS ASSEGURADOS AOS PRESOS 239
18. EXTRADIÇÃO 241
19. PROVAS ILÍCITAS 245
20. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE 247
21. IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL 248
22. AÇÃO PENAL PRIVADA SUBDISIÁRIA DA PÚBLICA 249
23. PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS 249
24. PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA 249
25. DIREITOS GARANTIDOS ÀS PESSOAS COM INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS 250

CAPÍTULO 10 - REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS 253

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS 253
2. *HABEAS CORPUS* 253
2.1. Conceito, Origem e Natureza Jurídica *253*
2.2. Finalidade *254*
2.3. Espécies *254*
2.4. Cabimento *255*
2.5. Legitimidade *258*
2.6. Competência (originária e recursal) *259*
2.7. Procedimento *261*
2.8. Decisão *262*
3. *HABEAS DATA* 263
3.1. Conceito *263*
3.2. Cabimento *263*
3.3. Legitimidade *264*

3.4. Competência (Originária e Recursal) *265*
3.5. Procedimento *266*
3.6. Decisão *267*
4. MANDADO DE SEGURANÇA 267
4.1. Conceito, Origem, Natureza Jurídica e Finalidade *267*
4.2. Espécies *268*
4.3. Requisitos *268*
4.4. Cabimento *269*
4.5. Legitimidade *270*
4.6. Competência (originária e recursal) *272*
4.7. Procedimento *273*
4.8. Decisão, Efeitos e Recursos *278*
5. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO 279
5.1. Conceito, Finalidade e Objeto de Proteção *279*
5.2. Espécies *280*
5.3. Requisitos *280*
5.4. Cabimento *280*
5.5. Legitimidade *280*
5.6. Competência *281*
5.7. Procedimento *281*
5.8. Decisão, Efeitos e Recursos *282*
6. MANDADO DE INJUNÇÃO 282
6.1. Conceito e Finalidade *282*
6.2. Espécies *283*
6.3. Requisitos *283*
6.4. Cabimento *283*
6.5. Legitimidade *284*
6.6. Competência (originária e recursal) *285*
6.7. Procedimento *286*
6.8. Decisão, Efeitos e Recursos *287*
7. AÇÃO POPULAR 290
7.1. Conceito e Finalidade *290*
7.2. Espécies *290*
7.3. Requisitos *290*
7.4. Cabimento *292*
7.5. Legitimidade *292*
7.6. Competência *293*
7.7. Procedimento *293*
7.8. Decisão, Efeitos e Recursos *294*

CAPÍTULO 11 - DIREITOS SOCIAIS 299

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS 299
2. CARACTERÍSTICAS 299
3. EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS, MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL 300
3.1. A Teoria das Escolhas Trágicas (Tragic Choices) *303*
4. ALGUNS PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS APLICÁVEIS AOS DIREITOS SOCIAIS 304
5. METODOLOGIA *FUZZY* E CAMALÕES NORMATIVOS NA ABORDAGEM JURÍDICA DOS DIREITOS SOCIAIS 305
6. DIREITOS SOCIAIS EM ESPÉCIES 306
6.1. Direitos Sociais do Trabalhador *307*

CAPÍTULO 12 - DIREITOS DA NACIONALIDADE 312

1. CONCEITOS FUNDAMENTAIS 312

2. ESPÉCIES DE NACIONALIDADE 312
3. BRASILEIRO NATO 313
4. BRASILEIRO NATURALIZADO 314
5. QUASE NACIONALIDADE (PRINCÍPIO DA RECIPROCIDADE) 315
6. DISTINÇÕES ENTRE BRASILEIROS NATOS E NATURALIZADOS 316
7. PERDA DA NACIONALIDADE 317
8. REAQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE BRASILEIRA PERDIDA 318

CAPÍTULO 13 - DIREITOS POLÍTICOS E PARTIDOS POLÍTICOS 320

1. CONCEITO E ESPÉCIES 320
2. DIREITOS POLÍTICOS POSITIVOS 320
3. DIREITOS POLÍTICOS NEGATIVOS 325
4. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO (AIME) 331
5. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE (OU ANUALIDADE) ELEITORAL 332
6. PARTIDOS POLÍTICOS 332
6.1. Coligações e fidelidade partidária: a liberdade e autonomia dos partidos políticos 333
6.2. Direito aos recursos do fundo partidário e ao acesso gratuito ao rádio e à televisão 334
6.3. Partidos Políticos,Representação Feminina e Candidaturas de Pessoas Pretas e Pardas 335

CAPÍTULO 14 - ORGANIZAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO 338

1. FORMAS DE ESTADO 338
1.1. Estado Federado 338
1.2. Estado Unitário 338
1.3. Confederação 339
2. FORMA DE GOVERNO 340
2.1. República 340
2.2. Monarquia 340
3. SISTEMA DE GOVERNO 340
3.1. Sistema presidencialista 340
3.2. Sistema parlamentarista 340
4. REGIME DE GOVERNO 341
4.1. Regime democrático 341
4.2. Regime autocrático 341
5. A FEDERAÇÃO E SUAS CARACTERÍSTICAS 341
5.1. Classificações do federalismo 341
6. O FEDERALISMO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 344
6.1. Auto-organização 345
6.2. Autogoverno 345
6.3. Autoadministração 345
6.4. Técnicas de repartição de competências entre os entes 345
6.5. Federação de equilíbrio 347
6.6. Garantias à federação 347
6.7. União 347
7. REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS 362
7.1. Modelo de repartição de competências 362
7.2. Repartição horizontal 363
7.3. Repartição vertical 375
7.4. Considerações finais 378
8. VEDAÇÕES CONSTITUCIONAIS AOS ENTES FEDERADOS 385
9. INTERVENÇÃO FEDERAL 386
9.1. Intervenção federal espontânea 386
9.2. Intervenção federal provocada 386

9.3. Controle político da intervenção *388*
9.4. Princípios que regem a intervenção *389*
9.5. Considerações finais *391*
10. INTERVENÇÃO NOS MUNICÍPIOS 391

..... 394

CAPÍTULO 15 - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 394

1. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO 394
2. INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO 395
3. PRINCÍPIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 395
3.1. Princípio da Legalidade *395*
3.2. Princípio da impessoalidade *395*
3.3. Princípio da moralidade *396*
3.4. Princípio da publicidade *396*
3.5. Princípio da eficiência *396*
3.6. Princípio da organização legal do Serviço Público na vertente Federal *397*
3.7. Princípio da organização legal do Serviço Público no âmbito dos estados *397*
4. INGRESSO NO SERVIÇO PÚBLICO 397
4.1. Cargos privativos de brasileiro nato *397*
4.2. Ingresso por concurso público *398*
4.3. Prazo de validade do concurso público *399*
4.4. Direito subjetivo ao cargo público *399*
4.5. Funções de confiança *400*
4.6. Contratação por tempo determinado *401*
5. NORMAS CONSTITUCIONAIS SOBRE O REGIME JURÍDICO DOS AGENTES PÚBLICOS 402
5.1. Agentes públicos *402*
6. IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS E SUBSÍDIOS 406
7. DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS RELATIVAS AOS SERVIDORES EM EXERCÍCIO DO MANDATO ELETIVO 407
8. ESTABILIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO 407
9. REGIME DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS 408
10. OBRIGATORIEDADE DE LICITAR 411
11. RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 412

CAPÍTULO 16 - PODER LEGISLATIVO 414

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS 414
2. COMPOSIÇÃO 415
2.1. Congresso Nacional *415*
2.2. Câmara dos Deputados *417*
2.3. Senado Federal *417*
3. ÓRGÃOS 417
3.1. Mesas diretoras *417*
3.2. Comissões *418*
3.3. Plenário *424*
4. ATRIBUIÇÕES DO CONGRESSO NACIONAL 425
5. ATRIBUIÇÕES DA CÂMARA DOS DEPUTADOS 428
6. ATRIBUIÇÕES DO SENADO FEDERAL 429
7. ESTATUTO DOS CONGRESSISTAS 431
7.1. Imunidades *431*
7.2. Incompatibilidades *439*
7.3. Perda do mandato *439*
7.4. Renúncia ao mandato *441*

7.5. Deputados estaduais, distritais e vereadores *441*
8. TRIBUNAIS DE CONTAS 442
8.1. Tribunal de Contas da União *442*
8.2. Tribunal de Contas Estaduais, Distritais e Municipais *445*

CAPÍTULO 17 - PROCESSO LEGISLATIVO 449

1. CONCEITO 449
2. CLASSIFICAÇÃO DO PROCESSO LEGISLATIVO 449
2.1. Quanto à forma de organização política *449*
2.2. Quanto ao rito *450*
2.3 Fases do Processo Legislativo Ordinário *450*
2.4. Fases do Processo Legislativo Sumário *459*
3. ESPÉCIES NORMATIVAS E O PROCESSO LEGISLATIVO PRÓPRIO 461
3.1. Lei ordinária *461*
3.2. Lei complementar *462*
3.3. Emendas à Constituição *463*
3.5. Leis delegadas *475*
3.6. Decretos legislativos *476*
3.7. Resoluções *477*
4. PROCESSO LEGISLATIVO NOS ESTADOS-MEMBROS E MUNICÍPIOS 479
5. RELAÇÃO HIERÁRQUICA ENTRE AS ESPÉCIES NORMATIVAS 479
6. DECRETOS AUTÔNOMOS 479
7. HIERARQUIA ENTRE LEIS FEDERAIS, ESTADUAIS, DISTRITAIS E MUNICIPAIS 480
8. TRATADOS INTERNACIONAIS E SUAS RELAÇÕES COM AS DEMAIS ESPÉCIES NORMATIVAS 480
9. CONTROLE JUDICIAL DO PROCESSO LEGISLATIVO 480
10. MODIFICAÇÃO DA CF/88 480

CAPÍTULO 18 - PODER EXECUTIVO 483

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS 483
1.1. Noção de Presidencialismo *483*
1.2. Funções do Poder Executivo *483*
2. INVESTIDURA 483
3. IMPEDIMENTOS E VACÂNCIAS 485
3.1. Impedimentos *485*
3.2. Vacância *485*
4. ATRIBUIÇÕES DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA 489
5. VICE-PRESIDENTE DA REPÚBLICA 491
6. MINISTROS DE ESTADO 491
7. ÓRGÃOS CONSULTIVOS 492
7.1. Conselho da República *492*
7.2. Conselho de Defesa Nacional *493*
8. RESPONSABILIZAÇÃO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA 493
8.1. Crimes de responsabilidade *494*
8.2. Crimes Comuns *497*
9. CRIMES PRATICADOS POR GOVERNADORES E PREFEITOS 499

CAPÍTULO 19 - PODER JUDICIÁRIO 504

1. CONCEITO 504
2. ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO 504
3. FUNÇÕES TÍPICA E ATÍPICA 505
4. GARANTIAS DO PODER JUDICIÁRIO 506
5. ORGANIZAÇÃO DA CARREIRA 506

6. GARANTIAS DOS MAGISTRADOS 508
7. VEDAÇÕES AOS MAGISTRADOS 509
7.1. Proposta orçamentária do Poder Judiciário 509
8. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) 510
9. CRIAÇÃO DE ÓRGÃOS DE CONTROLE ADMINISTRATIVO PELOS ESTADOS-MEMBROS 514
10. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 514
10.1. Competência originária 515
10.2. Competência recursal 516
10.3. A Súmula Vinculante e a Reclamação Constitucional 517
11. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 518
11.1. Competência originária 518
11.2. Competência recursal do STJ 520
12. JUSTIÇA FEDERAL 521
12.1. Tribunal Regional Federal (TRF) 521
12.2. Juízes federais 522
13. JUSTIÇA DO TRABALHO 524
13.1. Tribunal Superior do Trabalho (TST) 524
13.2. Tribunal Regional do Trabalho (TRT) 525
13.3. Justiça do Trabalho 525
14. JUSTIÇA ELEITORAL 526
14.1. Tribunal Superior Eleitoral (TSE) 526
14.2. Tribunal Regional Eleitoral (TRE) 527
15. JUSTIÇA MILITAR 527
15.1. Justiça Militar da União 528
15.2. Justiça Militar Estadual 528
16. JUSTIÇA ESTADUAL 529
17. JULGAMENTO DE AUTORIDADES 530
17.1. Ministros do STF 530
17.2. Governadores 530
17.3. Prefeitos 530
18. QUINTO CONSTITUCIONAL 530
19. PRECATÓRIOS JUDICIAIS 531
19.1. Introdução 531
19.2. Exceção ao regime de precatório 531
19.3. Ordem de pagamento dos precatórios 532
19.4. Sequestro de valor 532
19.5. Decretação de intervenção 532
19.6. Vedação ao fracionamento 533
19.7. Hipóteses alternativas de quitação de precatórios pelos entes públicos 533
19.8. Cessão de precatórios 533
19.9. Crime de responsabilidade do presidente do Tribunal 533
19.10. Inconstitucionalidades da EC 533
CAPÍTULO 20 - CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE 536
..... 536
1. CONCEITO E PRESSUPOSTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE 536
2. ESPÉCIES (OU TIPOS) DE INCONSTITUCIONALIDADE 537
2.1. Inconstitucionalidade formal e material 537
2.2. Inconstitucionalidade por ação e por omissão 539
2.3. Inconstitucionalidade originária e superveniente 540
2.4. Inconstitucionalidade total e parcial 540

2.5. Inconstitucionalidade direta e indireta *540*
2.6. Inconstitucionalidade circunstancial *541*
3. MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE 541
3.1. Quanto ao parâmetro de controle *541*
3.2. Quanto ao objeto de controle *542*
3.3. Quanto ao momento de realização do controle *542*
3.4. Quanto à natureza do órgão competente para o controle *543*
3.5. Quanto ao número de órgãos competentes para o controle *544*
3.6. Quanto à finalidade do controle judicial *544*
3.7. Quanto ao modo de manifestação do controle judicial *545*
4. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E MATRIZES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE 546
4.1. Matrizes históricas do controle de constitucionalidade *547*
4.2. Breve histórico do controle de constitucionalidade no Brasil *548*
5. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE 550
5.1. Considerações Iniciais *550*
5.2. Parâmetro e objeto de controle *550*
5.3. Legitimidade ad causam *551*
5.4. Competência *551*
5.5. Efeitos da Decisão *555*
6. CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE 558
7. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) 558
7.1. Considerações Iniciais *558*
7.2. Legitimidade ad causam *559*
7.3. Competência *562*
7.4. Parâmetro e Objeto *564*
7.5. Procedimento *566*
7.6. Decisão e efeitos *571*
8. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE (ADC) 575
8.1. Competência *575*
8.2. Legitimidade ad causam *575*
8.3. Competência *575*
8.4. Parâmetro e objeto *575*
8.5. Procedimento *576*
8.6. Decisão e efeitos *577*
9. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ADO) 578
9.1. Considerações Iniciais *578*
9.2. Legitimidade ad causam *578*
9.3. Competência *578*
9.4. Parâmetro e objeto *578*
9.5. Procedimento *579*
9.6. Decisão e efeitos *581*
10. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE INTERVENTIVA (ADI INTERVENTIVA) 582
10.1. Considerações Iniciais *582*
10.2. Legitimidade ad causam *583*
10.3. Competência *583*
10.4. Parâmetro e objeto *583*
10.5. Procedimento *584*
10.6. Decisão e efeitos *585*
11. AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) 585
11.1. Considerações Iniciais *585*
11.2. Legitimidade ad causam *586*
11.3. Competência *586*

11.4. Modalidades de ADPF *586*
11.5. Parâmetro e objeto *587*
11.6. Princípio da Subsidiariedade da ADPF *589*
11.7. Procedimento *590*
11.8. Decisão e efeitos *592*
12. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NOS ESTADOS-MEMBROS 594
12.1. Controle de Constitucionalidade difuso-incidental nos Estados *594*
12.2. Controle de Constitucionalidade concentrado-principal nos Estados *595*
13. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE 597

CAPÍTULO 21 - FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA 600

1. MINISTÉRIO PÚBLICO 600
1.1. Estrutura do Ministério Público *601*
1.2. Garantias e Vedações aos membros do Ministério Público *604*
1.3. Funções do Ministério Público *605*
1.4. Conselho Nacional do Ministério Público *607*
1.5. Ministério Público junto aos Tribunais de Contas *610*
1.6. Prerrogativa de foro *611*
1.7. Atuação perante o STF *611*
2. ADVOCACIA PÚBLICA E PRIVADA 611
2.1. Advocacia-Geral da União (AGU) *612*
2.2. Procuradoria dos Estados e do Distrito Federal *612*
2.3. Advocacia *614*
3. DEFENSORIA PÚBLICA 615

CAPÍTULO 22 - DEFESA DO ESTADO E DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS 623

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS: SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CRISES 623
2. DO ESTADO DE DEFESA 624
2.1. Conceito e Hipóteses *624*
2.2. Requisitos Formais *624*
2.3. Procedimento *625*
2.4. Prazo *625*
2.5. Abrangência *625*
2.6. Controle *625*
2.7. Medidas Coercitivas *626*
3. DO ESTADO DE SÍTIO 627
3.1. Conceito e Hipóteses *627*
3.2. Requisitos Formais *627*
3.3. Procedimento *628*
3.4. Prazo *628*
3.5. Abrangência *629*
3.6. Controle *629*
3.7. Medidas Coercitivas *630*
4. FORÇAS ARMADAS 631
4.1. Habeas Corpus e punições disciplinares militares *632*
4.2. Serviço militar obrigatório *632*
5. SEGURANÇA PÚBLICA 633
5.1. Polícias da União *634*
5.2. Polícias dos Estados *635*
5.3. Polícias Penais Federal, Estaduais e Distrital *637*
5.4. Polícia do Distrito Federal *638*
5.5. Polícia dos Municípios *638*

5.6. Segurança Viária *639*

CAPÍTULO 23 - TRIBUTAÇÃO E ORÇAMENTO **641**

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS: ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS 641
1.1 Impostos *641*
1.2 Taxas *644*
1.3 Contribuições de melhoria *649*
1.4 Empréstimos compulsórios *649*
1.5 Contribuições especiais *650*
2. LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE TRIBUTAR 654
2.1. Legalidade *654*
2.2. Isonomia *655*
2.3. Princípio da Não-Surpresa *655*
2.4. Princípio do Não-Confisco (vedação ao efeito de confisco) *657*
2.5. Princípio da Liberdade de Tráfego *657*
2.6. Vedações Específicas à União *658*
2.7. Princípio da Não Discriminação baseada em procedência ou destino *659*
2.8. Imunidades *659*
3. REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS 665
3.1. Casos de Repartição Direta previstos na CF/88 ..... *666*
3.2. Casos de Repartição Indireta previstos na CF/88 ..... *668*
4. FINANÇAS PÚBLICAS E ORÇAMENTO 669
4.1. Princípios Constitucionais Orçamentários *670*
4.2. Leis Orçamentárias *671*
4.3. Processo Legislativo Orçamentário *673*
4.4. Orçamento Impositivo *674*
4.5. Créditos Adicionais *675*
4.6. Limites para despesas com pessoal *676*

CAPÍTULO 24 - ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA **678**

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS 678
2. DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA 680
3. DAS FORMAS DE ATUAÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA 681
3.1. Atuação do Estado como agente econômico em sentido estrito *681*
3.2. Atuação do Estado como agente regulador *682*
3.3. Atuação do Estado como prestador de serviços públicos *683*
3.4. Exploração de recursos minerais e potenciais de energia hidráulica *683*
3.5. Atuação do Estado como agente econômico em regime de monopólio *684*
4. DA POLÍTICA URBANA 685
5. DA POLÍTICA AGRÁRIA E FUNDIÁRIA E DA REFORMA AGRÁRIA 686
5.1. Desapropriação para fins de reforma agrária *687*
6. DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL 689

CAPÍTULO 25 - ORDEM SOCIAL **690**

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS 690
2. SEGURIDADE SOCIAL 690
2.1. Considerações complementares sobre o custeio da seguridade social *692*
3. SAÚDE 692
3.1. Custeio do Sistema Único de Saúde *694*
3.2. Dos agentes comunitários de saúde e agente de combate às endemias *694*
3.3. A assistência à saúde pela iniciativa privada *696*
3.4. A judicialização da saúde e o fornecimento de medicamentos *697*

3.5. Outras decisões relacionadas ao direito à saúde *705*
4. PREVIDÊNCIA SOCIAL 705
4.1. Previdência Privada *707*
5. ASSISTÊNCIA SOCIAL 708
5.1. Considerações sobre o Benefício de Amparo Assistencial (LOAS) *709*
6. EDUCAÇÃO 711
6.1. Autonomia das universidades *713*
6.2. Deveres do Estado em relação à educação *714*
6.3. O ensino pela iniciativa privada *716*
6.4. Organização do sistema de ensino em regime de colaboração *716*
6.5. Custeio da educação e aplicação dos recursos públicos na manutenção e desenvolvimento do ensino *717*
6.6. Plano Nacional de Educação *719*
6.7. Judicialização da educação e principais decisões dos tribunais superiores *719*
7. CULTURA 721
8. DESPORTO 726
9. CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO 727
10. COMUNICAÇÃO SOCIAL 727
11. MEIO AMBIENTE 730
12. FAMÍLIA, CRIANÇA, ADOLESCENTE, JOVEM E IDOSO 734
12.1. Família *734*
12.2. Criança, Adolescente e Jovem *736*
12.3. Idoso *738*
13. ÍNDIOS 739
ÍNDEX 742
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 746

1 DIREITO CONSTITUCIONAL: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

O Direito Constitucional é disciplina que integra o ramo do Direito Público, enquadrado por José Afonso da Silva como **Direito Público Fundamental**, uma vez que se refere "à organização e funcionamento do Estado, à articulação dos elementos primários do mesmo e ao estabelecimento das bases da estrutura política" (2005, p. 34).

O objeto de estudo do Direito Constitucional é a própria Constituição. No caso do Direito Constitucional brasileiro, por exemplo, e para os fins aqui propostos, os estudos serão direcionados à compreensão da atual Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988.

A partir do texto normativo constitucional, devem ser compreendidas algumas **matérias estruturantes do Estado**, as quais são distribuídas em distintos títulos e capítulos, abarcando, dentre outros temas: os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil; os direitos e garantias fundamentais, englobando os direitos fundamentais individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos da nacionalidade e os direitos políticos; a organização da Federação brasileira e as competências administrativas e legislativas dos entes federativos; a Administração Pública brasileira; a teoria da separação dos poderes e a estrutura dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Serão vistas, enfim, normas estruturantes da organização da República Federativa do Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, além de outras normas que, embora não possuam conteúdo essencial à formação das bases estruturais do Estado, fazem parte da Constituição.

Apenas para fins ilustrativos, **a Constituição Federal de 1988 é seccionada em nove títulos**, a saber:

Título I, Dos Princípios Fundamentais;

Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais;

Título III, Da Organização do Estado;

Título IV, Da Organização dos Poderes;

Título V, Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas;

Título VI, Da Tributação e do Orçamento;

Título VII, Da Ordem Econômica e Financeira;

Título VIII, Da Ordem Social;

Título IX, Das Disposições Constitucionais Gerais.

Antes, contudo, da análise do texto positivado da Constituição Federal de 1988 e dos seus desdobramentos, é necessário compreender temas atinentes à Teoria Geral do Direito Constitucional, os quais têm alta incidência em provas de concursos públicos, que são:

Constitucionalismo;

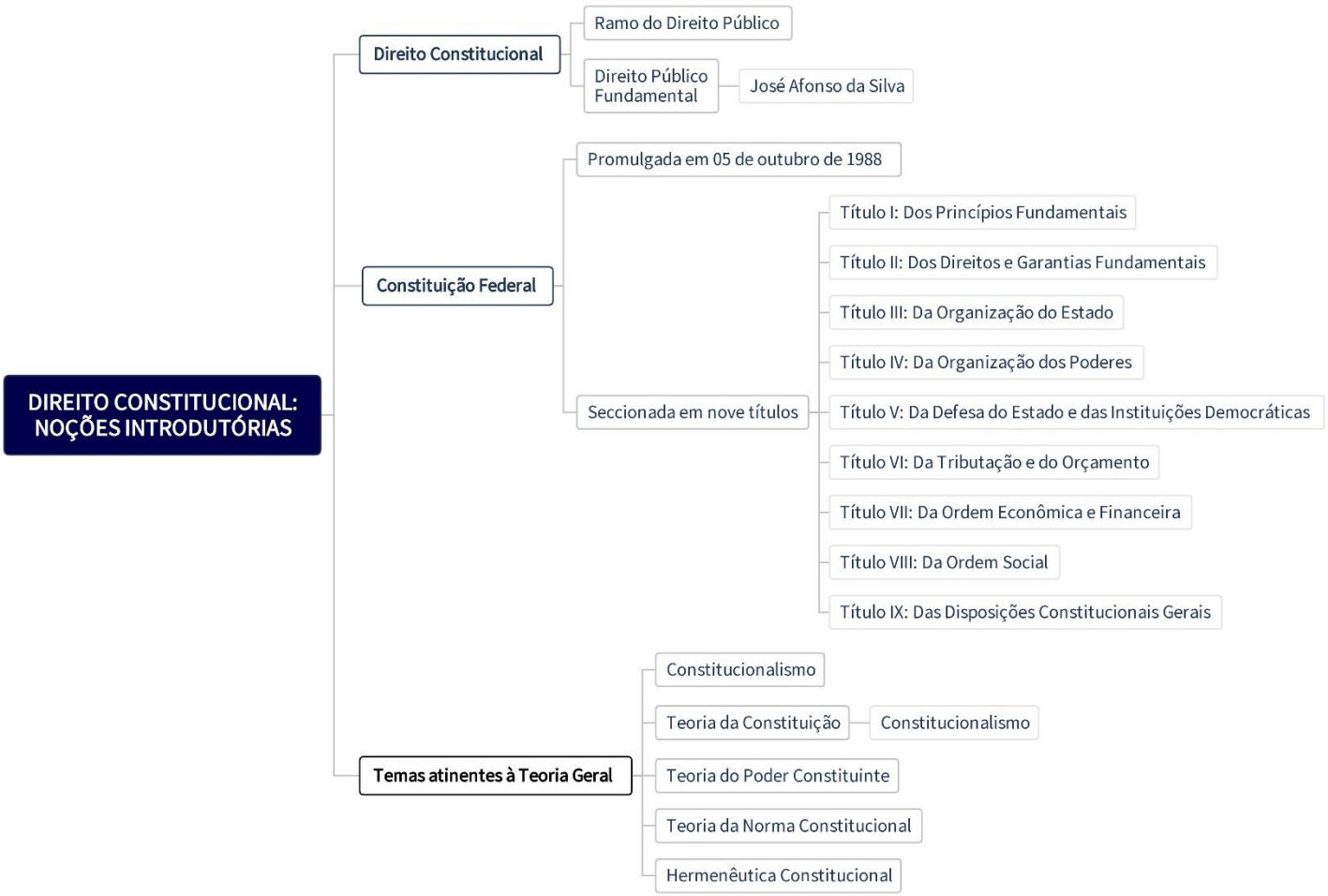
Teoria da Constituição;

Teoria do Poder Constituinte;

Teoria da Norma Constitucional; e

Hermenêutica Constitucional.

Ao longo dos estudos da Teoria Geral do Direito Constitucional, serão vistos diversos temas relacionados ao Direito Constitucional Contemporâneo, passíveis de cobrança nas etapas objetivas, subjetivas e provas orais dos diversos concursos públicos.


DIREITO CONSTITUCIONAL: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS
Direito Constitucional
Ramo do Direito Público
Direito Público Fundamental
José Afonso da Silva
Constituição Federal
Promulgada em 05 de outubro de 1988
Seccionada em nove títulos
Título I: Dos Princípios Fundamentais
Título II: Dos Direitos e Garantias Fundamentais
Título III: Da Organização do Estado
Título IV: Da Organização dos Poderes
Título V: Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas
Título VI: Da Tributação e do Orçamento
Título VII: Da Ordem Econômica e Financeira
Título VIII: Da Ordem Social
Título IX: Das Disposições Constitucionais Gerais
Temas atinentes à Teoria Geral
Constitucionalismo
Teoria da Constituição
Constitucionalismo
Teoria do Poder Constituinte
Teoria da Norma Constitucional
Hermenêutica Constitucional

2 CONSTITUCIONALISMO

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

De acordo com Ferdinand Lassalle, "uma Constituição real e efetiva possuem-na e hão de possuí-la sempre todos os países, pois é um erro julgarmos que a Constituição é uma prerrogativa dos tempos modernos" (2014, p. 37).

Com isso, chama-se atenção para o fato de que **todos os Estados, em qualquer época e em qualquer lugar, sempre possuíram e sempre possuirão uma Constituição, ao menos em seu sentido material**, como um complexo de normas fundamentais para a organização do Estado.

A novidade dos tempos modernos, contudo, foi o surgimento de uma Constituição escrita em uma folha de papel, como documento que estabelece as opções fundamentais de uma dada sociedade, ou seja, uma **Constituição em seu sentido formal**.

Foi a partir do século XVIII que a Constituição real passou a ganhar contornos jurídico-normativos, com a ideia de organização formal dos Estados, que teve como auge as **experiências liberais-revolucionárias norte-americana e francesa**.

A Constituição atual é fruto de um longo processo histórico de maturação de ideais e experiências vividas em diversas épocas e lugares.

A compreensão de tal linha evolutiva se faz a partir do estudo do constitucionalismo, tema recorrente nas diversas provas de concursos públicos.

O QUE É O CONSTITUCIONALISMO?

O **constitucionalismo** pode ser compreendido como uma **série de movimentos históricos, culturais, políticos, sociais e filosóficos, cujo objetivo principal é a limitação do poder estatal mediante o estabelecimento de uma Constituição.**

É justamente por tal fenômeno ter se desenvolvido em diversas épocas e lugares que J. J. Gomes Canotilho prefere identificá-lo como **"movimentos constitucionais",** tais como o **constitucionalismo grego**, o **constitucionalismo inglês**, o **constitucionalismo americano** e o **constitucionalismo francês** (2003, p. 51).

Contudo, Karl Loewenstein atribui a sua origem ao povo hebreu (Antiguidade Clássica), quando a comunidade passou a se organizar politicamente a partir da limitação do poder absoluto (2018, p. 154), falando-se, aqui, em um **constitucionalismo hebreu**.

Ainda durante a Antiguidade Clássica, outras experiências contribuíram para o desenvolvimento do constitucionalismo, como em Atenas e Roma.

Já durante o período medieval, documentos de natureza constitucional ganharam relevância dentro do chamado **constitucionalismo inglês.** Mas, como já afirmado, **foi apenas no século XVIII, na Idade Moderna, que diversos Estados passaram a adotar uma Constituição escrita**.

Neste contexto, Canotilho identifica a existência de um **constitucionalismo antigo** e um **constitucionalismo moderno**, distinção já cobrada expressamente em questões de concurso público, devendo o candidato estar atento. Expõe-se a distinção abaixo:

CONSTITUCIONALISMO ANTIGO	CONSTITUCIONALISMO MODERNO
Conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder, princípios estes sedimentados em um tempo longo, desde os fins da Idade Média até o século XVIII.	Movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma forma de ordenação e fundamentação do poder político.

De acordo com Dirley da Cunha Jr., o conceito de constitucionalismo:

> [...] está vinculado à noção e importância da Constituição, na medida em que é através da Constituição que aquele movimento pretende realizar o *ideal de liberdade humana* com a criação de meios e instituições necessárias para limitar e controlar o poder político, opondo-se, desde sua origem, a governos arbitrários, independente de época e lugar (2019, p. 33).

A ideia principal do constitucionalismo, assim, não era formular Constituições aos Estados, mas sim fazer com que preceitos asseguradores do ideal de liberdade humana – direitos e garantias fundamentais e separação dos poderes – fossem previstos como instrumento de limitação do poder estatal.

Tanto que o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, produto da Revolução Francesa, consignava: "A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição".

Objetivava-se, então, a limitação do poder dos governantes e o respeito aos direitos dos governados.

QUESTÃO DE CONCURSO

(MPE – GO – 2014 - Promotor de Justiça Substituto) É correto afirmar que o constitucionalismo nasceu, política e filosoficamente, inspirado por ideias libertárias, com a nítida intenção de afiançar a limitação do poder dos governantes e o respeito aos direitos dos governados.

Gabarito: CORRETO.

Apesar da clássica separação de Canotilho entre constitucionalismo antigo e constitucionalismo moderno, a doutrina subdivide – e esta subdivisão deve ser conhecida para fins de concursos públicos – em quatro grandes etapas: **Constitucionalismo Antigo**; **Constitucionalismo Medieval**; **Constitucionalismo Moderno**; e **Constitucionalismo Contemporâneo (Neoconstitucionalismo)**.

Verificam-se, a partir de então, os principais pontos de cada uma destas etapas evolutivas do constitucionalismo.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONSTITUCIONALISMO

2.1 Constitucionalismo Antigo

A origem do constitucionalismo remonta à Antiguidade Clássica, cujo desenvolvimento se deu a partir de três grandes experiências:

a) CONSTITUCIONALISMO HEBREU – refere-se ao quanto relatado por Karl Loewenstein, que identificou, na **sociedade hebraica**, o surgimento do constitucionalismo, ainda que de forma tímida, com a **limitação dos poderes do governo a partir de dogmas religiosos** (tratava-se de um Estado teocrático, assegurando-se aos profetas a legitimidade para o exercício da fiscalização de atos governamentais que ultrapassassem os limites bíblicos);

b) CONSTITUCIONALISMO GREGO – A Grécia Antiga é o berço cultural da humanidade e deve-se destacar, durante o desenvolvimento da civilização antiga grega, duas concretizações:

b.1) Constitucionalismo Ateniense – diz respeito à **existência de um regime político-constitucional de democracia direta desenvolvida em Atenas (democracia ateniense)**, entre os séculos V a III a.C., com igualdade absoluta entre governantes e governados.

Destaca-se a possibilidade de os atenienses elegerem os seus governantes e de tomarem decisões políticas diretamente em Assembleia (*Ekklésia*), bem como a possibilidade de qualquer cidadão mover uma ação criminal (*apagoguê*) contra dirigentes políticos.

Registre-se, ainda, a **existência da *graphe paranomom*, que permitia a verificação da correção da lei votada pela assembleia popular em face do Direito ancestral, considerada um antecedente remoto do controle de constitucionalidade.**

b.2) Constitucionalismo Espartano – em Esparta, diferentemente do que ocorreu em Atenas, desenvolveu-se uma **organização política militarista, que condicionava a liberdade individual às exigências de defesa do território, consolidando-se um sistema jurídico que tinha como fim a manutenção de um exército preparado para a guerra**.

Esparta era regida por uma diarquia real de caráter hereditário, no qual os dois reis heráclitas exerciam seus poderes, notadamente durante as guerras, auxiliados pelo Conselho de Anciãos, com mandato vitalício, cujas orientações poderiam ou não ser referendadas pela Assembleia do povo espartano.

Ademais, havia o Eforato, instituição que reduzia o poder político da realeza e concedia ao povo um mínimo de direitos. Verifica-se, assim, que **o poder monárquico não era absoluto**.

Contudo, deve-se frisar que a sociedade espartana era composta pelos esparciatas, periecos e hilotas, e apenas os esparciatas possuíam poder político, enquanto os demais viviam em condições de semiescravidão, não se falando em pluralidade democrática.

QUESTÃO DE CONCURSO

(VUNESP – 2019 – TJ–RO – Juiz de Direito) O constitucionalismo espartano foi marcado por uma organização de base civil e democrática, assim como Atenas, permitindo-se a ampla participação dos cidadãos nos assuntos públicos da polis.

Gabarito: INCORRETO.

Resolução: Esparta possuía um governo militarizado, não havendo que se falar, portanto, em organização de base civil. Ademais, não havia pluralidade democrática.

c) CONSTITUCIONALISMO ROMANO – o amadurecimento dos ideais constitucionalistas deu-se com a República Romana, no período de V a II a.C., notadamente com a instituição de um sistema de freios e contrapesos entre os diferentes órgãos políticos.

2.2 Constitucionalismo Medieval

O maior marco do Constitucionalismo Medieval é a **Magna Carta de 1215**, que consistia em um **pacto constitucional firmado entre o Rei João Sem Terra e os Bispos e Barões Ingleses**, tratando-se, assim, de um importante documento de limitação do poder absoluto do rei.

Embora se trate de uma carta que garantiu apenas privilégios especiais aos barões feudais, pode-se afirmar que a Magna Carta inglesa é a "pedra angular para a construção da democracia moderna", uma vez que a partir de então são fixadas limitações ao poder do governante não apenas por normas superiores, fundadas no costume ou na religião, mas também por direitos subjetivos dos governados (COMPARATO, 2008, p. 80).

Nela, há previsões fundamentais que hoje são amplamente conhecidas, como o devido processo legal, a liberdade de locomoção e o direito de propriedade.

QUESTÃO DE CONCURSO

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

Gabarito: **INCORRETO.**

Resolução: O constitucionalismo antigo teve início com a sociedade hebraica, sendo que os hebreus faziam parte de um Estado teocrático. As "leis do Senhor" criaram limites ao poder político. A Magna Carta de 1215 deve ser enquadrada no período histórico do constitucionalismo medieval (Idade Média).

2.3 Constitucionalismo Moderno

A partir da Magna Carta inglesa de 1215, o constitucionalismo caminhou rumo à modernidade e importantes documentos constitucionais foram elaborados, a saber: ***Petition of Rights*** (1628); ***Habeas Corpus Act*** (1679); ***Bill of Rights*** (1689); e o ***Act of Settlement*** (1701). O conjunto de tais documentos identifica o chamado **constitucionalismo inglês.**

Um **ponto característico marcante do constitucionalismo inglês** é o **conflito entre o Rei e o Parlamento**, que conseguiu estabelecer limitações aos poderes reais.

A *Petition of Rights*, por exemplo, protestava contra o lançamento de tributos sem aprovação do Parlamento, contra prisões arbitrárias, etc.

O Bill *of Rights*, precedida pela **Revolução Gloriosa** (1688), por sua vez, previa a convocação regular do Parlamento, que deveria consentir com a criação de novas leis, com a instituição de tributos, além de assegurar, por exemplo, a imunidade dos Parlamentares.

A *Act of Settlement* estabeleceu que somente um príncipe de religião anglicana pudesse ascender ao trono, além de impor novas limitações ao poder real.

Sobre o constitucionalismo inglês, Luís Roberto Barroso afirma:

> Fruto de longo amadurecimento histórico, o modelo institucional inglês estabeleceu-se sobre raízes tão profundas que pôde prescindir até mesmo de uma Constituição escrita, sem embargo da existência de documentos relevantes de natureza constitucional. Embora a Revolução Inglesa não tenha tido tom épico e a ambição de propósitos da Revolução Francesa, o modelo inglês projetou sua influência sobre diferentes partes do mundo, diretamente ou indiretamente (através dos Estados Unidos). (2015, pp. 35-36).

Durante o constitucionalismo inglês, assim, foram produzidos diversos documentos de natureza constitucional, os quais previam direitos e limitavam o poder da monarquia.

QUESTÃO DE CONCURSO

(**VUNESP – 2019 – TJ–AC – Juiz de Direito)** A Revolução Gloriosa instaurada na Inglaterra, no âmbito do desenvolvimento do constitucionalismo moderno, contribuiu de maneira exponencial para o desenvolvimento de variados aspectos do constitucionalismo contemporâneo, destacando-se, dentre eles, a ideia de federalismo e também a visão da constituição como um documento sagrado político.

Gabarito: INCORRETO.

Resolução: as ideias de federalismo e da constituição como documento sagrado político não são contribuições da Revolução Gloriosa. Tal revolução é mais relacionada com a imposição de limitações aos poderes da monarquia e com a separação dos poderes.

Mas a consagração do constitucionalismo moderno dá-se com o surgimento da ideia de Constituição escrita e rígida, a partir da **Constituição dos Estados Unidos da América** (1787) e da **Constituição da França** (1791), que contemplavam **duas características principais**: a **organização do Estado** e a **limitação do poder estatal, por meio de uma declaração de direitos e garantias fundamentais.**

Um traço fundamental do **constitucionalismo norte-americano** foi a revolta dos colonos contra a metrópole inglesa, causada pelo aumento do controle colonial, por imposições tributárias elevadas e restrições às atividades econômicas e ao comércio.

O recrudescimento da relação entre metrópole e colônia conduziu a uma série de fatos que ficou registrado historicamente como **Revolução Americana**, com a **independência das treze colônias da América do Norte** e a **formação dos Estados Unidos da América**.

Apesar de fortemente influenciada pelo movimento iluminista, que pregava ideais de liberdade e igualdade de direitos, o processo revolucionário foi conduzido pela elite colonial, a qual tinha como fim a garantia dos interesses e privilégios da classe.

Deve-se frisar, contudo, a existência de indícios do constitucionalismo norte-americano antes mesmo da Constituição de 1787, a partir de importantes documentos, como os "**contratos de colonização**" (***Compact***, de 1620 e as ***Fundamental Orders of Connecticut***, de 1639) e a ***Declaration of Rights* do Estado de Virgínia** (1776).

A Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, inclusive, é considerada a primeira Carta de Declaração de Direitos no sentido moderno, por conferir às suas normas eficácia jurídico-positiva mais elevada, inserindo as garantias das liberdades individuais em documento constitucional que delimitava a própria atuação reformadora do Poder Legislativo.

Tal informação, apesar da alta especificidade, já foi cobrada expressamente em concurso, como abaixo demonstrado:

QUESTÃO DE CONCURSO

(MPE–SP – 2019 – MPE-SP – Promotor de Justiça) A primeira Carta de Declaração de Direitos moderna, assim definida por conferir a suas normas eficácia jurídico-positiva mais elevada, inserindo as garantias das liberdades individuais em documento constitucional que delimitava a própria atuação reformadora do Poder Legislativo foi a Carta da Colônia Americana da Virgínia.

Gabarito: CORRETO.

Sobre a importância da Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, Luís Roberto Barroso afirma:

> A primeira Constituição escrita do mundo moderno passou a ser o marco simbólico da conclusão da Revolução Americana em seu tríplice conteúdo: a) independência das colônias; b) superação do modelo monárquico; c) implantação de um governo constitucional, fundado na separação dos Poderes, na igualdade e na supremacia da lei *(rule of law*). Para acomodar a necessidade de criação de um governo central com o desejo da autonomia dos Estados – que conservaram os seus próprios Poderes e amplas competências – concebeu-se uma nova forma de organização do Estado, a Federação, que permitiu a convivência dos dois níveis de poder, federal e central (2015, p. 41).

O **constitucionalismo francês**, por sua vez, apresenta como marca principal a **oposição ao absolutismo monárquico** reinante à época.

A crise financeira do Estado e o descontentamento da burguesia (classe representante do Terceiro Estado, formada por banqueiros, comerciantes, profissionais liberais e proprietários) contra os privilégios do clero e da nobreza (representantes do Primeiro e Segundo Estados) conduziram a uma série de ocorrências que culminaram na **Revolução Francesa,** com a derrubada da monarquia do Rei Luís XVI e a formação de uma Assembleia Nacional Constituinte, em 9 de julho de 1789.

A **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão** (1789) foi o primeiro passo para a elaboração da **Constituição Francesa de 1791**, decretando-se, finalmente, o fim do absolutismo.

QUESTÃO DE CONCURSO

(CESPE – 2007 – TJ-PI – Juiz de Direito Substituto) Com o movimento constitucionalista francês, a partir da Revolução Francesa, sedimentou-se a visão de direitos individuais do homem, em oposição à visão do homem como integrante de um segmento estamental adotada pelo movimento constitucionalista inglês.

Gabarito: CORRETO.

Abaixo, seguem características importantes das duas Constituições:

CONSTITUIÇÃO NORTE-AMERICANA (1787)	CONSTITUIÇÃO FRANCESA (1791)
a) Inaugura a **supremacia formal da constituição**, resultante na ideia de controle de constitucionalidade (em 1803, a partir do caso Marbury vs. Madison); b) É uma **constituição rígida**; c) Estabeleceu o **federalismo por agregação**, a partir de quatro princípios: i. poder constituinte em cada Estado; ii. intervenção institucionalizada na formação da vontade política federal (como representação no Senado); iii.	a) **Não afirmava expressamente a supremacia formal da Constituição** e visou ao fim da monarquia absolutista, acabando com os privilégios da nobreza e do clero; b) Previu expressamente a **soberania popular e o princípio da legalidade**; c) Foi fruto de uma **Assembleia Nacional Constituinte,** inspirada nas ideias de **Emmanuel**

repartição de competências entre os entes federativos; iv. igualdade jurídica dos Estados federados; d) **Não previu, originariamente, um rol de direitos fundamentais**, que vieram depois por emendas; e) Previu a **tripartição dos Poderes e o sistema de governo presidencialista**.	**Joseph Sieyès**, comandada pela **classe burguesa** (representantes do **Terceiro Estado**); d) Construiu um **sistema fundado na supremacia do Legislativo**, restando ao Executivo a função de dispor dos meios aptos à aplicação da lei.

QUESTÃO DE CONCURSO

(**VUNESP – 2018 – TJ-MT – Juiz de Direito Substituto)** A Constituição francesa de 1791 construiu um sistema fundado na supremacia do legislativo, restando ao executivo a função de dispor dos meios aptos à aplicação da lei.

Gabarito: CORRETO.

De acordo com Dirley da Cunha Jr., o constitucionalismo moderno:

> [...] legitimou o aparecimento da chamada *constituição moderna*, entendida como 'a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político'. Desdobrando esse conceito de Constituição, considerado por Canotilho como um conceito *ideal*, tem-se que ela deve ser entendida como: (1) uma norma jurídica fundamental plasmada num *documento escrito*; (2) uma declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de *direitos fundamentais* e do respectivo modo de *garantia* e, finalmente, (3) um instrumento de organização e disciplina do poder político, segundo esquemas tendentes a torná-los um *poder limitado e moderado*.
> O constitucionalismo moderno, portanto, deve ser visto como uma aspiração a uma Constituição escrita, que assegurasse a separação de Poderes e os direitos fundamentais, como modo de se opor ao poder absoluto, próprio das primeiras formas de Estado. Não é por acaso que as primeiras Constituições do mundo (exceto a norte-americana) trataram de oferecer resposta ao esquema do poder absoluto do monarca, submetendo-o ao controle do parlamento (2019, p. 36).

Neste primeiro momento, fala-se em constitucionalismo liberal (clássico), que pregava como valores o individualismo, o absenteísmo estatal, a valorização da propriedade privada e a proteção do indivíduo.

Assim, a origem do constitucionalismo clássico está associada à preservação da liberdade individual, fato que conduziu à inclusão das liberdades públicas nos textos constitucionais.

O lema da Revolução Francesa – Liberdade, Igualdade e Fraternidade – inclusive, serviu de sustentáculo para a configuração do Estado não interventor, liberal, absenteísta.

Sob a ótica do Estado liberal destaca-se a passividade no combate às desigualdades sociais, nutrida pelo liberalismo econômico de Adam Smith. Para este, seria um verdadeiro despropósito a intervenção do Estado na economia, uma vez que a mão invisível do mercado se encarregaria de efetivar o natural equilíbrio do sistema.

ATENÇÃO

Nesta **primeira fase do Constitucionalismo Moderno (constitucionalismo liberal ou clássico)**, surgem os **direitos fundamentais de primeira geração (ou dimensão)**, resultado do pensamento liberal-

burguês do século XVIII, que são os **direitos civis e políticos**. São direitos marcadamente individualistas, afirmando-se como direitos do indivíduo perante o Estado.

Contudo, as premissas estabelecidas pela doutrina econômica liberal não foram verificadas na vida social.

A consagração da igualdade meramente formal, aliada ao absenteísmo estatal, propiciou o surgimento de diversos movimentos sociais e, a partir da Primeira Guerra Mundial, verificou-se uma **profunda mudança no caráter do constitucionalismo**, agora desassociado do movimento do liberalismo.

Desta feita, as tensões estavam relacionadas à **necessidade de garantir, nos textos constitucionais, direitos sociais e econômicos**. Dentre as lutas sociais, destacam-se a **Revolução Mexicana de 1910** e a **Revolução Russa de 1917**, que contribuíram decisivamente para o desenvolvimento da segunda fase do Constitucionalismo Moderno: o **constitucionalismo social**.

Assim, o perfil do Estado, antes liberal e absenteísta, assume uma nova feição: social e intervencionista.

Nesta **passagem de modelo de Estado Liberal para o modelo de Estado Social** destacam-se importantes documentos: a **Constituição Mexicana** (1917), a **Constituição Russa** (1918) e a **Constituição de Weimar** (1919). **No Brasil**, a influência é percebida na **Constituição Federal de 1934**, quando se iniciou a fase do Constitucionalismo social no país.

ATENÇÃO

Nesta **segunda fase do Constitucionalismo Moderno (constitucionalismo social)**, surgem os **direitos fundamentais de segunda geração (ou dimensão)**, que são os **direitos sociais, econômicos e culturais**. São direitos de igualdade, pois direcionados à redução das desigualdades sociais e econômicas existentes.

Assim, deve-se atentar para essas duas fases do Constitucionalismo Moderno: primeira, o constitucionalismo liberal (ou clássico); segunda, o constitucionalismo social.

QUESTÕES DE CONCURSO

(**VUNESP – 2019 – TJ-RO – Juiz de Direito Substituto)** As Revoluções liberais do Século XVIII e início do Século XIX, promovidas na Europa Ocidental, são fruto do denominado constitucionalismo moderno, e foram caracterizadas, dentre outros elementos, pela consagração das liberdades individuais e defesa da igualdade em sentido formal.

Gabarito: CORRETO.

(VUNESP – 2019 – TJ-RO – Juiz de Direito Substituto) No Brasil, o denominado Constitucionalismo social teve início com a Constituição de 1946, a qual passou a consagrar não apenas os direitos sociais ao trabalho, educação e previdenciário mas também defendeu a impossibilidade de exercício do direito de propriedade contra o interesse coletivo ou social.

Gabarito: INCORRETO.

Resolução: O Constitucionalismo social no Brasil teve início com a Constituição Federal de 1934, fortemente influenciada pela Constituição de Weimar de 1919. Outro documento constitucional importante para a fase do Constitucionalismo social foi a Constituição Mexicana de 1917.

(VUNESP – 2019 – TJ-AC – Juiz de Direito Substituto) A transição da Monarquia Absolutista para o Estado Liberal, em especial na Europa, no final do século XVIII, que traçou limitações formais ao poder político vigente à época, é um marco do constitucionalismo moderno.

Gabarito: CORRETO.

(FCC – 2012 – DPE-RR – Defensor Público) O constitucionalismo fez surgir as Constituições modernas que se caracterizam pela adoção de princípio do governo limitado pelas leis, separação de poderes e proteção de direitos e garantias fundamentais.

Gabarito: CORRETO.

2.4 Neoconstitucionalismo (Constitucionalismo Contemporâneo)

O constitucionalismo moderno prolongou-se até meados do século XX. Até então, a teoria jurídica vivia sob a influência do Estado Legislativo de Direito, no qual a validade de uma norma jurídica dependia tão-somente do cumprimento dos aspectos formais da sua produção. A lei e o princípio da legalidade eram as únicas fontes de legitimação do Direito.

O **fracasso do Estado Legislativo de Direito**, contudo, teve início ainda na primeira metade do século XX, quando o mundo assistiu atônito a uma das maiores barbáries já cometidas em toda a história: o holocausto, que ceifou a vida de milhões de judeus no período de 1939 a 1945. Todas as atrocidades cometidas pelo governo nazista alemão estavam protegidas pelo regime legal vigente à época.

Passa-se, assim, a questionar o positivismo jurídico. Forma-se, na Europa, um novo pensamento constitucional cujo fim era o reconhecimento da **supremacia material e axiológica da Constituição**, dotada de **força normativa** e que passou a condicionar a validade de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional.

A este movimento atribuiu-se o nome de **neoconstitucionalismo**.

De acordo com Dirley da Cunha Jr.:

> O *neoconstitucionalismo* representa o constitucionalismo atual, contemporâneo, que emergiu como uma reação às atrocidades cometidas na segunda guerra mundial, e tem ensejado um conjunto de transformações responsável pela definição de um novo direito constitucional, fundado na dignidade da pessoa humana. O *neoconstitucionalismo* destaca-se, nesse contexto, como uma *nova teoria jurídica* a justificar a mudança de paradigma, de Estado Legislativo de Direito, para *Estado Constitucional de Direito*, consolidando a passagem da Lei e do Princípio da Legalidade para a *periferia* do sistema jurídico e o trânsito da Constituição e do Princípio da Constitucionalidade para o centro de todo o sistema, em face do reconhecimento da *força normativa da Constituição*, com eficácia jurídica vinculante e obrigatória, dotada de supremacia material e intensa carga valorativa (2019, p. 39).

As características principais para o surgimento deste novo direito constitucional são catalogadas por Luís Roberto Barroso (2018, pp. 190-201), que identifica um conjunto de três marcos fundamentais.

Os **marcos fundamentais do neoconstitucionalismo** são:

MARCO HISTÓRIO	MARCO FILOSÓFICO	MARCO TEÓRICO
• Estado Constitucional de Direito; • Documentos a partir da 2.ª Guerra Mundial; • Redemocratização.	• Pós-positivismo; • Direitos Fundamentais; • Reaproximação entre Direito e Ética;	• A força normativa da Constituição; • Expansão da Jurisdição Constitucional;

		• Nova dogmática da interpretação constitucional.

Segundo Barroso, na Europa Continental, o **marco histórico** deste novo direito constitucional foi o **constitucionalismo do pós-guerra**, notadamente na **Alemanha** (com a **Lei Fundamental de Bonn**, de 1949, e a **criação do Tribunal Constitucional Federal**, em 1951) e na **Itália** (com a **Constituição Italiana de 1947** e a **instalação da Corte Constitucional**, em 1956).

Ao longo da década de 70, destacam-se a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal, em 1976, e da Espanha, em 1978.

Já no **Brasil**, o fenômeno passou a ser observado no contexto da **redemocratização a partir de 1985**, que culminou na **Constituição Federal de 1988**.

QUESTÃO DE CONCURSO

(ESAF – 2015 – PGFN – Procurador da Fazenda Nacional) Sobre "neoconstitucionalismo", é correto afirmar que se trata de expressão doutrinária, que tem como marco histórico o direito constitucional europeu, com destaque para o alemão e o italiano, após o fim da Segunda Guerra Mundial. **CORRETO.**

Em relação ao **marco filosófico**, Barroso assinala:

> A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria da justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente promove-se uma reaproximação entre o direito e a filosofia. (2017, pp. 192-193).

Por fim, no que tange ao **marco teórico**, deve-se elencar:

a) o reconhecimento da **força normativa da Constituição**, atribuindo-se à norma constitucional o *status* de norma jurídica e com isso a Constituição deixa de ser um mero convite à atuação dos Poderes Públicos, não mais condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à atuação discricionária do Executivo;

b) a **expansão da jurisdição constitucional**, irradiando-se em toda a Europa Continental o modelo de tribunais constitucionais, responsáveis pela proteção dos direitos fundamentais, agora constitucionalizados e imunizados em relação ao processo político majoritário;

c) a **nova dogmática da interpretação constitucional**, com a sistematização, por exemplo, de um elenco próprio de princípios e de técnicas e métodos específicos.

O neoconstitucionalismo deu início ao fenômeno da **constitucionalização do Direito**, evidenciando-se o destaque dos textos constitucionais, sendo apresentada por Ricardo Guastini (2003, p. 49) uma lista de **sete condições para a caracterização do fenômeno**:

CONDIÇÕES PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO, SEGUNDO RICARDO GUASTINI

1) Existência de uma Constituição rígida;

2) Garantia judicial da Constituição;

3) Força normativa da Constituição;

4) Sobreinterpretação da Constituição;

5) Aplicação direta das normas constitucionais;

6) Interpretação das leis conforme a Constituição;

7) Influência da Constituição sobre as relações políticas.

QUESTÃO DE CONCURSO

(**VUNESP – 2015 – TJ-SP – Juiz Substituto)** A expressão "constitucionalização do Direito" tem, de modo geral, sua origem identificada pela doutrina na Alemanha, especialmente sob a égide da Lei Fundamental de 1949.

Gabarito: CORRETO.

Bernardo Gonçalves Fernandes, por sua vez, afirma que as perspectivas neoconstitucionais se enveredam resumidamente pelas seguintes teses (2020, pp. 65-66):

TESES PELAS QUAIS SE ENVEREDAM AS PERSPECTIVAS NEOCONSTITUCIONAIS

a) **constitucionalização do direito**, com a irradiação das normas constitucionais e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentas (busca pela efetividade dos direitos fundamentais, tendo em vista sua eficácia irradiante), para todos os ramos do ordenamento, na lógica de que **as normas constitucionais dotadas de força normativa devem percorrer todo o ordenamento e condicionar a interpretação e aplicação do direito**;

b) **reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos** e a valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito;

c) **rejeição do formalismo** e a **busca mais frequente por métodos ou estilos mais abertos de raciocínio jurídico,** como: a ponderação, tópica, teorias da argumentação, metódica estruturante, entre outros;

d) **reaproximação entre o direito e a moral** (para alguns doutrinadores: um "moralismo jurídico" ou uma **"leitura moral da Constituição"** que se traduz numa nova relação entre o direito e a moral de cunho pós-positivista, com a penetração cada vez maior da filosofia nos debates jurídicos);

e) **judicialização da política e das relações sociais**, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário (o Judiciário passa a ser um poder protagonista das ações);

f) com isso, em consequência, tem-se uma **releitura da teoria da norma** (reconhecimento da normatividade dos princípios, a exigência de procedimentos complexos como o da ponderação para a solução da colisão entre eles), **da teoria das fontes** (o desenvolvimento e fortalecimento do papel do Judiciário, bem como dos Tribunais Constitucionais para a concretização da Constituição, levando, com isso, a uma ampliação da judicialização das questões político-sociais assumindo o Judiciário um papel central) **e da teoria da interpretação** (a necessidade de novas posturas interpretativas à luz do papel assumido pela Constituição no que tange à sua centralidade e força normativa, fazendo com que antigos métodos tradicionais da interpretação, nascidos do direito privado, sejam questionados perante novas práticas hermenêuticas

alinhadas a teorias da argumentação e à busca de racionalidade das decisões judiciais, tendo em vista a "filtragem constitucional" e a interpretação das normas jurídicas, conforme a Constituição).

QUESTÕES DE CONCURSO

(**FCC – 2021 – DPE-BA – Defensor Público)** Por neoconstitucionalismo entende-se a liberdade de interpretação do texto constitucional, com o objetivo de lhe dar eficácia, afastando-se de sua característica retórica em busca de seu caráter axiológico.

Gabarito: CORRETO.

(CONCURSOS – MS – 2016 – PGE-MS –Procurador do Estado) O neoconstitucionalismo tem permanecido no centro dos debates hodiernos do direito constitucional, assumindo posição de relevo na teoria constitucional. Dentre os elementos caracterizadores do neoconstitucionalismo pode-se elencar: a ideia da eficácia irradiante em relação aos Poderes e particulares; a garantia de condições mínimas de dignidade; a carga axiológica da Constituição; a normatividade da Constituição, centrada em sua imperatividade.

Gabarito: CORRETO.

(FMP CONCURSOS – 2015 – DPE-PA – Defensor Público). É correto afirmar que o neoconstitucionalismo, que pode ser entendido tanto como uma teoria do Direito, quanto como uma teoria do Estado, na primeira das acepções apresenta como uma de suas características essenciais: a sobreinterpretação constitucional, forma de integração constitucional, assim entendida como uma interpretação extensiva da constituição, de forma que de seu texto se possam extrair normas implícitas de molde a se afirmar que ela regula todo e qualquer aspecto da vida social e política, disso resultando a inexistência de espaços vazios de normatização constitucional relativamente aos quais a atividade legislativa estaria previamente regulada ao nível constitucional.

Gabarito: CORRETO.

(CESPE – 2015 – AGU – Advogado da União) No neoconstitucionalismo, passou-se da supremacia da lei à supremacia da Constituição, com ênfase na força normativa do texto constitucional e na concretização das normas constitucionais.

Gabarito: CORRETO.

(PGR – 2011 – PGR – Procurador da República) No neoconstitucionalismo preconiza-se a abertura da hermenêutica constitucional aos influxos da moralidade crítica.

Gabarito: CORRETO.

ATENÇÃO

Na fase do **Constitucionalismo Contemporâneo (neoconstitucionalismo)**, surgem os **direitos fundamentais de terceira geração (ou dimensão)**, que são os **direitos relacionados à solidariedade/fraternidade.** São direitos resguardados a uma titularidade difusa ou coletiva, por exemplo, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Ainda sobre o tema, apresentam-se três assertivas consideradas corretas em uma interessante **questão para o concurso da magistratura trabalhista do TRT da 16ª Região (Maranhão)**.

QUESTÃO DE CONCURSO

(TRT 16ª REGIÃO – 2015 – Juiz do Trabalho Substituto)

I. Sob a perspectiva do liberalismo, entendia-se a lei como mecanismo de demarcação da esfera de intervenção estatal, uma ferramenta de contenção da ideologia absolutista. Nessa época, a filosofia positivista atribuía ao juiz o papel de mero ventríloquo, a quem cabia apenas enunciar o conteúdo linguístico dos Códigos.

Gabarito: CORRETO.

II. O papel do Judiciário altera-se significativamente com o declínio do paradigma liberal, de modo especial a partir da expansão do constitucionalismo na segunda metade do século XX. As cláusulas compromissórias próprias do Estado do bem estar social implicaram em atribuição de maior ênfase à função do Poder Executivo no campo da realização dos direitos fundamentais. Mais adiante, a partir da constatação do déficit de efetividade das cartas constitucionais em virtude da postura omissiva do poder político, passou-se à construção de uma hermenêutica voltada ao incremento do papel do Judiciário nessa seara. **CORRETO.**

III. A partir da expansão do constitucionalismo, o papel criativo do Judiciário no estabelecimento de direitos passa a ser reconhecido por boa parte da doutrina contemporânea, já que a aplicação de princípios requer uma postura ativa do juiz.

Gabarito: CORRETO.

Por fim, reproduzem-se, mais uma vez, os ensinamentos de Dirley da Cunha Jr.:

> [...] foi especialmente decisivo para o delineamento desse novo Direito Constitucional, o reconhecimento da força normativa dos princípios, situação que tem propiciado a reaproximação entre o Direito e a Ética, o Direito e a Moral, o Direito e a Justiça e demais valores substantivos, a revelar a importância do homem e a sua ascendência a filtro axiológico de todo o sistema político e jurídico, com a consequente proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.
> A emergência do neoconstitucionalismo logrou propiciar o reconhecimento da dupla dimensão normativo-axiológica das Constituições contemporâneas, ensejando a consolidação de uma teoria jurídica material ou substancial assentada na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais. Nesse contexto, o discurso jurídico, antes associado a uma concepção formal e procedimentalista, evolui para alcançar uma vertente substancialista preocupada com a realização dos valores constitucionais (2019, p. 40).

ATENÇÃO

O trecho acima transcrito traz duas expressões que merecem atenção do candidato, uma vez que já foram alvo de cobrança por mais de uma vez. Tratam-se das expressões “substancialismo” e “procedimentalismo”.

SUBSTANCIALISMO X PROCEDIMENTALISMO

Há visões distintas acerca do papel que a Constituição exerce em uma sociedade, bem como acerca da atuação da jurisdição constitucional.

Para o **substancialismo,** a Constituição deve impor ao cenário político um conjunto de decisões valorativas essenciais ao desenvolvimento de uma dada sociedade. Os substancialistas aderem de forma explícita a tais valores, admitindo o controle de resultados das decisões políticas que porventura os contrariem. **A visão substancialista de Constituição conduz a uma postura mais proativa da jurisdição constitucional, ao realizar o controle das decisões dos Poderes Públicos.**

Assim, quando do exercício do controle jurisdicional de políticas públicas, por exemplo, os substancialistas privilegiam princípios, tornando o juiz um agente das transformações sociais, que vão além da análise da compatibilidade formal de leis e atos normativos editados pelo Poder Público e passam a observar questões materiais relativas à própria política.

O **procedimentalismo**, por sua vez, não compactua com o papel do intérprete constitucional como o de um aplicador dos princípios de justiça, mas sim como um fiscal do funcionamento do processo político. Para estes, temas de grande controvérsia moral, política ou econômica não devem estar no campo da Constituição, mas sim no campo das maiorias políticas que se formam de tempos em tempos. Aqui, **há uma jurisdição constitucional mais contida, que não deve se utilizar de construções argumentativas para tentar extrair do texto constitucional direitos ou pretensões que não representem clara decisão política do poder constituinte.**

Assim, os procedimentalistas defendem que a jurisdição constitucional tem o exclusivo papel de assegurar os pressupostos necessários ao bom funcionamento da democracia.

QUESTÕES DE CONCURSO!

(FCC – 2018 – DPE-AM – Defensor Público) Sobre o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, é correto afirmar que a base teórica que privilegia os princípios, tornando o juiz um agente das transformações sociais, atuando não só na verificação da constitucionalidade da lei formal, mas também na observação das questões materiais relativas às próprias políticas, é conhecida como substancialismo.

Gabarito: CORRETO.

(PGR – 2011 – PGR – Procurador da República) O procedimentalismo sustenta a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, diante da constatação da incapacidade das instâncias representativas de pautarem a sua atuação pela axiologia constitucional.

Gabarito: INCORRETO.

Resolução: o argumento principal que sustenta o procedimentalismo é o respeito ao princípio democrático, de modo que a atividade judicial deve ser mais cautelosa. Se para os procedimentalistas o papel da Constituição é definir as regras do jogo político, afastando-se do texto constitucional temas controversos no campo da moral, da economia ou da política, significa reconhecer que cabe ao povo deliberar sobre tais temas, não havendo que se falar, assim, em incapacidade de as instâncias representativas pautarem a sua atuação pela axiologia constitucional.

3. OUTROS TEMAS DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

No estudo do constitucionalismo contemporâneo (ou neoconstitucionalismo) surgem temas cuja compreensão é fundamental na preparação do candidato para os diversos concursos públicos.

3.1 Constitucionalismo do Futuro (ou constitucionalismo do porvir)

De acordo com Pedro Lenza, o constitucionalismo do futuro:

> [...] terá de consolidar os chamados direitos humanos de terceira dimensão, incorporando à ideia de constitucionalismo social os valores do constitucionalismo fraternal e de solidariedade, avançando e estabelecendo um equilíbrio entre o constitucionalismo

moderno e alguns excessos do contemporâneo (2021, p. 52).

O jurista argentino José Roberto Dromi elenca alguns valores fundamentais para o reconhecimento do constitucionalismo do futuro, abaixo elencados:

Verdade/veracidade: o texto constitucional não pode gerar falsas expectativas, com promessas irrealizáveis. O constituinte deve ser transparente e ético;

Solidariedade: deve ser atribuída uma nova dimensão à igualdade, uma perspectiva sedimentada na solidariedade dos povos, na justiça social e na dignidade da pessoa humana;

Consenso: o texto constitucional deve ser fruto de um consenso democrático, da união de tendências políticas e ideológicas distintas;

Continuidade: quando da realização da reforma de uma constituição, os eventuais avanços já alcançados não podem ser desprezados, trabalhando-se com a ideia de continuidade de programas que venham a gerar bons resultados;

Participação: trata-se da participação da sociedade na vida política, aprofundando-se as noções de democracia participativa e de estado democrático de direito e privilegiando ferramentas de concretização da soberania popular, como plebiscitos, referendos, iniciativa popular de leis e ações populares;

Integração: devem-se prever órgãos supranacionais que busquem realizar a integração espiritual, ética, moral e institucional entre os diversos povos;

Universalização/universalidade: as constituições futuras deverão consagrar os direitos fundamentais internacionais, com a prevalência, de maneira universal, da dignidade da pessoa humana.

3.2 Constitucionalismo Global ou Globalizado

Por Constitucionalismo Global entende-se a **busca por um arcabouço normativo único** composto por um ou mais textos de conteúdo materialmente constitucional **que se sobrepõe ao direito constitucional de cada país**. Institui-se, com isso, um **constitucionalismo multinível**.

Canotilho estabelece três traços caracterizadores do Constitucionalismo Global:

a) alicerçamento do sistema jurídico-político em relações entre Estado/povo, e não de relações horizontais entre Estados;

b) manifestação de um *jus cogen* internacional, através das declarações e documentos internacionais, legitimado em valores, princípios e regras universais;

c) fixação da dignidade da pessoa humana como pressuposto de todos os constitucionalismos.

Com isso, o Direito Internacional passaria a ser um "parâmetro de validade das próprias constituições nacionais cujas normas deveriam ser consideradas nulas se violassem as normas do *jus cogens* internacional" (CANOTILHO, 2003, p. 1370).

3.3 Transconstitucionalismo

De acordo com Marcelo Neves, autor que cunhou a expressão, o transconstitucionalismo é "o **entrelaçamento de ordens jurídicas diversas**, tanto estatais como transnacionais, internacionais e supranacionais, **em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional**" (2009, p. 1).

Ora, ordens jurídicas diversas podem, eventualmente, enfrentar as mesmas questões de natureza constitucional, tornando-se necessária a realização de um **diálogo entre tais ordens jurídicas distintas para que os problemas constitucionais comuns tenham tratamento harmonioso e reciprocamente adequado**.

Deve-se atentar, contudo, para a advertência do autor:

> O transconstitucionalismo não se trata de constitucionalismo internacional, transnacional, supranacional, estatal ou local. O conceito aponta exatamente para o desenvolvimento de problemas jurídicos que perpassam diversas ordens jurídicas. Um problema transconstitucional implica uma questão que poderá envolver tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca de sua solução. (2009, pp. XXI – XXII).

Um claro exemplo de aplicação do transconstitucionalismo seria um problema relacionado aos direitos humanos, uma vez que se trata de um tema que não é privilégio do Direito Constitucional de um Estado, por exemplo, mas sim um problema que rompe as fronteiras do território.

Em sua tese, Neves trabalha com 98 exemplos de transconstitucionalismo em diversos países, dentre os quais destacaremos dois (um envolvendo a Alemanha e o outro envolvendo o Brasil):

a) o Tribunal Constitucional Alemão, em um caso envolvendo Caroline de Mônaco II, em 1999, afirmou que figuras públicas não possuem a mesma garantia de intimidade perante a imprensa que os cidadãos comuns. Decidiu, assim, que fotos tiradas da princesa por *paparazzi*, ainda que na esfera privada da intimidade, não poderiam ser proibidas. Contudo, no caso Caroline *versus* Alemanha, em 2004, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) decidiu contrariamente à Corte Alemã, afirmando que "não há liberdade de imprensa que atinja a intimidade da princesa, mesmo sendo ela uma figura pública", sendo, então, favorável à proteção da intimidade da autora em detrimento da liberdade de imprensa;

b) o segundo caso se refere à colisão entre o art. 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e o art. 5º, LXVII da CF/88. A Convenção proíbe a prisão do depositário infiel e a CF/88 permite. O Supremo Tribunal Federal enfrentou questão referente ao tema e decidiu, em 2008, que os tratados internacionais de direitos humanos, quando não aprovados nos moldes do art. 5º, §3º da CF/88, possuem hierarquia supralegal, ou seja, abaixo da Constituição, porém acima da lei. Tal entendimento evitou um conflito entre o STF e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, privilegiando-se, assim, um diálogo constitucional em torno da compreensão dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Sobre o tema, inclusive, é fundamental o conhecimento da **Súmula Vinculante n.º 25/STF**:

> **Súmula Vinculante n.º 25, STF -** É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.

Bernardo Gonçalves Fernandes apresenta um interessante exemplo de aplicação do transconstitucionalismo. Trata-se da questão envolvendo a Lei da Anistia. O **STF,** em julgamento de abril/2010, **considerou recepcionada a Lei da Anistia de 1979 pela CF/88 e que a anistia por ela concedida foi ampla e geral, alcançando os crimes de qualquer natureza praticados pelos agentes da repressão** no período compreendido entre 02/09/1961 e 15/08/1979. Assim, o STF julgou improcedente a ADPF n.º 153, ajuizada pelo Conselho Federal da OAB, que pretendia ver declarada a não recepção pela CF/88 da Lei n.º 6.683/79, ou conferido ao §1º do art. 1º interpretação conforme a Constituição, para declarar que a anistia concedida pela lei aos crimes políticos ou conexos não se estendessem aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar.

Ocorre que, em julgamento de dezembro/2010, no caso Gomes Lund e outros *versus* Brasil, **a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) afirmou que a interpretação da Lei de Anistia não pode continuar a ser um obstáculo** para a investigação dos fatos e punição dos responsáveis por crimes de tortura realizados durante o regime militar. Com isso, a CIDH analisou a compatibilidade da Lei de Anistia com as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil, à luz da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, **e concluiu que as disposições da lei que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção, carecendo, assim, de efeitos jurídicos.** (FERNANDES, 2020, p. 102-103).

Assim, verifica-se o fenômeno da **globalização do Direito Constitucional doméstico** e, com isso, as questões transconstitucionais devem ser tratadas de forma convergente e harmoniosa pelas distintas ordens jurídicas.

No transconstitucionalismo, verifica-se a utilização de decisões/precedentes de Cortes Constitucionais de países distintos ou de Cortes Internacionais, em um verdadeiro fenômeno de **"fertilização constitucional cruzada",** no qual "as cortes constitucionais citam-se reciprocamente não como precedente, mas como autoridade persuasiva" (NEVES, 2009, p. 119).

ATENÇÃO

Não se deve confundir transconstitucionalismo com constitucionalismo transnacional.

O **Constitucionalismo Transnacional** (por alguns chamado de constitucionalismo supranacional) consiste na **elaboração de uma só Constituição aplicável a vários países**, onde cada país abre mão de parcela de sua autonomia para eleger representantes que farão parte de uma Assembleia Legislativa Transnacional. O fenômeno decorre do processo de globalização.

Parte da doutrina entende que o Tratado da União Europeia pode ser considerado como um caso típico de Constituição Transnacional, apesar de se reconhecer que, dentre avanços e retrocessos, o constitucionalismo transnacional europeu ainda está longe de uma conclusão.

QUESTÃO DE CONCURSO

(**MPE–GO – 2014 – MPE-GO – Promotor de Justiça Substituto)** O transconstitucionalismo, também chamado de constitucionalismo transnacional, propugna a criação de uma Constituição internacional, como forma de solução dos problemas decorrentes da globalização, ou seja, o Direito Constitucional doméstico estaria hierarquicamente vinculado a uma Constituição global, nas questões comuns aos Estados envolvidos. **Gabarito: INCORRETO.**

Resolução: como afirmado acima, não se deve confundir transconstitucionalismo com constitucionalismo transnacional.

3.4 Patriotismo Constitucional

A expressão "patriotismo constitucional" foi utilizada pela primeira vez na Alemanha, pelo historiador Dolf Sternberger, no final da década de 70.

Embora a expressão pareça estar associada à ideia de unidade étnica, nacional ou cultural, ela **representa uma forma de oposição à noção tradicional de nacionalismo**, com a ideia de romper com o passado recente alemão, que era impregnado por um nacionalismo exacerbado e uma política xenófoba. A **superação do nacionalismo totalitário** ocorreria **a partir do total respeito à Constituição**.

A difusão da expressão, contudo, deu-se apenas na década de 1980, com Jürgen Habermas. Conforme Dirley da Cunha Jr.:

> Segundo Habermas, o patriotismo constitucional produziu de forma reflexiva uma identidade política coletiva conciliada com uma perspectiva universalista comprometida com os princípios do Estado Democrático de Direito. Isto é, o patriotismo constitucional foi defendido como uma maneira de conformação de uma identidade coletiva baseada em compromissos com princípios constitucionais democráticos e liberais capazes de garantir a integração e assegurar a solidariedade, com o fim de superar o conhecido problema do nacionalismo étnico, que por muito tempo opôs culturas e povos. (2019, p. 41-42).

Com o patriotismo constitucional, assim, busca-se um potencial inclusivo de cidadãos, ainda que carregados de diferenças étnicas e culturais, pois é necessário **privilegiar os valores plurais de um Estado Democrático de Direito**. O **multiculturalismo** – coexistência das múltiplas formas de cultura – é um vetor do patriotismo constitucional, o que leva Dirley da Cunha Jr. a afirmar que ele "busca o reconhecimento de um **constitucionalismo intercultural**, que deve reconhecer a diversidade de culturas e promover a conciliação entre todas as práticas culturais" (2019, p. 42).

QUESTÃO DE CONCURSO

(**MPE–GO – 2014 – MPE-GO – Promotor de Justiça Substituto)** O denominado patriotismo constitucional, ao contrário do que parece sugerir, apregoa o abandono de ideias nacionalistas e a associação aos fundamentos do republicanismo, buscando um potencial inclusivo calcado nos valores plurais do Estado Democrático de Direito e no multiculturalismo.

Gabarito: CORRETO.

3.5 Constitucionalização Simbólica

Marcelo Neves apresenta a ideia da constitucionalização simbólica. Segundo o autor, o estudo busca:

> [...] abordar o significado social e político de textos constitucionais, exatamente na relação inversa da sua concretização normativo-jurídica. Em outras palavras, a questão refere-se à discrepância entre a função hipertroficamente simbólica e a insuficiente concretização jurídica de diplomas constitucionais. (2011, p. 1).

Deve-se atentar para o fato de que **Neves desenvolve o seu estudo a partir da Teoria dos Sistemas, de Niklas Luhmann**, que define a Constituição como "acoplamento estrutural" entre política e direito, dando realce às interpenetrações entre dois sistemas sociais autônomos: o político e o jurídico.

Para Neves, todo texto normativo apresenta certa carga simbólica (de natureza político-simbólica). O problema reside, contudo, na **hipertrofia da função político-simbólica em detrimento da força normativo-jurídica**, apontando-se, assim, um alto grau de inefetividade social e um alto grau de força simbólica.

O autor discorre, inicialmente, sobre a legislação simbólica e propõe uma tipologia de legislações simbólicas, sendo elas:

a) **Fórmula de compromisso dilatório** – quando diante de um conflito social, a legislação surge em circunstâncias políticas específicas, com o intuito de protelar a resolução de problemas, adiando-se a resolução do conflito. "Nesse caso, as divergências entre grupos políticos não são resolvidas por meio do ato legislativo, que, porém, será aprovado consensualmente pelas partes envolvidas, exatamente porque está presente a perspectiva da ineficácia da respectiva lei". (NEVES, 2011, p. 41).

b) **Confirmação de valores sociais de um grupo** – nesse caso, um grupo político quer deixar claro para outro grupo que seus valores são mais relevantes, mais adequados. A "vitória legislativa" do grupo se apresenta como uma verdadeira superioridade da concepção valorativa, sendo secundária a eficácia normativa da lei.

c) **Legislação-álibi –** quando o Estado age com o intuito de demonstrar a sua capacidade de ação diante de problemas sociais que devem ser solucionados. O legislador, então, "procura descarregar-se de pressões políticas ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos" (NEVES, 2011. p. 37).

Neves transpõe o fenômeno da "legislação simbólica" para "constitucionalização simbólica", utilizando-se da teoria do modelo sistêmico de Niklas Luhmann, compreendendo a **Constituição como acoplamento estrutural entre os sistemas do direito e da política**.

O debate acerca da **constituição simbólica** ganha lugar na relação entre norma e realidade constitucional, revelando-se um aspecto negativo e um aspecto positivo. Para apresentá-los, parte-se da síntese elaborada por Bernardo Gonçalves Fernandes (2020, p. 90):

ASPECTOS DA CONSTITUIÇÃO SIMBÓLICA	
ASPECTO NEGATIVO	*Déficit* de concretização jurídico-normativa, o que leva à perda da capacidade da Constituição generalizar expectativas de comportamento.
ASPECTO POSITIVO	Refere-se ao papel ideológico-político, o que faz com que a Constituição se transforme em uma instância reflexiva de um sistema jurídico, aproximando as expectativas sociais e canalizando argumentos em prol da formação de um consenso discursivo. O risco, contudo, é de que a constituição simbólica crie um simulacro de realidade, servindo para encobrir problemas sociais, obstruindo possíveis tomadas de atitudes políticas que levariam a mudanças sociais.

Bernardo Gonçalves Fernandes segue na análise do tema:

> Mas o desgaste do constitucionalismo simbólico, também, acaba servindo para a eclosão de movimentos sociais reformistas. Todavia, novamente, o elemento simbólico também pode revelar outra face, a condução a uma apatia das massas sociais e ao fortalecimento de um cinismo por parte da elite política.
> Ao final, a emergência de um constitucionalismo simbólico acaba por representar sobreposição do sistema político sobre o sistema jurídico.
> Sob tais luzes, a constitucionalização simbólica apresenta-se essencialmente no bloqueio político destrutivo que obstaculizaria a reprodução operacionalmente autônoma do sistema jurídico, acarretando, assim, a perda da relevância normativo-jurídica dos textos constitucionais como elementos de orientação das expectativas normativas.
> [...] o sistema jurídico perderia sua capacidade de gerar seu próprio código. (2020, p. 99, grifos no original).

QUESTÕES DE CONCURSO

(FCC – 2018 – DPE-BA – Defensor Público) A expressão "constitucionalização simbólica" abrange textos constitucionais que sofreram hipertrofia simbólica em suas mutações.

Gabarito: CORRETO.

(CESPE – 2018 – TJ-CE – Juiz Substituto) "A preocupação com a implementação de dispositivos constitucionais e, em particular, de suas promessas sociais, não é central. As controvérsias constitucionais são decididas com base nos códigos da política e conforme conflitos de interesse. Nessa luta, acabam

preponderando os interesses dos grupos mais poderosos, dos denominados “sobrecidadãos”, que conseguem utilizar a Constituição e o Estado em geral como instrumento para satisfazer seus interesses. A juridicidade da Constituição fica comprometida pela corrupção da normatividade jurídica igualitária e impessoal, conforme o binômio legal-ilegal. As controvérsias constitucionais são decididas com base no código do poder.” A concepção de Constituição a respeito do qual o texto precedente discorre denomina-se Constituição Simbólica.

Gabarito: CORRETO.

3.6 Estado Constitucional Cooperativo

O paradigma do “Estado Constitucional Cooperativo” é proposto por Peter Häberle, para superar a ideia de Estado Constitucional Nacional, diante da **necessidade de maior integração entre os povos diversos**. Busca, assim, a **cooperação**, a **abertura**, o **diálogo** entre os Estados, comunidade de Estados e organizações internacionais, estimulando a solidariedade entre eles.

De acordo com Häberle, o Estado Constitucional Cooperativo:

> [...] se coloca no lugar do Estado constitucional nacional. Ele é a resposta jurídico-constitucional à mudança do Direito Internacional de direito de coexistência para o direito de cooperação na comunidade (não mais sociedade) de Estados, cada vez mais imbricada e constituída, e desenvolve com ela e nela ‘o direito comum de cooperação’. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição torna-se internacional! (2007, p. 71).

3.7 Constitucionalismo Popular e Constitucionalismo Popular Mediado

O exercício do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário sofre críticas na teoria constitucional contemporânea, notadamente no âmbito do Direito Constitucional norte-americano.

Questiona-se, assim, a supremacia judicial, ou seja, a consideração de que o Poder Judiciário estaria acima dos demais poderes na condução das interpretações e construções de sentidos para a Constituição.

Afirma-se, com isso, que a interpretação judicial não possui, necessariamente, um peso maior que a interpretação conferida por outros órgãos.

Nestes termos, Mark Tushnet defende a ideia do **constitucionalismo popular,** cujo fim primordial **é limitar a supremacia judicial a partir da ascensão do povo à condição de protagonista na elaboração de sentidos para a Constituição**.

Com isso, o povo deve assumir, de forma ativa e contínua, a interpretação e aplicação do direito constitucional, uma vez que todos possuem a mesma autoridade na sua interpretação.

As propostas de Tushnet são, em sua origem, bastante radicais, chegando a defender o fim do *judicial review* por meio de emenda constitucional.

Registre-se, contudo, que em trabalhos mais recentes o autor vem alterando a sua proposta radical, sugerindo, porém, que o Poder Judiciário seja mais deferente ao Legislativo quando do exercício do *judicial review.*

Outro representante do constitucionalismo popular é Larry Kramer, em versão mais branda que a apresentada por Tushnet. O fim do *judicial review* não é proposto por ele. **Kramer defende o fim do monopólio da palavra final do Poder Judiciário na interpretação constitucional e um maior protagonismo do povo nesta atividade interpretativa.**

Pode-se sintetizar a ideia de Larry Kramer a partir da leitura de Bernardo Gonçalves Fernandes:

> Em análise descritiva, Larry Kramer enfrenta o problema de o porquê deixar sob a responsabilidade de uma minoria não eleita o papel de intérprete final da Constituição. Para tanto, apresenta um panorama histórico que, segundo ele, demonstra que a Constituição dos Estados Unidos foi escrita dentro de um contexto de constitucionalismo popular, de modo que a palavra final sobre ela deveria ficar com o povo, e não com a Suprema Corte. Todavia, em que pese a sociedade norte-americana ter vivido sob o constitucionalismo popular, cuja ascensão ocorrera na primeira metade do século XIX, aos poucos houve a aceitação (passiva) da revisão judicial dos atos, tendo em vista uma leitura do Poder Judiciário como agente do povo e com isso admitindo-se uma intervenção maior dos tribunais sobre questões constitucionais. (2020, p. 227).

Bernardo Gonçalves Fernandes (2020, p. 226) sintetiza, com base em Roberto Gargarella, as características comuns do constitucionalismo popular:

CARACTERÍSTICAS DO CONSTITUCIONALISMO POPULAR
a) Desafiar a supremacia judicial, tirando a Constituição das mãos dos Tribunais;
b) Recuperar e reconhecer a importância e o peso institucional da participação popular;
c) Defender uma interpretação extrajudicial da Constituição;
d) Fomentar uma releitura crítica sobre os efeitos do *judicial review*;
e) Mostrar como a sociedade influi, reconstrói e, às vezes, mina o valor das decisões judiciais;
f) Impulsionar uma maior participação popular nas decisões políticas.

Em síntese, o constitucionalismo popular parte da ideia de que **se a Constituição é do povo, conforme vem expressado no preâmbulo, e a aplicação das normas constitucionais é conduzida também pela participação popular, caberia a ele – povo – fixar o significado dessas normas, e não às Cortes**.

Em crítica ao constitucionalismo popular, Barry Friedman, por sua vez, propõe um **constitucionalismo popular mediado.**

Friedman afirma, a partir de reflexão histórica, que **a interpretação da Suprema Corte dos EUA acaba por refletir a vontade do povo** e a atuação dos tribunais diminui a distância entre a vontade do povo e a decisão exarada pela Corte. A vontade do povo (opinião popular) e o controle de constitucionalidade andam em sintonia, em constante interação, de modo que a atividade do *judicial review* não está livre de influências externas, como da opinião pública dominante, da imprensa, etc. O que importa, para o autor, não é o papel que uma Corte exerce no processo constitucional, mas sim como o povo reagirá às decisões prolatadas, chamando a atenção para um **processo dialógico "decisão judicial – resposta popular – re-decisão".**

Mais uma vez, cita-se brilhante síntese de Bernardo Gonçalves Fernandes, feita sobre Barry Friedman e o constitucionalismo popular mediado:

> Para Barry Friedman, portanto, o controle judicial está, sim, justificado e não é contrário à vontade popular, uma vez que os Tribunais não são deliberadamente separados da sociedade, interagindo com ela, na realidade, por meio de um inevitável diálogo, no qual os cidadãos também interpretam a Constituição. Para ele, o papel que os juízes constitucionais têm dentro do sistema é aquele que lhe foi outorgado pelas pessoas, de tal maneira que seria um erro considerar que eles "tomaram" a Constituição dos cidadãos. E isso não significa que o Judiciário deve sempre expressar a vontade majoritária. Ao contrário: o *judicial review* deve servir para algo além de expressar as preferências populares imediatas,

> sob pena de completa coincidência com a política comum. Os Tribunais teriam o papel de facilitar o diálogo, e o fariam ao sintetizar as visões constitucionais prolatadas pela sociedade, enfocando o debate e organizando as ideias. Ademais, catalisariam o diálogo limítrofe, trazendo à tona questões que de outra forma teriam sido deixadas de fora. (2020, p. 232).

3.8 Constitucionalismo Democrático

A ideia do "Constitucionalismo Democrático" deve-se à Robert Post e Reva Siegel, surgindo como uma "tentativa de superar visões maniqueístas da academia norte-americana centradas em polarizações entre direito e política, constitucionalismo e democracia, supremacia judicial e autogoverno do povo". (FERNANDES, 2020, p. 232).

No contexto de uma sociedade plural e complexa, o protagonismo da interpretação constitucional não deve estar centrado apenas nas Cortes, reconhecendo-se outras instituições do sistema político – governo, movimentos sociais, povo – como partes igualmente legítimas para a construção dos sentidos de constituição.

Decisões legislativas, pronunciamentos da Administração Pública e reivindicações de movimentos sociais são foros igualmente autorizados e relevantes para a realização da interpretação constitucional.

Uma diferença importante entre o constitucionalismo popular e o constitucionalismo democrático é que este assegura um papel relevante ao Poder Judiciário na interpretação constitucional. Explica-se: **diante do pluralismo e da complexidade de situações vivenciadas na sociedade, inevitavelmente surgem profundos desacordos morais que são verdadeiros desafios à deliberação coletiva, recorrendo-se às Cortes com o intuito de dirimir os conflitos. A decisão judicial, contudo, não encerra o debate político, sendo apenas uma solução provisória para a questão.** O Poder Judiciário, então, deve dialogar com as outras instâncias do debate constitucional, possuindo um lugar especial na tradução das demandas populares, mas sem possuir a última palavra.

Assim, **diferentemente do constitucionalismo popular, o constitucionalismo democrático não pretende retirar a Constituição das Cortes.**

O constitucionalismo democrático enxerga o desacordo interpretativo como condição inerente ao desenvolvimento do Direito Constitucional.

A decisão judicial será um passo para a resolução do desacordo moral existente, uma solução para o caso concreto a ele submetido, mas não uma resposta definitiva para a superação da questão.

Isso porque a legitimidade democrática da decisão judicial estará condicionada à aderência da sociedade ao sentido interpretativo conferido pelo Poder Judiciário. Ou seja, **o constitucionalismo democrático aprecia o papel essencial que o engajamento público desempenha na construção e legitimação das instituições e práticas do *"judicial review"*.**

Dito que a decisão judicial não encerra o debate político acerca dos desacordos morais a ele submetidos, deve-se reconhecer que há, em verdade, a ampliação e elevação dos parâmetros de discussão a partir de um novo ciclo hermenêutico de debates, no qual se destaca o aludido engajamento público. Este desempenha um relevante papel na legitimação das decisões das Cortes, em que as razões técnicas jurídicas postas no caso concreto terão adesão social se os seus fundamentos estiverem enraizados em valores e ideais populares.

Post e Siegel sintetizam:

> O constitucionalismo democrático assegura tanto o papel dos representantes do povo e da cidadania mobilizada no cumprimento da Constituição, como o papel dos tribunais no exercício de sua função de intérprete. Ao contrário do constitucionalismo popular, o constitucionalismo democrático não procura retirar a Constituição dos tribunais, reconhecendo o papel essencial das Cortes em fazer valer os direitos constitucionalmente previstos. Ao contrário da perspectiva de foco juricêntrico, o constitucionalismo democrático enaltece o papel extremamente relevante que o engajamento público desempenha na orientação e legitimação das instituições no processo de revisão judicial. Os julgamentos constitucionais baseados em razões jurídicas técnicas adquirem legitimidade democrática se os motivos técnicos da decisão estiverem enraizados em valores e ideais populares. O constitucionalismo democrático observa que a adjudicação está inserida em uma ordem constitucional que convida regularmente ao intercâmbio entre julgadores e cidadãos sobre questões de significado constitucional. (2013, p. 9)

QUESTÃO DE CONCURSO

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

Gabarito: CORRETO.

As Cortes não estão alheias às circunstâncias políticas nas quais estão inseridas, e sim em constante diálogo com elas, devendo estar abertas aos argumentos expostos em forma de reivindicações populares e reações aos seus pronunciamentos.

Há uma constante tensão sobre os desacordos morais, devendo-se privilegiar a deliberação coletiva para a construção de sentidos que melhor atendam aos projetos constitucionais.

Mas, questiona-se: **se a Corte é apenas mais um ator ao lado de outros atores, se a decisão judicial é uma resposta apenas provisória para um desacordo moral e depende da adesão social para que seja legitimada, o que ocorre quando o "direito das Cortes" contraria a interpretação constitucional dos membros não judiciais? Como os cidadãos podem rechaçá-las?**

Aqui, há duas possibilidades:

- a) o ***overruling,*** que pode ocorrer quando os cidadãos pressionam seus representantes políticos para a proposição de emendas constitucionais que superem a interpretação judicial;
- b) o ***backlash,*** que é uma prática de contestação de normas por meio da qual o povo busca influenciar o conteúdo do Direito Constitucional.

ATENÇÃO

O efeito *backlash* é uma reação conservadora da sociedade ou das forças políticas que o integram diante de uma decisão liberal proferida pelo Poder Judiciário, uma vez que a consciência social ainda não está bem consolidada sobre aquela solução apontada para o desacordo moral.

O constitucionalismo democrático acomoda a tensão existente, preserva o respeito à Constituição e aceita como natural e até mesmo positiva essa controvérsia e a reação apresentada.

3.9 Constitucionalismo Latino-Americano

Inicialmente identificado por Roberto Viciano Pastor e Rubén Martinez Dalmau, o **novo constitucionalismo latino-americano** (ou **constitucionalismo andino** ou **indígena**) é **fruto de reivindicações populares** cujo objetivo principal é buscar uma maior legitimidade democrática da Constituição, garantindo-se a **participação política de grupos alijados dos centros decisórios estatais.**

Mudanças constitucionais na América do Sul sinalizaram para uma **ruptura paradigmática** de modelos anteriormente vigentes.

Ora, **o século XIX é marcado por um constitucionalismo liberal monista**, no qual a ideia de pluralismo jurídico não era admitida pela ideologia do Estado-nação, excluindo-se povos originários, afrodescendentes, mulheres e minorias em geral.

Já no século XX, está-se diante do constitucionalismo social-integracionista, marcado pelas Constituições do México (1917) e de Weimar (1919), com o reconhecimento de direitos sociais, definição de modelos de integração dos índios com o Estado e o mercado, sem romper, contudo, com a ideia de Estado-nação e o monismo jurídico.

A proposição de um **constitucionalismo pluralista** é bem delimitada por Raquel Yrigoyen Fajardo (2011, pp. 139-160), constitucionalista peruana, que elenca **três ciclos constitucionais**:

CICLOS DO CONSTITUCIONALISMO PLURALISTA	
1º CICLO MULTICULTURAL	**CARACTERÍSTICAS:** introduz o direito à identidade cultural, protege direitos dos povos indígenas e dos povos afrodescendentes, com a previsão e proteção, inclusive, de outras línguas, além das oficialmente reconhecidas; **PAÍSES:** Canadá (1982); Guatemala (1985); Nicarágua (1987); Brasil (1988); **DOCUMENTOS NORMATIVOS INTERNACIONAIS** – Revisão da Convenção 107/OIT;
2º CICLO PLURICULTURAL	**CARACTERÍSTICAS:** há um reconhecimento da identidade cultural introduzida no primeiro ciclo, com o desenvolvimento dos conceitos de nação multiétnica e estado plurinacional; reconhece o pluralismo jurídico, os novos direitos dos povos indígenas e afrodescendentes, a jurisdição indígena; **PAÍSES**: Colômbia (1991); México (1992); Paraguai (1992); Peru (1993); Bolívia (1994); Argentina (1994); Equador (1996/1998); Venezuela (1999); **DOCUMENTOS NORMATIVOS INTERNACIONAIS:** Convenção 169 da OIT, sobre Povos Indígenas e Tribais;
3º CICLO PLURINACIONAL	**CARACTERÍSTICAS**: os povos indígenas demandam o reconhecimento como nações originárias ou sujeitos políticos coletivos com direito a participar nos novos pactos do Estado, formando um verdadeiro Estado Plurinacional; previsão da jurisdição indígena e meios de democracia direta; **PAÍSES**: Equador (2008) e Bolívia (2009); **DOCUMENTOS NORMATIVOS INTERNACIONAIS**: Aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas (2007).

3.10 Constitucionalismo Abusivo

A noção de Constitucionalismo Abusivo remonta a David Landau (2013, pp. 139-160), que o define como a utilização de institutos de origem democrática para corroer o espaço do pluralismo em um determinado país. Tem-se, nesse contexto, a **utilização de mecanismos constitucionais para o enfraquecimento da democracia**.

Landau analisa experiências de países como Venezuela e Colômbia para identificar o uso de emendas constitucionais ou até mesmo a substituição da Constituição vigente por uma nova, observando-se os limites estabelecidos, porém visando enfraquecer a democracia. Deve-se observar que não se trata, nesse caso, do uso da força, como observado em diversos golpes militares, nos quais a ruptura constitucional era evidente, mas sim de mudanças sutis efetuadas no regime político-constitucional, tornando-o menos democrático.

Assim, por exemplo, "presidentes autoritários e partidos fortes eleitos em eleições válidas e democráticas podem promover mudanças constitucionais para torná-los muito difíceis de substituir e de serem controlados pelos outros poderes" (FERNANDES, 2020, p. 91).

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE

O Ministro do STF LUÍS ROBERTO BARROSO proferiu interessante voto em sede de julgamento de medida cautelar na ADPF 622, que apreciava o Decreto Presidencial n.º 10.003/2019, o qual alterou as regras sobre a constituição e o funcionamento do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA. No seu voto, destaca-se o seguinte trecho:

I. CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO, LEGALISMO AUTOCRÁTICO E DEMOCRACIA ILIBERAL

12. O constitucionalismo e as democracias ocidentais têm se deparado com um fenômeno razoavelmente novo: os retrocessos democráticos, no mundo atual, não decorrem mais de golpes de estado com o uso das armas. Ao contrário, **as maiores ameaças à democracia e ao constitucionalismo são resultados de alterações normativas pontuais, aparentemente válidas do ponto de vista formal**, que, se examinadas isoladamente, deixam dúvidas quanto à sua inconstitucionalidade. Porém, em seu conjunto, expressam a adoção de medidas que vão progressivamente corroendo a tutela de direitos e o regime democrático.

13. Esse fenômeno tem recebido, na ordem internacional, diversas denominações, entre as quais: **"constitucionalismo abusivo", "legalismo autocrático" e "democracia iliberal". Todos esses conceitos aludem a experiências estrangeiras que têm em comum a atuação de líderes carismáticos, eleitos pelo voto popular, que, uma vez no poder, modificam o ordenamento jurídico, com o propósito de assegurar a sua permanência no poder.** O modo de atuar de tais líderes abrange: (i) a tentativa de esvaziamento ou enfraquecimento dos demais Poderes, sempre que não compactuem com seus propósitos, com ataques ao Congresso Nacional e às cortes; (ii) o desmonte ou a captura de órgãos ou instituições de controle, como conselhos, agências reguladoras, instituições de combate à corrupção, Ministério Público, etc.; (iii) o combate a organizações da sociedade civil, que atuem em prol da defesa de direitos no espaço público; (iv) a rejeição a discursos protetivos de direitos fundamentais, sobretudo no que respeita a grupos minoritários e vulneráveis – como negros, mulheres, população LGBTI e indígenas; (v) o ataque à imprensa, sempre que leve ao público informações incômodas para o governo.

14. A lógica de tal modo de atuar está em excluir do espaço público todo e qualquer ator que possa criticar, limitar ou dividir poder com o líder autocrático, em momento presente ou futuro, de forma a assegurar seu progressivo empoderamento e permanência no cargo. Experiências de tal gênero estão ou estiveram presentes na Hungria, na Polônia, na Romênia e na Venezuela. **O resultado final de tal processo tende a ser**

a migração de um regime democrático para um regime autoritário, ainda que se preserve a realização formal de eleições.

15. Embora não me pareça ser o caso de falar em risco democrático no que respeita ao Brasil, cujas instituições amadureceram ao longo das décadas e se encontram em pleno funcionamento, é sempre válido atuar com cautela e aprender com a experiência de outras nações. Nessa linha, as cortes constitucionais e supremas cortes devem estar atentas a alterações normativas que, a pretexto de dar cumprimento à Constituição, em verdade se inserem em uma estratégia mais ampla de concentração de poderes, violação a direitos e retrocesso democrático. ([1]ADPF 622 MC/DF).

3.11 Constitucionalismo Whig ou Termidoriano/Girondino

Por Constitucionalismo Whig ou Termidoriano compreende-se o **processo de mudança de regime político-constitucional lento, conservador, reacionário,** e não de forma radical ou revolucionária.

As expressões Whig e Termidoriano devem ser compreendidas a partir de um contexto histórico específico.

A expressão "whig" tem origem inglesa. O Partido Whig representava as ideais liberais do Reino Unido e lutava a favor de um regime parlamentar e protestante. Os Whigs desempenharam um papel fundamental na Revolução Gloriosa (1688), com a imposição de limites aos poderes da Monarquia.

A expressão "termidoriano", de origem francesa, advém de Termidor, décimo primeiro mês do calendário revolucionário francês. Foi em 9 de Termidor (no calendário revolucionário) que ocorreu um golpe que derrubou o governo Jacobino e Robespierre, e uma nova Convenção, agora moderada, girondina, elaborou a Constituição de 1795, impondo-se um constitucionalismo de caráter conservador e reacionário.

Assim, **tanto o constitucionalismo whig inglês, quanto o constitucionalismo termidoriano francês podem ser vistos como desvios elitistas e conservadores de mudanças políticas.**

QUESTÃO DE CONCURSO

(**PGR – 2008 – PGR – Procurador da República)** O constitucionalismo whig (ou termidoriano) defende mudanças constitucionais bruscas ou revolucionárias.

Gabarito: INCORRETO.

Resolução: Conforme visto acima, por Constitucionalismo Whig ou Termidoriano compreende-se o processo de mudança de regime político-constitucional de forma lenta, conservadora, reacionária, e não de forma radical ou revolucionária.

3.12 *Crowdsourced Constitution*

O *crowdsourced constitution* pode ser identificado como um fenômeno de implementação da participação popular por meio da internet (*crowdsourcing*) em um processo constituinte.

Disponível em:

[1] https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5774611

O fenômeno foi identificado de forma pioneira na Islândia, onde um pequeno grupo representativo de parte da população, descontente com os rumos econômicos do país, realizou uma conferência intitulando-se Assembleia Nacional. Nesta assembleia, questionou-se a legitimidade dos governantes e apontou-se a necessidade de uma nova Constituição para o país, com a eleição, em 27/10/2010, de integrantes para a Assembleia Nacional Constituinte.

Com a definição de um "Conselho Constitucional" para a elaboração de um projeto de Constituição e após intensos debates com transmissões ao vivo e possibilidade de participação por meio de redes sociais, foi encaminhado um projeto final ao Parlamento, em 29/07/2011. Preliminarmente à deliberação parlamentar, havia previsão de análise do documento por referendo popular, sem caráter vinculativo, que ocorreu em 20/10/2012, com a participação de quase metade dos eleitores, dos quais 73% reconheceram o documento como a nova Constituição do país. O Parlamento, contudo, não aprovou o documento.

Embora a tentativa não tenha obtido êxito na Islândia, deve-se chamar atenção para as **novas formas de participação popular nos projetos de governo a partir das ferramentas tecnológicas**, em diversos países.

Movimento similar, por exemplo, ocorreu na Inglaterra, acerca da decisão quanto à adoção de uma Constituição específica escrita, estimulando-se a participação popular por meio das redes sociais (*crowdsourced*).

No Brasil, algumas experiências de fortalecimento da participação popular por meio da Internet vêm sendo observadas, como o Portal "E-democracia" da Câmara dos Deputados e o Portal "E-Cidadania", do Senado Federal. Trata-se, assim, de um fenômeno crescente e que merece a atenção!

3.13 Constitucionalismo Ecológico *(Environmental Constitucionalism)*

A ideia do Constitucionalismo Ecológico é apresentado por José Adércio Leite Sampaio (2016).

O autor afirma que as questões relacionadas ao meio ambiente ingressaram nas Constituições apenas ao final do século XX, mas que, desde então, passaram por um rápido processo de universalização e densificação normativa.

O autor inicia as suas ideias afirmando o que segue:

> Quando foi aprovada a Declaração de Estocolmo, em 1972, raras eram as Constituições que tratavam do tema ambiental. Desde então, é notável o crescimento da afirmação constitucional do tema na forma de um dever geral de tutela, mas sobretudo como um novo direito fundamental. Se, em alguns países, as cortes se têm valido de uma interpretação mais ou menos criativa para extraí-lo de um texto silente, cada vez mais, mais esse silêncio é substituído pelo reconhecimento expresso. Calcula-se que, hoje, pelo menos, cento e cinquenta Constituições versem sobre a questão ambiental, entre as quais, noventa e duas, no mínimo, fazem-no por meio da afirmação de um direito ao meio ambiente equilibrado (BOYD, 2015a, p. 172), sendo, da safra dos novos direitos fundamentais, o que mais foi reconhecido constitucionalmente nos últimos quarenta anos (LAW; VERSTEEG, 2011, p. 1200-1201). Esse fenômeno é chamado de diversas formas — e de acordo com a ênfase que se dê — como "constitucionalismo ambiental", "verde", "ecológico" ou, em sua expressão universalizante, como "mundialização" ou "globalização" do constitucionalismo "ambiental", "verde", "ecológico" ou, ainda, "constitucionalismo ambiental global", "a representar a convergência do direito constitucional, do direito internacional, dos direitos humanos e do direito ambiental" (MAY; DALY, 2015, p. 1).
> As primeiras manifestações constitucionais sobre a questão ambiental tinham um caráter mais programático tanto na forma de um dever genérico de proteção de aspectos particulares do meio ambiente como o patrimônio histórico e cultural ou do patrimônio e recursos naturais como, de modo mais abrangente, da própria natureza. A viragem dos anos

> 1970 e 1980 passou a assistir a uma redefinição desse quadro, por meio da afirmação de um direito ao meio ambiente não poluído, livre de contaminação, adequado, sadio, equilibrado, conforme as diferentes dicções constitucionais, tanto pela reinterpretação do mero dever de proteção, imposto, primariamente ao legislador, a quem cabia definir-lhe o conteúdo ou modo de exercício, quanto do próprio reconhecimento de um direito em sentido subjetivo e de aplicação direta pelas cortes (VERNET; JARIA, 2007, p. 526).
> Um terceiro ciclo das Constituições ecológicas (ou ambientais), consagrador de um "constitucionalismo verde profundo", estaria a definir-se com a proclamação de "direitos ambientais pós-humanos" ou "direitos ambientais stricto senso"[3]. O prenúncio estaria nas referências de um "direito da natureza" nas Constituições de alguns países, todavia, radicalizado por uma guinada ecocêntrica no final da primeira década do século atual. Nessa nova fase, haveria um vero "direito da natureza", superador do mero "direito à natureza", atribuindo-se titularidade ou mesmo subjetividade ora à "comunidade da Terra", à "Gaia" em sua inteireza; ora a seres não humanos, animais especialmente.

Sampaio Leite, apresenta, dessa forma, **três ciclos do constitucionalismo ecológico**: um primeiro ciclo constitucional de enunciações programáticas, em que é sinalizada a intenção de proteção ambiental; um segundo ciclo constitucional, antropocêntrico, em que é estabelecido o direito à natureza; e um terceiro ciclo constitucional, biocêntrico, em que se afirma o direito da natureza.

Com base no autor, apresenta-se a síntese dos ciclos:

CICLOS DO CONSTITUCIONALISMO ECOLÓGICO	
1.º CICLO EMBRIONÁRIO	Trata-se do **ciclo constitucional de enunciações programáticas**, em que era sinalizada a intenção de proteção ambiental. A grande precursora dessa fase foi a Constituição da Itália, embora se trata apenas do patrimônio histórico e cultural. Desenhava-se no horizonte a ideia de fraternidade ou solidariedade que inspiraria a defesa de um direito ao meio ambiente que contemplasse, além dos aspectos naturais, também uma dimensão cultural. O autor afirma que o processo de universalização do constitucionalismo do ambiente se inicia mais claramente nos anos setenta do século XX, destacando países como Suíça, Bulgária, Polônia, Cuba, etc.
2.º CICLO ANTROPOCÊNTRICO	No constitucionalismo ecológico antropocêntrico **a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado deixa de ser um mero dever estatal, passando a ser um direito de todo indivíduo. É o direito à natureza.** Sampaio Leite sinaliza que a Constituição Portuguesa de 1976 pode ser apontada como o primeiro grande marco da nova fase de positivação, ao proclamar, no art. 66.1, que "todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender", além de estabelecer outras obrigações. O direito à natureza passou a ser afirmado ou interpretado principalmente em sentido objetivo como dever do Estado, tanto na forma de uma tarefa ou dever estatal, quanto de um princípio ou diretriz de ordem pública ou constitucional, em qualquer caso, sob a reserva de lei. Mas Sampaio Leite alerta que "a literalidade dos textos ou a interpretação criativa logo o trataram também como poderes ou direitos subjetivos, que poderiam ser reivindicados judicialmente". O autor destaca que, na evolução desse ciclo constitucional, sobretudo a partir dos anos 1990, a linguagem conceitual passou a incorporar as ideias de

	"desenvolvimento sustentável" e o princípio da "equidade intergeracional", o que reforça o viés antropocêntrico e econômico da proteção do meio ambiente. Trabalha-se a ideia de proteção do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, consagrando-se o princípio da solidariedade intergeracional.
3º CICLO **BIOCÊNTRICO**	Enquando o ciclo anterior realça o direito à natureza, **o terceiro ciclo constitucional destaca o direito da natureza, afirmando-se, conforme o autor, não mais um mero direito fundamental à natureza em seu equilíbrio ou integridade, funcionalizado às necessidades humanas, mas um direito da natureza à sua própria existência.** Neste ciclo ganha espaço, por exemplo, a "teoria da pachamamma", a qual reconhece a mãe natureza (gaia) como sujeito de direitos, destacando-se as Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009), dentro do chamado "constitucionalismo andino" ou "neoconstitucionalismo transformador", que teria incorporado a cosmovisão dos povos ancestrais, de suas práticas de convivência e compreensão do entorno, expressos em dois eixos de ressignificado existencial, o *Sumak kawsay* ou bom viver e a *Pachamama* ou Mãe Terra ou Natureza.

ATENÇÃO

Sobre o princípio da solidariedade intergeracional, importante diferenciar a solidariedade sincrônica e diacrônica.

A **solidariedade sincrônica** fomenta as relações de cooperação com as gerações presentes.

A **solidariedade diacrônica** estabelece o dever de preservação e defesa do meio ambiente para as futuras gerações.

3.14 Constitucionalismo Autoritário *(Authoritarian Constitucionalism)*

O Constitucionalismo Autoritário é trabalhado por Mark Tushnet como um sistema de governo que realiza, em certa medida, eleições livres e justas, permeado, contudo, por um grau moderado de repressão e imposição de limites à liberdade pessoal.

A análise de uma Constituição permeada de autoritarismo, conforme o autor, revela características específicas de funcionamento de algumas sociedades. No caso, Tushnet se debruçou sobre o regime político contemporâneo de Singapura, demonstrando o papel exercido pelo direito autoritário em um país que experimentou, nas últimas décadas, um relevante desenvolvimento econômico associado ao aumento da qualidade de vida.

Tushnet lista sete características de um regime que vive sob a forma de um constitucionalismo autoritário, sendo elas:

1) controle do regime por um partido político dominante, responsável pela tomada das decisões de políticas públicas;

2) possibilidade de imposição de sanções aos oponentes políticos, embora não haja prisões arbitrárias destes oponentes;

3) possibilidade de discussão e crítica aberta às políticas de governo;

4) existência de eleições razoavelmente livres e justas, com a criação de listas partidárias e sorteio de distritos eleitorais que garanta uma prevalência ao regime, com possibilidade, até mesmo, de intimidação física e fraude;

5) sensibilidade à opinião pública, com possibilidade de alteração ocasional da direção da política a ser adotada;

6) desenvolvimento de instrumentos que garantam que o dissenso não supere o esperado;

7) razoável independência dos tribunais, que aplicam regras básicas razoavelmente bem.

No Constitucionalismo Autoritário verifica-se, assim, uma espécie de constitucionalismo situado entre o autoritarismo e o constitucionalismo liberal. Assemelha-se com a ideia de democracia iliberal (de baixa intensidade), com pequenas demonstrações de autoritarismo por parte dos governantes.

Sintetizando a ideia, Flávio Martins, ao fazer expressa menção à Tushnet e ao constitucionalista mexicano Roberto Niembro, afirma:

> A expressão "constitucionalismo autoritário" foi criada pelo professor de Direito Constitucional de Havard Mark Tushnet, segundo o qual seria um modelo normativo intermediário entre o constitucionalismo liberal e o autoritarismo, que denota compromissos apenas moderados com o constitucionalismo. Nas palavras do constitucionalista mexicano Roberto Niembro: o constitucionalismo autoritário não significa um regime distinto, mas uma forma sofisticada de exercer o poder por elites governantes que têm uma mentalidade autoritária em Estados cujo desenvolvimento democrático é precário. (2020, p. 118).

3.15 Constitucionalismo Digital

O Constitucionalismo Digital é expressão que vem ganhando força na doutrina constitucional contemporânea, notadamente a partir de artigo publicado por Gilmar Ferreira Mendes, em coautoria com Victor Oliveira Fernandes, denominado "Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro".

Os autores iniciam explanando a noção do que se entende pela expressão "Constitucionalismo Digital":

> A expressão "Constitucionalismo Digital foi utilizada nos estudos iniciais sobre o tema para se referir a um movimento constitucional de defesa da limitação do poder privado de atores da internet, em oposição à ideia de limitação do poder político estatal. Em trabalhos mais recente, porém, a terminologia passou a ser utilizada como um guarda-chuva que abrange as mais diversas iniciativas jurídicas e políticas, estatais e não-estatais, voltadas à afirmação de direitos fundamentais na internet. Neste último sentido, portanto, seria possível estabelecer uma relação de equivalência entre a ideia de "Constitucionalismo Digital" e a noção de "declarações de direitos fundamentais na internet (*Internet Bill of RightsI).*
> Para os fins do presente estudo, entende-se que **o Constitucionalismo Digital corresponde, de forma ainda mais abstrata, a uma corrente teórica do Direito Constitucional Contemporâneo que se organiza a partir de prescrições normativas comuns de reconhecimento, afirmação e proteção de direitos fundamentais no ciberespaço (...) uma verdadeira ideologia constitucional que se estrutura em um quadro normativo de proteção dos direitos fundamentais e de reequilíbrio de poderes na governança do ambiente digital** (p. 4-5).

Um ponto a ser realçado no estudo do tema é a relação ambivalente existente entre a internet e a teoria constitucional dos direitos fundamentais: de um lado, a internet emerge como um instrumento social

de realização dos objetivos do constitucionalismo, especialmente o controle e a regulação do poder político; por outro, ela exige novas conformações protetivas de direitos fundamentais em jogo nos ambientes digitais.

Neste contexto, Gilmar Mendes e Victor Fernandes realçam:

> Esses mesmos avanços tecnológicos que proporcionam novas possibilidades de concretização de direitos fundamentais, todavia, também suscitam novos riscos de violação. No que se refere aos direitos de liberdade de expressão, a ampliação dos espaços digitais de manifestação pública torna a internet um campo fértil para diversas formas de abusos, o que pode ser percebido na disseminação de discursos odiosos, *"cyberbullying"*, pornografia infantil e mesmo na difusão em massa de notícias falsas (*fake news*).
> Além disso, considerando que os espaços digitais em geral são controlados por agentes econômicos dotados de alta capacidade de coleta, armazenamento e processamento de dados pessoais a intensificação do fluxo comunicacional na internet aumenta as possibilidades de violação de direitos de personalidade e de privacidade (p. 6-7).

O texto realça, inclusive, o papel da jurisdição constitucional no âmbito do que vem sendo chamado de constitucionalismo digital. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, tem importantes decisões relacionadas à proteção dos direitos fundamentais no âmbito da internet, a exemplo da decisão do Ministro Alexandre de Moraes no bloqueio do Telegram, uma vez que a empresa operava no Brasil sem qualquer tipo de representação, sede ou subsede, além de outros temas pendentes de julgamento.

Gilmar Mendes e Victor Andrade sustentam que **a jurisdição constitucional tem duas funções no âmbito do constitucionalismo digital: a) a redefinição da perspectiva tradicional da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a partir de uma perspectiva de institucionalização social de proteção da liberdade de expressão, e; b) a abertura do controle de constitucionalidade à compreensão da re-territorialização da internet pelos estados Nacionais, a partir da edição de leis que garantam o poder de os Tribunais exigirem dos provedores de internet dados de comunicação armazenados em países estrangeiros.**

3.16 Constitucionalismo Teocrático *(Theocratic Constitucionalism)*

O Constitucionalismo Teocrático representa a interrelação entre o Direito Constitucional e os preceitos religiosos, sendo que há, comumente, a adoção de uma religião oficial e de normas religiosas como fontes do Direito e métodos de interpretação judicial.

Segundo Ran Hirschil, principal expoente, "ao longo das últimas décadas, princípios de governança teocrática ganharam enorme apoio na opinião pública em todo o mundo. A revolução liderada pelos Khomeini no Irã é talvez a manifestação por excelência desta tendência ampla".

O autor elenca quatro elementos principais do constitucionalismo teocrático:

1) Adesão a elementos centrais do constitucionalismo moderno, com formal distinção entre autoridade política e autoridade religiosa, e a existência de uma forma de revisão judicial ativa;

2) presença de uma única religião, formalmente aprovada como a religião oficial pelo Estado;

3) consagração constitucional da religião, seus textos e interpretações como a fonte fundamental da legislação e interpretação judicial das leis;

4) existência de organismos religiosos e tribunais com status oficial, atuando como um sistema de jurisdição civil.

De acordo com Flávio Martins:

> Diferente de um Estado Teocrático "puro", em que o líder religioso supremo também é o líder político (por exemplo, no Vaticano), no Constitucionalismo Teocrático existe uma diferença entre a liderança política e a autoridade religiosa. Princípio como a separação dos poderes são constitucionalmente consagrados. Não obstante, no Constitucionalismo Teocrático é comum apoiar ativamente uma religião oficial, uma única denominação. Outrossim, as leis religiosas costumam ser consagradas como a princal fonte de toda a legislação e dos métodos de interpretação judicial. E não é só isso: além de prever uma religião oficial única, nas teocracias constitucionais, nenhuma lei pode ser promulgada se for contrária aos preceitos religiosos. Para operacionalizar a análise da validade, autoridades e organismos religiosos cooperam como tribunais civis, por meio de suas decisões que, embora simbólicas, têm um peso notável, desempenhando papel significativo na vida pública (2019, p. 117-118).

3.17 Panconstitucionalismo

O panconstitucionalismo (ou fenômeno da panconstitucionalização) refere-se à excessiva constitucionalização das matérias pela Constituição de um país.

Daniel Sarmento (2009) afirma que a panconstitucionalização do Direito, em detrimento da autonomia pública do cidadão e da autonomia privada do indivíduo, é uma possível crítica que pode ser levantada contra o neoconstitucionalismo. O autor apresenta a seguinte ideia:

> A constitucionalização do Direito de que cogita o neoconstitucionalismo não é aquela que resulta do caráter excessivamente analítico da Constituição, e leva ao entricheiramento de meras opções conjunturais do constituinte originário ou derivado, despidas de maior importância ou dignidade. Este é um fenômeno característico da Carta de 88, que se excedeu no casuísmo e nos detalhes, elevando ao seu texto meros interesses corporativos ou decisões de momento, sem fôlego para perdurarem no tempo. A constitucionalização louvada e defendida pelo neoconstitucionalismo é aquela que parte uma interpretação extensiva e irradiante dos direitos fundamentais e dos princípios mais importantes da ordem constitucional. Aqui, contudo, pode-se discutir até que ponto o fenômeno é legítimo. Poucos discordarão, pelos menos no Brasil, de que alguma constitucionalização do Direito é positiva e bem-vinda, por semear o ordenamento com os valores humanitários da Constituição. Porém, pode-se objetar contra as teses extremadas sobre este processo, que acabam amputando em demasia o espaço de liberdade do legislador, em detrimento da democracia.
> Com efeito, **quem defende que tudo ou quase tudo já está decidido pela Constituição, e que o legislador é um mero executor das medidas já impostas pelo constituinte, nega, por consequência, a autonomia política ao povo para, em casa momento de sua história, realizar as suas próprias escolhas. O excesso de constitucionalização do Direito reveste-se, portanto, de um viés antidemocrático (p. 18).**

Diante da panconstitucionalização, verifica-se que a liberdade de conformação do legislador infraconstitucional é bastante reduzido.

Uma das justificativas do fenômeno na Constituição de 1988 foi a desconfiança gerada em um período de redemocratização, em que o regime militar deixou marcas profundas na sociedade civil, entendendo por bem a Assembleia Nacional Constituinte entrincheirar no texto constitucional temas diversos, para protegê-los de eventuais mudanças casuísticas.

Por outro lado, o panconstitucionalismo asfixia a liberdade de atuação do legislador, provocando o engessamento de diversos temas, bem como uma judicialização excessiva de temas que não necessariamente deveriam ser discutidos no âmbito do STF, o que justifica a criação de medidas de contenção e filtros diversos, por exemplo, o instituto da repercussão geral e a súmula vinculante. Importante

destacar ainda, desta feita, no âmbito do STF, a recente criação da arguição de relevância da questão federal, incluída pela Emenda Constitucional n.º 125/2022.

3.18 Constitucionalismo Multinível

O Constitucionalismo Multinível tem suas bases enraizadas na Europa, a partir da perspectiva de um direito comunitário atualmente vigente na União Europeia.

A partir dos estudos sobre os processos de integração da comunidade europeia, Ingolf Pernice desenvolveu o termo, destacando a existência de uma Constituição em nível supranacional em um patamar comunitário superior, mantendo-se, contudo, as Constituição nacionais. Aponta-se, assim, para a estatalidade aberta e pluralidade de ordens e autoridades constitucionais.

Na proposta do constitucionalismo multinível, **há a cessão por parte dos países de uma parcela de sua soberania em troca de uma ordem supraestatal, sendo que a integração comunitária ocasionaria uma mutação constitucional progressiva com o fim de consolidar um Sistema Constitucional Multinível.**

O Constitucionalismo Multinível de Ingolf Pernice possui cinco elementos básicos:

a) conceito pós-nacional de Constituição – uma vez que os Estados são cada vez mais incapazes de cumprir alguns objetivos, como a garantia de paz e bem-estar, as demandas pós-nacionais requerem estruturas supranacionais e internacionais, que funcionem como instrumentos complementares aos existentes a nível nacional;

b) o processo constituinte europeu como processo conduzido pelos cidadãos – fundamentados nas cláusulas de integração, condições e procedimentos estabelecidos nas Constituições nacionais, os cidadãos europeus têm elaborado e adotado os tratados europeus como a expressão da vontade comum; desenvolvimento instituições supranacionais adicionais, com competências específicas. Defende-se a existência de uma nova camada constitucional, com o intuito de fazer frente aos desafios supranacionais de interesse comum. A legitimidade dessa camada constitucional complementar advém diretamente dos cidadãos da União Europeia;

c) a Constituição da União Europeia e as Constituições Nacionais – a despeito da legitimidade advir diretamente da vontade dos cidadãos, defende-se a interdependência entre a Constituição da União Europeia e as Constituições Nacionais, de modo que elas não podem ser compreendidas e interpretadas isoladas umas das outras;

d) as múltiplas identidades dos cidadãos da União Europeia – por conta da integração europeia, verifica-se a existência de múltiplas identidades dos cidadãos da União Europeia, iguais em direitos e obrigações, nos termos dos tratados e das legislações europeias, tais como a liberdade de mercado e de não discriminação em qualquer Estado em que residam;

e) A União Europeia como a União de cidadãos europeus – a União Europeia também extrai a sua legitimidade dos cidadãos europeus, apresentando-se como parte do sistema constitucional e político para fazer frente aos desafios da mundialização.

Na América Latina, trata-se de fenômeno ainda incipiente.

Em relação ao Brasil, verifica-se um possível diálogo com a ideia do constitucionalismo multinível a partir da ratificação da Convenção da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Frise-se, contudo, que o tema ainda é incipiente também no Brasil.

3.19 Constitucionalismo Feminista *(Feminist Constitucionalism)*

A expressão Constitucionalismo Feminista vem sendo utilizada em diversos países em prol da defesa da perspectiva de gênero como um método integral que destaca aspectos e argumentos tradicionalmente excluídos dos debates do Direito Constitucional contemporâneo.

De acordo com Estefânia Barboza e Larissa Tomazoni:

> O Direito Constitucional Feminista (ou Direito Constitucional a partir de uma perspectiva de gênero) é resultado do pensamento crítico feminista que vem modificando o mundo político-jurídico e construindo novos conceitos a partir das noções de poder, justiça, liberdade e recontextualizado a igualdade no Estado Constitucional para formular propostas concretas e corrigir as injustiças baseadas na dinâmica de dominação/subordinação entre homens e mulheres que acarretam a negativa ao acesso das mulheres ao espaço público.

Complementando o tema, Christine Peter (2018):

> O constitucionalismo feminista, como meio de possibilidade da hermenêutica feminista de compreender e interpretar o Direito e a Constituição, do lugar de fala do feminino, em toda a sua mais ampla acepção, consiste em: identificar e desafiar os elementos da dogmática jurídica que discriminam por gênero, raciocionar a partir de um referencial teórico segundo o qual as normas jurídicas e constitucionais são respostas pragmáticas para dilemas concretos das mulheres reais, mais do que escolhas estáticas entre sujeitos opostos ou pensamentos divergentes.

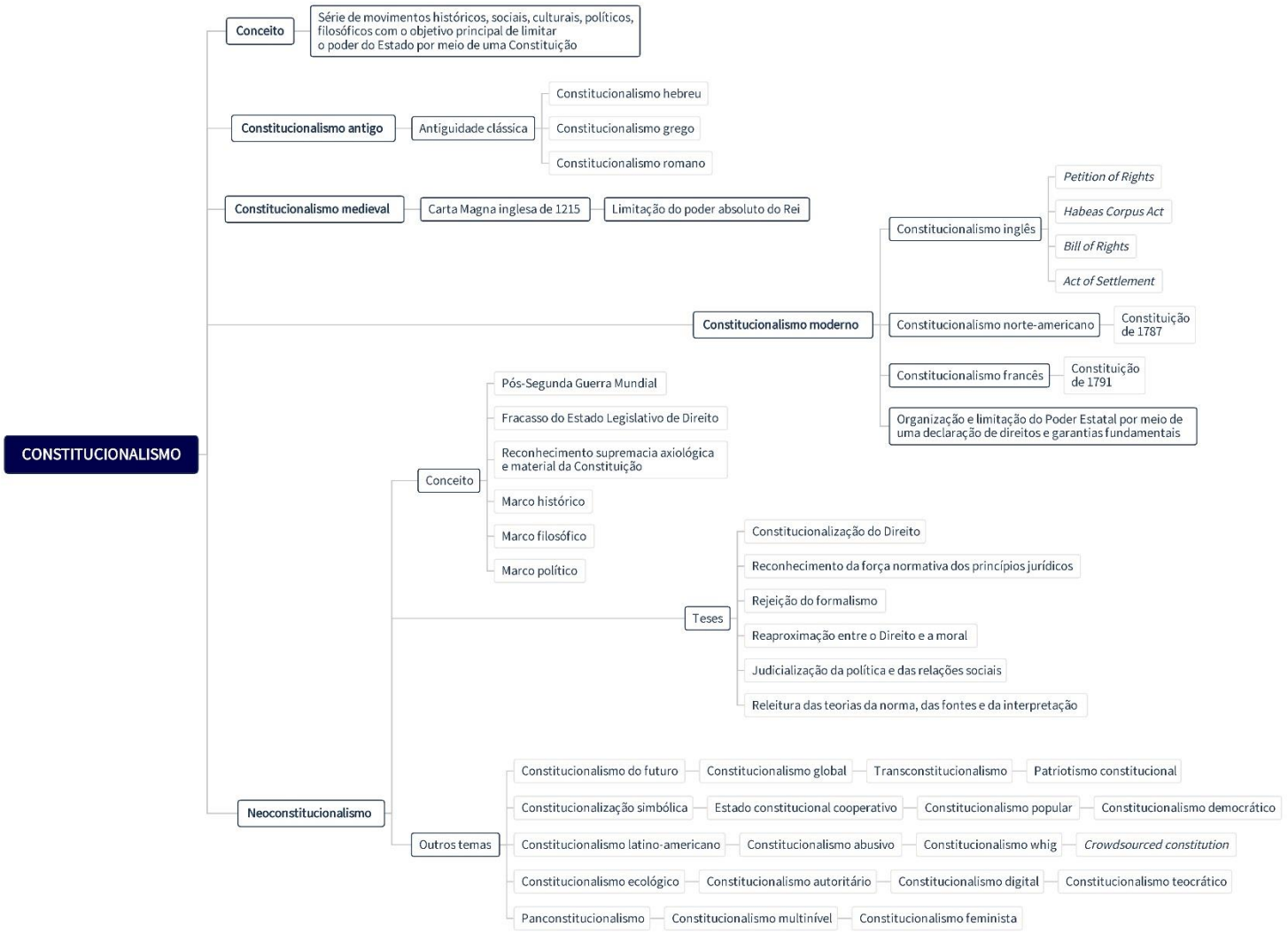
No STF, algumas decisões tiveram uma abordagem sob a ótica da hermenêutica feminista, podendo-se mencionar:

- a ADI 4.275/DF, que discutiu o direito à mudança do registro civil independentemente da cirurgia de transgenitalização;

- a ADI 5.617/DF, que discutiu o direito ao financiamento de campanhas político-partidárias na mesma proporção da quota mínima de apresentação de candidaturas femininas;

- o RE 1.058.333/PR, que discutiu o direito ao adiamento da prova de esforço físico para candidatas gestantes.

Pode-se mencionar ainda, mais recentemente, a decisão do STF, em 22/09/2022, em que se decidiu que **o dever constitucional do Estado de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de até 5 (cinco) anos de idade é de aplicação direta e imediata, sem a necessidade de regulamentação pelo Congresso Nacional.** Fixou-se, ainda, que **a oferta de vagas para a educação básica pode ser reivindicada na Justiça por meio de ações individuais.** Nos debates, a Ministra Rosa Weber, **sob a ótica do constitucionalismo feminista, frisou que a oferta de creche e pré-escola é imprescindível para assegurar às mães segurança no exercício do direito ao trabalho e à família, em razão da maior vulnerabilidade das trabalhadoras na relação de emprego, devido às dificuldades para a conciliação dos projetos de vida pessoal, familiar e laboral.** Destacou, então, que esse direito social tem correlação com os da liberdade e da igualdade de gênero, pois proporciona à mulher a possibilidade de ingressar ou retornar ao mercado de trabalho. Para a Ministra, o direito à educação básica não pode ser interpretado como discricionariedade, e sim como obrigação estatal, imposta sem condicionantes, configurando omissão a falta da sua prestação.


CONSTITUCIONALISMO
Conceito
Série de movimentos históricos, sociais, culturais, políticos, filosóficos com o objetivo principal de limitar o poder do Estado por meio de uma Constituição
Constitucionalismo antigo
Antiguidade clássica
Constitucionalismo hebreu
Constitucionalismo grego
Constitucionalismo romano
Constitucionalismo medieval
Carta Magna inglesa de 1215
Limitação do poder absoluto do Rei
Constitucionalismo moderno
Constitucionalismo inglês
Petition of Rights
Habeas Corpus Act
Bill of Rights
Act of Settlement
Constitucionalismo norte-americano
Constituição de 1787
Constitucionalismo francês
Constituição de 1791
Organização e limitação do Poder Estatal por meio de uma declaração de direitos e garantias fundamentais
Neoconstitucionalismo
Conceito
Pós-Segunda Guerra Mundial
Fracasso do Estado Legislativo de Direito
Reconhecimento supremacia axiológica e material da Constituição
Marco histórico
Marco filosófico
Marco político
Teses
Constitucionalização do Direito
Reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos
Rejeição do formalismo
Reaproximação entre o Direito e a moral
Judicialização da política e das relações sociais
Releitura das teorias da norma, das fontes e da interpretação
Outros temas
Constitucionalismo do futuro
Constitucionalismo global
Transconstitucionalismo
Patriotismo constitucional
Constitucionalização simbólica
Estado constitucional cooperativo
Constitucionalismo popular
Constitucionalismo democrático
Constitucionalismo latino-americano
Constitucionalismo abusivo
Constitucionalismo whig
Crowdsourced constitution
Constitucionalismo ecológico
Constitucionalismo autoritário
Constitucionalismo digital
Constitucionalismo teocrático
Panconstitucionalismo
Constitucionalismo multinível
Constitucionalismo feminista

3 TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

1. CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO

Embora o termo “constituição” seja polissêmico, multifacetado, deve-se destacar uma definição que incorpore a noção de lei fundamental de um país. Adotando-se, por exemplo, o conceito ideal de Constituição apresentado por J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 48), pode-se afirmar que ela deve ser entendida como:

- uma norma jurídica fundamental plasmada em um documento escrito;

- uma declaração de um conjunto de direitos fundamentais e o respectivo modo de garantia;

- um instrumento de organização e disciplina do poder político, segundo esquemas tendentes a torná-lo um poder limitado e moderado.

De acordo com José Afonso da Silva:

> A Constituição do Estado, considerada sua Lei Fundamental, seria a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua atuação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado (2005, p. 37-38).

No Brasil, por exemplo, pode-se afirmar que a Constituição Federal de 1988 incorpora tal conceito, por apresentar normas fundamentais supremas estruturantes do Estado, regulando a forma de Estado, a forma de governo, o estabelecimento dos órgãos, os direitos fundamentais etc.

Dito isso, será analisado, a partir de então, temas importantes da Teoria da Constituição e relevantes para as provas de concurso público.

2. CONCEPÇÕES TRADICIONAIS DE CONSTITUIÇÃO

A doutrina apresenta, classicamente, as seguintes concepções (sentidos) de Constituição: a) concepção sociológica; b) concepção política; c) concepção jurídica; d) concepção culturalista.

2.1 Concepção sociológica

Ferdinand Lassalle, em sua obra **“A Essência da Constituição”** (1862), apresenta os fundamentos sociológicos das Constituições, que são os **fatores reais de poder que regem uma determinada sociedade**.

Para o autor, uma Constituição só seria legítima se estivesse de acordo com os fatores reais de poder, que seriam, por exemplo, a monarquia, a aristocracia, a grande burguesia e os banqueiros. Tais fatores reais de poder representam uma força ativa e eficaz que influencia na formação das leis e das instituições jurídicas de um país, determinando que elas sejam o que realmente são.

Assim, Lassalle distingue a **Constituição real e efetiva**, que representaria o produto das forças sociais, econômicas e políticas reinantes na sociedade, da **Constituição jurídica**, que seriam normas constitucionais

escritas. Para ele, se a Constituição jurídica não estivesse de acordo com a Constituição real e efetiva, ela não passaria de uma mera folha de papel.

QUESTÃO DE CONCURSO

(**MPE–MS–2018–MPE–MS-Promotor de Justiça Substituto)** Para Ferdinand Lassalle, que a entende no sentido sociológico, a constituição de um país é, em essência, a soma dos fatores reais do poder que regem esse país, sendo esta a constituição real e efetiva, não passando a constituição escrita de "uma folha de papel".

Gabarito: CORRETO.

2.2 Concepção política

Carl Schmitt, em sua obra **"Teoria da Constituição"** (1928), apresenta a **concepção política de constituição.** O autor distingue a Constituição da lei constitucional.

Para Schmitt, a **Constituição** deve ser entendida como o modo e a forma de ser de uma unidade política, significando, assim, a **decisão política fundamental** sobre o modo e a forma de existência desta unidade política.

Com isso, ao se debruçar, por exemplo, sobre a Constituição de Weimar (1919), o autor percebe que estão contempladas no texto normas que merecem destaque pela relevância política, ao se referir à estrutura e aos órgãos do Estado, ao regime político, aos direitos fundamentais, etc.

Por outro lado, existem as chamadas **leis constitucionais**, que seriam aquelas normas que não apresentam relevância política fundamental na formação de um Estado, mas encontram-se na Constituição.

Dirley da Cunha Jr. (2019, p. 82) chama atenção para que as ideias esboçadas na concepção política de Schmitt "identificam-se com uma classificação muito difundida na doutrina, que distingue Constituição material e Constituição formal. A Constituição material corresponde exatamente ao conceito de Schmitt de Constituição; a Constituição formal, ao conceito de lei constitucional".

QUESTÃO DE CONCURSO

(**CESPE/CEBRASPE – 2015 – TRF 5ª REGIÃO – Juiz Federal)** Conforme a concepção política, a Constituição é a soma dos fatores reais de poder que regem o país.

Gabarito: INCORRETO.

Resolução: Conforme visto anteriormente, a leitura da Constituição como a soma dos fatores reais de poder que regem o país é atribuída à concepção sociológica, de Ferdinand Lassalle.

(MPE–MS – 2018 – MPE–MS - Promotor de Justiça Substituto) Carl Schmitt empresta também um sentido sociológico à constituição, considerando-a como decisão política fundamental, decisão concreta de conjunto sobre o modo e a forma de existência da unidade política, não fazendo distinção entre constituição e leis constitucionais.

Gabarito: INCORRETO.

Resolução: Carl Schmitt não empresta um sentido sociológico à constituição, mas sim uma concepção política, a partir da qual o autor diferencia *constituição* (decisão política fundamental) e *leis constitucionais* (matéria que não corresponde à decisão política fundamental de Estado, mas que estão previstas no texto constitucional).

2.3 Concepção jurídica

A concepção jurídica é idealizada por Hans Kelsen.

Na ciência jurídica, deve-se buscar o fundamento de validade das normas, defendendo-se a ideia de que uma norma jurídica encontra o seu fundamento de validade na norma jurídica que lhe é superior. Assim, por exemplo, os atos infralegais encontram o seu fundamento de validade nas leis, as quais, por sua vez, buscam o seu fundamento de validade na Constituição. A Constituição, assim, é a norma suprema do ordenamento jurídico, estando no ápice da pirâmide normativa.

Para Kelsen, a Constituição possui dois sentidos jurídicos: um sentido jurídico-positivo; e um sentido lógico-jurídico.

O sentido jurídico-positivo equivale à norma jurídica suprema, conjunto de normas positivadas que representam o fundamento de validade de todas as outras normas positivas, que regula a criação de outras normas, sendo, assim, a lei fundamental do país.

O sentido lógico-jurídico equivale à norma hipotética fundamental, pressuposta, que serve de fundamento lógico-transcendental da própria Constituição jurídico-positiva.

Assim, no escalonamento vertical das normas jurídicas, pode-se afirmar que: um decreto, por exemplo, tem o seu fundamento de validade em uma lei e esta, por sua vez, tem o seu fundamento de validade em uma Constituição (positivada).

A pergunta que se faz é: qual seria o fundamento de validade desta Constituição jurídico-positiva? O fundamento de validade desta Constituição jurídico-positiva seria, justamente, a Constituição lógico-jurídica, uma norma hipotética fundamental, pressuposto lógico transcendental do ordenamento jurídico.

A Constituição, no seu sentido jurídico, é norma pura, puro dever-ser.

QUESTÃO DE CONCURSO

(MPE–MS – 2018 – MPE–MS - Promotor de Justiça Substituto) Uma corrente, liderada por Hans Kelsen, vê a constituição apenas no sentido jurídico, sendo a constituição considerada norma pura, puro dever-ser, sem qualquer pretensão à fundamentação sociológica.

Gabarito: CORRETO.

2.4 Concepção culturalista

A **concepção cultural de Constituição** indica que ela é um fato cultural, produto da cultura total.

Pode-se explicar a concepção culturalista de Constituição a partir da conexão das concepções anteriores, uma vez que possui fundamentos ligados a fatores reais de poder (como na concepção sociológica), a decisões políticas fundamentais (como na concepção política), a normas jurídicas superiores que representam o puro dever-ser (como na concepção jurídica), além de outros aspectos econômicos, filosóficos, morais, etc.

Meirelles Teixeira, a partir de uma **concepção culturalista de Direito** (acontecimento humano ou cultural que consiste em uma forma normativa da vida social imposta coativamente a partir de sanções sociais com intuito de realizar valores como a paz social e o bem comum), apresenta um conceito de Constituição Total, nos seguintes termos:

Constituição normativa apresenta-se, em primeiro lugar, como expressão da cultura total,

> em determinado momento histórico, e, em segundo lugar, como elemento configurante das demais partes da Cultura influindo sobre a evolução cultural com determinados sentidos ou, como diz Burdeau, a Constituição vincula o poder à ideia de Direito, impondo-lhe exigências e diretrizes para a sua ação (1991, p. 77).

Dirley da Cunha Jr., refletindo sobre as ideias de Meirelles Teixeira, sintetiza:

> Esse conceito de Constituição total, se atentarmos bem, reúne, numa perspectiva unitária, aspectos econômicos, sociológicos, jurídicos e filosóficos. Enfim, para a concepção culturalista – considerada por Meirelles Teixeira como a mais exata, por afastar a unilateralidade e o isolamento das concepções puramente sociológicas, políticas e jurídicas –, Constituição é um conjunto de normas jurídicas fundamentais, condicionadas pela cultura total, e ao mesmo tempo condicionantes desta, emanadas da vontade existencial da unidade política, e reguladoras da existência, estrutura e fins do Estado e do modo de exercício e limites do poder político (2019, p. 90).

ATENÇÃO

Qual é o conceito de constituição na acepção cultural?

Em sua acepção cultural, a Constituição pode ser definida como o conjunto de normas jurídicas fundamentais, condicionadas pela cultura total, e ao mesmo tempo condicionantes desta, emanadas da vontade existencial da unidade política, e reguladoras da existência, estrutura e fins do Estado e do modo de exercício e limites do poder político.

3. CONCEPÇÕES CONTEMPORÂNEAS DA CONSTITUIÇÃO

Contemporaneamente, novas leituras sobre a Constituição vêm sendo apresentadas pela doutrina e, por consequência, torna-se cada vez mais frequente a sua cobrança em concursos públicos.

Sendo assim, apresentam-se algumas concepções contemporâneas sobre a Constituição.

3.1 A Constituição Dirigente e o constitucionalismo moralmente reflexivo (Canotilho)

Viu-se, anteriormente, que o período pós-Primeira Guerra Mundial sepultou o Estado Liberal e abriu as portas para o Estado Social, fixando-se a transição entre o constitucionalismo liberal e o constitucionalismo social.

As Constituições, então, passaram a incorporar em seu texto os direitos sociais – a exemplo da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919, que influenciou a Constituição Brasileira de 1934 – e desenharam o modelo do Estado Social de Direito, contemplando **normas programáticas** voltadas à implementação de políticas públicas.

Neste contexto, J. J. Gomes Canotilho (1994) denomina a Constituição do Estado Social de **Constituição Dirigente**, que **estabelece políticas públicas direcionadas ao bem-estar social para a realização de direitos fundamentais**, adotadas em grande parte pelas democracias-sociais do período pós-Segunda Guerra Mundial.

A Constituição Dirigente não pode ser vista apenas como instrumento de estruturação do Estado a partir de distribuição de competências aos órgãos, mas sim como **documento apto a organizar o plano normativo-material global do Estado e da sociedade, vinculando Poderes Públicos às normas programáticas fixadas para a concretização de direitos sociais, econômicos e culturais.** Trata-se de um

projeto de ação aberto no tempo, direcionado ao futuro, dependentes de providências normativas que a complemente.

QUESTÃO DE CONCURSO

(**FUNDATEC – 2021 – Prefeitura de Candelária – RS – Analista Processual)** José Joaquim Gomes Canotilho, um dos juristas mais importantes da língua portuguesa, ao construir o conceito de "Constituição Dirigente", este que o próprio autor critica anos depois, afirma que este tipo de constituição se caracteriza por ser um conjunto de atos normativos consagradores de direitos fundamentais em uma dinâmica negativa de expectativas para com o Estado, sobretudo pela defesa ferrenha da necessidade de defesa constitucional das liberdades públicas fundamentais de primeira geração.

Gabarito: INCORRETO.

Justificativa: a Constituição Dirigente é concebida em um contexto de **Estado Social**, como um plano normativo-material global do Estado e da Sociedade, aberto, que **determina tarefas, estabelece programas e define fins**, preocupando-se com a **concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais (direitos de segunda dimensão)**. Assim, é equivocado associá-la à defesa das liberdades públicas fundamentais de primeira dimensão e à dinâmica negativa de direitos fundamentais, uma vez que tal ideia remete ao constitucionalismo liberal (Estado Liberal).

Ocorre que o próprio Canotilho reviu tal posicionamento ao afirmar que as normas constitucionais, mesmo ocupando um lugar especial no ordenamento jurídico, dependem de outros fatores, os quais cedem espaço para projetos político-econômicos distintos da ideia de "justiça social". Muitas vezes, programas estabelecidos pelo Estado se tornam obsoletos ou difíceis de serem adimplidos. Com isso, o autor português chega a anunciar a "morte" da Constituição Dirigente, ao verificar a dificuldade do Direito regular autoritariamente a Sociedade como um todo.

Assim, o autor propõe uma releitura da ideia de Constituição Dirigente e propõe um **constitucionalismo moralmente reflexivo.**

Nesta nova leitura, o dirigismo constitucional não pode mais ser visto a partir de uma perspectiva impositiva, mas sim a partir de um olhar moralmente reflexivo do constitucionalismo. Conforme Bernardo Gonçalves Fernandes, "o autor passa a levar em conta as mudanças sociais operadas pela pluralização da sociedade hiper-moderna, pelo advento do Estado Europeu, globalização, etc., a fim de propor uma teoria constitucional que substitua um Direito autoritariamente dirigente e ineficaz" (2020, p. 83).

Há de se reconhecer, ainda, o deslocamento da ideia de dirigismo constitucional para os tratados internacionais e, sob essa nova ideia, não se pode estar alheio aos processos de abertura do direito constitucional ao direito internacional e aos direitos supranacionais.

3.2 A Constituição como ordem jurídica fundamental, material e aberta de uma comunidade (Konrad Hesse)

De acordo com **Konrad Hesse**, a Constituição consiste na **"ordem jurídica fundamental de uma comunidade"**, destinando-se não apenas à ordenação jurídica do Estado, mas de toda a sociedade.

Para o autor, a Constituição:

a) fixa princípios diretores que conduzem à ideia de unidade política e de desenvolvimento estatal;

b) fixa procedimentos capazes de solucionar controvérsias internas à comunidade;

c) fixa uma disciplina de organização e de formação da unidade política e da atuação estatal;

d) cria as bases dos principais componentes da ordem jurídica.

Hesse trabalha a ideia de **caráter normativo da Constituição** (vontade normativa abstrata de uma dada comunidade) e, sem desprezar o significado dos fatores históricos, políticos e sociais para a sua força normativa, destaca o aspecto da **"vontade de Constituição"**.

Ou seja, o autor concilia realidade e normatividade da Constituição, insistindo, contudo, que essa não pode abrir mão de sua natureza dentológica (dever-ser), devendo haver uma vontade geral de se cumprir a Constituição. Para o autor:

> Essa vontade de Constituição origina-se de **três vertentes diversas**. Baseia-se na **compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável**, que projeta o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na **compreensão do que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos** (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na **consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana.** (1991, pp. 19-20).

Mas **a manutenção da força normativa depende, ainda, de uma abertura material da Constituição**.

Hesse estabelece, dentre as singularidades do Direito Constitucional, o caráter aberto e vinculante da Constituição, afinal as normas constitucionais são incompletas e imperfeitas. Conforme o autor, "a constituição não é um sistema fechado e onicompreensivo; não contém codificação, apenas um conjunto de princípios concretos e elementos básicos do ordenamento jurídico da comunidade, para o que oferece uma norma macro" (2009, p. 9). Seria, então, um ordenamento aberto.

> Essa abertura é sempre limitada. Porém, na medida em que seja suficiente, concede – o que dá sobretudo um sentido e conteúdo essenciais ao ordenamento democrático – margem de atuação necessária a um processo político livre, tratando de garanti-lo. Por isso, a Constituição possibilita concepções e objetivos políticos diferentes, bem como sua persecução. Permite, também, levar em consideração mudanças técnicas, econômicas e sociais, adaptar-se à evolução histórica, assegurando-se, com isso, um requisito fundamental de sua própria existência e eficácia. (HESSE, 2009, p. 9).

QUESTÃO DE CONCURSO

(**FUNDATEC – 2021 – Prefeitura de Candelária – RS – Analista Processual)** Konrad Hesse afirma que a "abertura constitucional" se dá em uma sociedade onde a Constituição permite e cria mecanismos para que projetos e modos alternativos da vida coexistam, sem se fragmentarem uns nos outros, participando com igualdade no jogo democrático, considerando os princípios e regras diretoras estabelecidas pela ordem constitucional.

Gabarito: CORRETO.

3.3. A Constituição como processo público (Peter Häberle)

Peter Häberle defende uma **interpretação pluralista da Constituição**, com a proposta de tese de que neste processo "estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição" (2002, p. 13).

Para além de uma interpretação constitucional restrita a uma sociedade fechada de intérpretes, o autor propõe a **democratização do processo de descobrimento da norma constitucional através de uma leitura ampla empregada por todos aqueles que vivem em um contexto regulado pela Constituição**, pois o destinatário da norma é participante ativo do processo hermenêutico.

A superação de uma hermenêutica vinculada a um modelo de interpretação de uma sociedade fechada, que se concentra na atividade de interpretação constitucional dos juízes e em procedimentos formalizados, é observada, em Häberle, através da fixação de um **rol ampliado de intérpretes**.

O autor enuncia como participantes do processo de interpretação constitucional: as funções estatais; os participantes do processo de decisão e que não são necessariamente órgãos do Estado, como autor e réu, recorrente e recorrido, peritos e representantes de interesses nas audiências públicas e grupos de pressão organizada; a opinião pública democrática e pluralista e o processo político como grandes estimuladores, por exemplo, a mídia em geral, a iniciativa de cidadãos, as igrejas e teatros; além da doutrina constitucional, que teria o papel especial por tematizar a participação de outras forças e, ao mesmo tempo, participar em diversos níveis.

ATENÇÃO

No âmbito da jurisdição constitucional brasileira, o pensamento de Häberle de ampliação do círculo de intérpretes da Constituição influenciou o sistema de controle de constitucionalidade, que passou a contemplar dois institutos que representam um canal de comunicação entre o Supremo Tribunal Federal e a sociedade: o *amicus curiae* e as audiências públicas, introduzidos pelas Leis n.ºs 9.868 e 9.882, de 1999.

A partir de Häberle, então, a Constituição deve ser compreendida como um processo público de interpretação.

QUESTÕES DE CONCURSO

(**FUNDATEC – 2021 – Prefeitura de Candelária – RS – Analista Processual)** Peter Häberle, constitucionalista alemão, diz que mais do que um documento expresso, as constituições são “processos públicos”, cujos critérios de interpretação são tão abertos quanto mais pluralista for a sociedade, de acordo com os contextos que permeiam as especificidades da vida social.

Gabarito: CORRETO.

(VUNESP – 2019 – TJ-RO – Juiz de Direito Substituto) Peter Häberle adota uma visão da Constituição como um processo político, o que conduz à afirmação de que a verdadeira constituição resulta de um processo interpretativo conduzido à luz da publicidade.

Gabarito: CORRETO.

3.4. A Constituição como acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico (Niklas Luhman)

De acordo com Niklas Luhmann, com a Modernidade, a sociedade passou a se constituir a partir de diversos sistemas (ou subsistemas) sociais especializados, tais como o político, o jurídico, o cultural, o religioso etc. Cada um dos subsistemas, para o autor, assume reações e linguagens próprias, a partir de um processo de codificação específico, estando, então, fechado do ponto de vista operacional.

Luhmann parte de uma distinção entre o sistema e o seu ambiente (entorno, mundo circundante) **e afirma que entre eles não há comunicação.** Os acontecimentos externos são codificados e traduzidos pelo

sistema a partir de sua linguagem própria. Aqui, o autor faz uma diferenciação binária funcional, que separa o sistema de seu ambiente, a exemplo da identificação da dupla direito/não direito.

Contudo, **por vezes ocorrem fenômenos que provocam "irritação" mútua entre dois sistemas sociais, sendo lido por cada um, à luz de seu próprio código e, então, de modos diferentes. Aqui, necessita-se de uma estrutura de acoplamento estrutural entre os sistemas para que eles se comuniquem, para que troquem informações e se estabilizem, podendo, ao fim, solucionar o problema que causou a "irritação".**

Neste contexto, **a Constituição é o produto de um acoplamento estrutural entre os sistemas do Direito e da Política.**

Bernardo Gonçalves Fernandes sintetiza:

> Ao Direito, cabe estabilizar expectativas sociais de comportamento, ou seja, diante de um futuro incerto, a ordem jurídica estabelece condutas que serão separadas por todos os seus demais membros, forjando uma ideia de previsibilidade. Todavia, tal relação que se estabelece entre mudança social e expectativas de comportamento se dá de modo idealizado (contrafático).
> É justamente nesse ponto que decorre a necessidade de o Direito "irritar" a Política e vice-versa, permitindo uma separação mútua. De um lado, o Direito parece depender da Política para dotar de legitimidade suas normas, já que esta faz uso do poder para garantir acatamento social a suas determinações, e com isso, permitir estabilizações. De outro, a Política se utiliza do Direito para diversificar o uso do poder politicamente concentrado.
> Todavia, isso não leva à confusão entre ambos os sistemas sociais, ficando intacta a divisão funcional. A Política, distintamente do Direito, faz uso do meio do poder, de modo que o poder político se articule como um poder indicativo superior que ameaça com seu caráter obrigatório (2020, p. 86).

QUESTÕES DE CONCURSO

(**FUNDATEC – 2021 – Prefeitura de Candelária – RS – Analista Processual)** Niklas Luhmann, sociólogo alemão falecido em 1998, desenvolveu a chamada "Teoria Sistêmica da Sociedade", em que afirma que a sociedade se estrutura a partir de diversos sistemas especializados, cada um com suas especificidades próprias, e que a Constituição é um produto do acoplamento social entre os sistemas do Direito e da Política.

Gabarito: CORRETO.

(VUNESP – 2019 – TJ-RO – Juiz de Direito Substituto) Niklas Luhmann, sociólogo alemão, define a Constituição como importante mecanismo de determinação Estatal direcionando-o num plano de transformação social e implementação de política públicas na ordem socioeconômica, o que passou a denominar de Constituição dirigente.

Gabarito: INCORRETO.

Resolução: a assertiva se aplica à noção de Constituição Dirigente de J. J. Gomes Canotilho, e não à noção de Constituição como acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico.

4. A CONSTITUIÇÃO E O SEU PAPEL

Qual é a função desempenhada pela Constituição em um ordenamento jurídico e qual é a sua relação com a atividade legislativa ordinária?

Para responder ao questionamento, devem-se verificar quatro propostas sobre o papel da Constituição, a saber: constituição-lei; constituição-fundamento; constituição-moldura; e constituição dúctil.

a) CONSTITUIÇÃO-LEI: a Constituição-lei seria aquela que, no ordenamento jurídico, cumpre o simples papel de uma lei. Assim, a Constituição não teria supremacia sobre as demais leis do ordenamento, sendo **uma lei como outra qualquer**, possuindo uma função meramente indicativa, ao indicar ao legislador apenas um possível caminho, o qual ele não estaria obrigado a seguir.

b) CONSTITUIÇÃO-FUNDAMENTO (CONSTITUIÇÃO-TOTAL): a Constituição-fundamento é aquela considerada como a **lei fundamental**, não apenas da atividade estatal e das atividades relacionadas ao Estado, mas também a lei fundamental de toda a vida social. Nestes termos, não há ampla margem de conformação do legislador, uma vez que se está diante de uma **Constituição-total**.

c) CONSTITUIÇÃO-MOLDURA: a Constituição-moldura é vista como uma verdadeira **moldura da atuação do legislador infraconstitucional**, de modo que o legislador só tem liberdade de atuação dentro dos estritos limites estabelecidos. O legislador irá preencher a moldura conforme as oportunidades políticas e a jurisdição constitucional irá apenas avaliar se o legislador atuou dentro dos parâmetros estabelecidos pela Constituição.

QUESTÃO DE CONCURSO

(**CESPE – 2017 – TJ-PR – Juiz de Direito Substituto)** De acordo com o conceito de Constituição-moldura, o texto constitucional deve apenas apresentar limites para a atividade legislativa, cabendo ao Poder Judiciário avaliar se o legislador agiu conforme o modelo configurado pela Constituição.

Gabarito: CORRETO.

d) CONSTITUIÇÃO DÚCTIL: Gustavo Zagrebelsky apresenta a ideia de Constituição dúctil, cujo papel é assegurar as condições possíveis para a vida em comum.

Para o autor, **a concepção de Constituição dúctil compreende o seu texto como um projeto inacabado, que reflete o pluralismo social, político e econômico, afastando-se de uma dogmática constitucional rígida.** O papel das Constituições não deve ser a realização de um projeto predeterminado de vida, mas sim o de **assegurar as condições possíveis para a vida em comum, refletindo o pluralismo moral, ideológico e político de uma sociedade.**

Segundo Zagrebelsky:

> As sociedades plurais atuais – isto é, as sociedades marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que nenhuma tenha força suficiente para fazer-se exclusivo ou dominante e, portanto, estabelecer a base material da soberania estatal no sentido do passado – isto é, as sociedades dotadas em seu conjunto de um certo grau de relativismo, conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma (2008, p. 13).

QUESTÃO DE CONCURSO

(**CESPE – 2019 – TJ-BA – Juiz de Direito Substituto)** A concepção que compreende o texto da Constituição como não acabado nem findo, mas como um conjunto de materiais de construção a partir dos quais a política constitucional viabiliza a realização de princípios e valores da vida comunitária de uma sociedade plural, caracteriza o conceito de Constituição Dúctil.

Gabarito: CORRETO.

5. CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES

A classificação das Constituições é um tema com alta incidência nas provas de concursos públicos, merecendo, portanto, uma atenção especial. Assim, serão destacados os principais pontos do tema, abordando as distintas classificações.

QUANTO À ORIGEM	
PROMULGADA (DEMOCRÁTICA)	É aquela em que **há participação popular em seu processo de formação**, seja participação direta (plebiscito ou referendo) ou indireta (por meio de seus representantes). Essas possuem, portanto, legitimidade popular. No Brasil, são exemplos as constituições de 1891, 1934, 1946 e 1988.
OUTORGADA	É aquele em que **não há participação popular em seu processo de formação**, sendo imposta pela autoridade de forma unilateral, carecendo de legitimidade popular. No Brasil, são exemplos as Constituições de 1824, 1937, 1967 e 1969.
CESARISTA (BONAPARTISTA)	É aquela em que há **elaboração unilateral da Constituição, mas é submetida a uma ratificação popular, por meio de um referendo**. Como não há participação popular direta na elaboração da Constituição, ela não trata dos anseios populares. Ex: a Constituição de Napoleão, na França, e de Pinochet, no Chile.
PACTUADA (DUALISTA)	É aquela **formada por meio de um pacto entre duas forças políticas rivais**, firmando-se um compromisso (instável) entre grupos conflitantes, por exemplo, a burguesia ascendente e a realeza decadente. Ex: Magna Carta (1215) e a Constituição Francesa (1791).
QUANTO À FORMA	
ESCRITA	É aquela **positivada de forma sistemática em um único documento**, como a maioria das Constituições.
NÃO-ESCRITA (COSTUMEIRA, INORGÂNICA)	É aquela que **não se encontra positivada em um único documento**, com normas distribuídas em documentos esparsos produzidos ao longo do tempo, bem como normas não escritas, costumeiras. O exemplo clássico é a Constituição Inglesa.
OBS.: trata-se de uma das classificações mais criticadas pela doutrina, uma vez que as Constituições contemporâneas passaram a incorporar outros textos com status constitucional, formando o **bloco de constitucionalidade**. Aqui, uma Constituição escrita passaria a ser não-escrita, pois nem todas as suas normas estariam positivadas em um único documento. No Brasil, por exemplo, pode-se mencionar o art. 5º, §3º da CF/88, que será tratado adiante. Por isso, alguns doutrinadores têm apresentado novos conceitos. Pode-se mencionar, por exemplo, Marcelo Novelino (2018, p. 102), que define **Constituição escrita como aquelas "formadas por um conjunto de normas de direito positivo constante de um só código (codificada) ou de diversas leis (não codificada)" e Constituição não escrita como aquelas "cujas normas se originam, sobretudo, dos precedentes judiciais, das tradições, costumes e convenções constitucionais".**	
QUANTO AO MODO DE ELABORAÇÃO	
DOGMÁTICA	**É fruto de um momento histórico específico, de um contexto único, sendo elaborado um documento constitucional sistematizado e escrito consolidando os**

	dogmas vigentes na política e no direito naquele determinado momento. Ex: a Constituição Brasileira de 1988.
HISTÓRICA	É **fruto de um processo histórico evolutivo, forjado ao longo do tempo de forma esparsa, com documentos e costumes constitucionais que vão sendo criados e sedimentados no decorrer da evolução** do Estado.
QUANTO AO CONTEÚDO	
MATERIAL	**É aquela Constituição escrita ou não escrita que apresenta normas materiais indispensáveis ao Estado, matérias essenciais que devem estar presentes em uma Constituição**, contemplando apenas as normas de organização do Estado e dos Poderes e limitação dos poderes por meio de uma previsão de direitos e garantias fundamentais. Ex: a Constituição dos EUA.
FORMAL	**É aquela Constituição cujo conjunto de normas está positivado no texto e trata tanto de matérias essencialmente constitucionais quanto de matérias cuja previsão não precisaria estar necessariamente no texto constitucional.** Registre-se que, aqui, todas as normas serão formalmente constitucionais, independentemente do seu conteúdo axiológico. Todas as normas, portanto, gozarão de supremacia e rigidez. Ex: a Constituição brasileira de 1988.
QUANTO À ESTABILIDADE	
IMUTÁVEL (OU GRANÍTICA)	Seriam aquelas constituições cujo texto não poderia ser alterado. Não existem atualmente. Pode-se falar ainda em constituição transitoriamente imutável, em que não há a possibilidade de realizar alteração por um determinado lapso temporal. Aqui, pode-se mencionar como exemplo a Constituição Imperial de 1824, pois, nos seus quatro anos iniciais de vigência, ela não poderia ser alterada. Para tanto, deve-se verificar a redação do art. 174 da CF/1824: **Art. 174, CF/1824.** Se passados quatro anos, depois de jurada a Constituição do Brasil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escrito, a qual deve ter origem na Câmara dos Deputados, e ser apoiada pela terça parte deles.
RÍGIDA	São aquelas **constituições cujo processo de alteração da suas normas é mais dificultoso, mais complexo,** devendo-se cumprir um rito específico mais complexo que a alteração de uma espécie normativa infraconstitucional. No Brasil, à exceção da Constituição Imperial de 1824, todas as outras foram rígidas.
FLEXÍVEL	São **aquelas que podem ser alteradas por processos legislativos comuns, sem necessidade de cumprimento de um processo mais complexo,** podendo ser alterada pelo mesmo procedimento de alteração da legislação comum. Pode-se falar ainda em constituição transitoriamente flexível, que é aquela que prevê que até determinado momento ela poderia ser alterada por procedimentos legislativos idênticos ao de uma lei infraconstitucional. OBS: tradicionalmente, afirma-se como exemplo de Constituição flexível a da Inglaterra. Contudo, a Constituição inglesa, justamente por ser formada a partir de costumes e tradições fincadas na organização política do país, possui fortes traços

	de rigidez. A rigidez, neste quesito, não advém de normas escritas que dificultam o processo de alteração da Constituição, mas sim da própria dificuldade político-constitucional de se alterar costumes e tradições historicamente enraizadas.
SEMIRRÍGIDA (SEMIFLEXÍVEL)	**São aquelas em que parte da Constituição exige um processo de alteração mais dificultoso do que outras partes.** Como exemplo, tem-se a Constituição brasileira de 1824. Observa-se que tal Constituição foi enquadrada como "transitoriamente imutável", uma vez que não admitia alteração nos seus quatro anos iniciais de vigência. Contudo, superado tal prazo, ela passa a ser uma Constituição semirrígida/semiflexível, pois parte do seu documento somente é modificado através de um rito mais complexo, enquanto outra parte é alterada por um procedimento menos dificultoso. Eis a redação do art. 178 da CF/1824: **Art. 178, CF/1824.** É só constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Públicos, e aos Direitos Políticos, e individuais dos cidadãos. Tudo o que não é constitucional pode ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias.
SUPERRÍGIDA	**São constituições que possuem um núcleo material imodificável (cláusulas pétreas), atingindo, neste particular, um grau máximo de rigidez.** Apesar da existência das cláusulas pétreas na Constituição Federal de 1988, deve-se registrar que o STF a considera como constituição rígida, uma vez que as cláusulas pétreas poderiam ser alteradas, desde que para a ampliação da sua proteção.
FIXA (SILENCIOSA)	**É aquela que só pode ser alterada pelo mesmo poder que a criou, ou seja, pelo Poder Constituinte Originário, pois não possuem previsão de alteração no seu texto,** mantendo-se em silêncio quanto a sua possibilidade de alteração.
QUANTO AO CRITÉRIO ONTOLÓGICO – quanto à sua correspondência com a realidade (essência ou modo de ser). Aqui, utiliza-se uma análise do texto constitucional conforme a realidade social vivenciada pelo texto. Atribui-se a Karl Loewenstein.	
NORMATIVA	É aquela que consegue regular a vida política de um Estado, pois estão em consonância com a realidade social, ou seja, **há uma adequação entre o texto constitucional e a realidade social.** Os detentores e os destinatários do poder respeitam as normas constitucionais.
NOMINALISTA	É aquela que ainda não consegue efetivar o papel de regular a vida política do Estado, **não havendo uma adequação do texto à realidade social, sendo prospectiva, voltada para o futuro.** Aqui, não há uma simbiose entre o texto constitucional e a realidade social, mas elas possuem um caráter pedagógico, de orientação, para que detentores e destinatários do poder a encarem como um modelo ideal a ser perseguido.
SEMÂNTICA	É aquela que **não consegue efetivar o papel de regular a vida política do Estado e apenas buscam beneficiar o detentor do poder,** traindo o significado do termo "Constituição". Ela legitima o poder autoritário, sendo comum em Estados totalitários.

OBS: há, na doutrina, autores que informam que a Constituição brasileira de 1988 pretende ser normativa. Mencionam-se, como exemplos, Pedro Lenza (2021, p. 110) e Guilherme Peña de Moraes (2017, p. 97). Contudo, Bernardo Gonçalves Fernandes sinaliza:

> [...] **Loewenstein** busca o que a **Constituição realmente é** em um momento histórico (aliás, por isso, a classificação chama-se **ontológica**). E a nossa é, pela lógica loewensteineana (pelo menos por enquanto, visto que sua classificação é dinâmica), **nominal!** Aliás, na sua Teoria da Constituição Karl Loewenstein **não** classifica por uma "quarta via", pois, para ele, as Constituições são: normativas, nominais ou semânticas. Portanto, simplesmente não existe a classificação: **"se pretende normativa"** (2020, p. 56)

Para Bernardo Gonçalves Fernandes, a Constituição brasileira de 1988, quanto ao modo de ser, é nominalista, conforme acima transcrito. Não haveria espaço, assim, sob a correta análise crítica do autor, espaço para enquadrar uma Constituição na classificação "pretende ser normativa", não havendo que se falar, assim, em uma quarta via.

Discordando de Fernandes quanto à classificação da Constituição sob o critério ontológico, Dirley da Cunha Jr., por outro lado, enquadra a Constituição brasileira como normativa (2019, p. 115).

Para a fase objetiva dos concursos, cabe ao candidato conhecer a classificação de Loewenstein.

Em uma eventual prova subjetiva ou oral, há espaço para explorar as divergências doutrinárias.

QUANTO À EXTENSÃO	
ANALÍTICA	É aquela **extensa, prolixa, que versa sobre matérias que vão além da organização básica do Estado.** A CF/88, por exemplo, é prolixa, uma vez que trata de diversos temas que não necessariamente precisariam estar previsto no texto constitucional.
SINTÉTICA	É aquela **concisa, resumida, que versa apenas sobre regras e princípios básicos para o funcionamento do Estado.** A Constituição dos EUA é sintética, pois versa apenas sobre matérias fundamentais para a organização do Estado e da vida política nacional.
QUANTO À FINALIDADE/FUNÇÃO	
GARANTIA (ESTATUTÁRIA OU ORGÂNICA)	É aquela que visa apenas garantir a limitação do poder estatal, ao assegurar o exercício dos direitos e liberdades fundamentais contra os possíveis arbítrios. Caracterizam-se pelo abstencionismo estatal e pela postura negativa do Estado frente aos cidadãos, sendo típica dos Estados Liberais dos séculos XVIII e XIX.
BALANÇO (CONSTITUIÇÃO REGISTRO)	É aquela **caracterizada pela explicitação do momento atual do Estado, registrando-se a organização política e as relações sociais de poder e estabelecendo parâmetros a serem seguidos diante da realidade política, econômica e social.** Típica dos Estados socialistas estabelecidos ao longo do século XX.
DIRIGENTE (DIRETIVA OU PROGRAMÁTICA)	É aquela **caracterizada pelo estabelecimento de políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos sociais, voltadas para o futuro, próprias do Estado social.** Surge, a partir de então, a ideia de dirigismo constitucional, sendo comuns em seus textos as normas programáticas.
QUANTO À ORIGEM DA DECRETAÇÃO	
AUTÔNOMA	São as Constituições **elaboradas e decretadas dentro do próprio Estado** ao qual irão se aplicar. São também chamadas de **autoconstituições ou homoconstituições.**

HETERÔNOMA	São aquelas **decretadas de fora do Estado, seja por outro Estado ou por uma organização internacional.** São também chamadas de **heteroconstituições.** Podem-se mencionar como exemplo as Constituições da Namíbia (1990) e Camboja (1993), impostas pelas Nações Unidas.
QUANTO À SISTEMÁTICA	
CODIFICADA (ORGÂNICAS OU UNITEXTUAIS)	É aquela **escrita em um texto único**, ou seja, as normas constitucionais são positivadas em um único documento legislativo constitucional. Na classificação de **Pinto Ferreira**, tais Constituições são chamadas de **reduzidas**.
NÃO CODIFICADA (INORGÂNICAS OU PLURITEXTUAIS)	É aquela escrita em diversos textos entre os quais não há necessariamente uma interconexão, ou seja, as normas encontram-se positivadas em mais de um documento legislativo constitucional. Na classificação de **Pinto Ferreira**, tais Constituições são chamadas de **esparsas**.
QUANTO À IDEOLOGIA	
ORTODOXA	É aquela que **adota uma ideologia política única**, sem abertura ao pluralismo político e ideológico.
ECLÉTICA	É aquela que **adota um pluralismo político inerente à democracia**, sendo resultante de diversas forças políticas, sociais e culturais distintas.
QUANTO AO SISTEMA	
PRINCIPIOLÓGICA	É aquela em que **predominam os princípios**, identificados como normas constitucionais providas de alto grau de abstração.
PRECEITUAL	É aquela em que **predominam as regras**, normas revestidas de baixo grau de abstração.

Além das classificações acima, a doutrina apresenta ainda outras nomenclaturas aplicadas aos tipos de Constituição, que seguem abaixo registradas:

OUTRAS CLASSIFICAÇÕES	
CONSTITUIÇÃO PLÁSTICA	Segundo Pinto Ferreira, é uma constituição flexível. Para Raul Machado Horta, é aquela constituição de conteúdo aberto, que dão maior elasticidade ao legislador, que passam a ter ampla margem de atuação.
CONSTITUIÇÃO EXPANSIVA	Segundo Raul Machado Horta, é a constituição que aborda novos temas não presentes nos documentos constitucionais anteriores e os demais temas passam a ter tratamento mais amplo.
OBS: neste aspecto, Horta informa que a CF/88 insere-se no grupo das Constituições expansivas, devido aos temas novos e à ampliação conferida aos temas permanentes, mencionando-se, por exemplo, a ampliação do tratamento conferido aos direitos e garantias fundamentais.	
CONSTITUIÇÃO LIBERAL VERSUS CONSTITUIÇÃO SOCIAL – André Ramos Tavares propõe tal classificação levando-se em consideração o conteúdo ideológico das Constituições.	

LIBERAL (NEGATIVA)	É aquela que traz concepções do liberalismo, de um Estado absenteísta, sendo uma Constituição negativa.
SOCIAL (DIRIGENTE)	É aquela que exige uma atuação estatal com o intuito de concretizar a igualdade material, sendo uma Constituição positiva.

CLASSIFICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	
Quanto à origem	Promulgada, Democrática
Quanto à forma	Escrita (atenção para o "bloco de constitucionalidade")
Quanto ao modo de elaboração	Dogmática
Quanto ao conteúdo	Formal
Quanto à estabilidade	Rígida
Quanto ao critério ontológico	Nominalista (atenção para a divergência doutrinária)
Quanto à extensão	Analítica, Extensa, Prolixa
Quanto à finalidade / função	Dirigente, Programática
Quanto à origem de decretação	Autônoma, Autoconstituição
Quanto à sistemática	Codificada, Orgânica, Unitextual
Quanto à ideologia	Eclética
Quanto ao sistema	Principiológica

QUESTÕES DE CONCURSO

(FGV – 2022 – PC-AM – Delegado de Polícia) Após uma revolução que culminou com a derrubada do regime anterior, o grupo político dominante do País Alfa resolveu solicitar que uma comissão de notáveis elaborasse um projeto de Constituição, submetendo-o, ato contínuo, a referendo popular. A Constituição assim elaborada buscou conciliar inúmeras correntes políticas aparentemente opostas entre si e direcionar as políticas públicas a serem adotadas para a implementação dos direitos sociais, além de ter exigido um procedimento qualificado para a reforma de parte de seus comandos, considerados materialmente constitucionais, enquanto a outra parte poderia ser alterada com observância do mesmo procedimento afeto à lei ordinária. Por fim, observa-se que essa Constituição era demasiado extensa. A Constituição assim descrita é classificada como:

a) bonapartista, compromissória, de garantia, rígida e sintética;

b) cesarista, compromissória, dirigente, semirrígida e analítica;

c) bonapartista, ortodoxa, dirigente, semirrígida e analítica;

d) cesarista, pragmática, dirigente, semirrígida e sintética;

e) outorgada, eclética, de garantia, flexível e analítica.

GABARITO: B.

(CESPE/CEBRASPE – 2022 – MPE-TO – Promotor de Justiça Substituto) Quanto à sua origem, as constituições podem ser promulgadas ou outorgadas. **CORRETO.**

Atenção: dentre as assertivas que a questão apresentava, essa era a única que apresentava espécies de classificação das constituições quanto à origem. Há de se atentar ainda para a existência das constituições cesaristas e pactuadas.

(TRF2 – 2017 – TRF 2ª REGIÃO – Juiz Federal) Assinale a opção que, corretamente, classifica a Constituição Federal em vigor:

a) dogmática, promulgada, rígida e analítica;

b) rígida, popular, não dogmática e originalista;

c) flexível, popular, histórica e formal;

d) democrática, formal, semi-flexível e originalista;

e) semi-flexível, promulgada, dirigente e nominalista.

GABARITO: LETRA A.

(CESPE/CEBRASPE – 2015 – TRF 5ª REGIÃO – Juiz Federal) As Constituições classificadas, quanto ao modo de elaboração, como Constituições históricas, apesar de serem juridicamente flexíveis, são, normalmente, politicamente rígidas.

Gabarito: CORRETO.

(CESPE – 2019 – TJ-SC – Juiz Substituto) A respeito das constituições classificadas como semânticas, pode-se afirmar que são aquelas cujas normas são instrumentos para a estabilização e perpetuação do controle do poder político pelos detentores do poder fático.

Gabarito: CORRETO.

(CESPE – 2019 – MP-PI – Promotor de Justiça) De acordo com a doutrina, o documento escrito estabelecido de forma solene pelo poder constituinte eleito pelo voto popular, modificável somente por processos e formalidades especiais nele mesmo contidos, e que contém o modo de existir do Estado é classificado como constituição formal.

Gabarito: CORRETO.

(FMP CONCURSOS – 2017 – MPE-RO – Promotor de Justiça) A doutrina constitucional brasileira, de regra, atribui à Constituição Federal brasileira de 1988 o caráter dirigente. Em vista disso, pode-se dizer que a CF/88 é um projeto de ação aberto no tempo, organizando um plano normativo-material global do Estado e da Sociedade, que vincula os poderes públicos à busca por sua concretude.

Gabarito: CORRETO.

ATENÇÃO

Interessante questão foi cobrada pela CESPE na prova de Juiz Substituto do Tribunal de Justiça do Ceará, em 2018, na qual se exigia o conhecimento dos temas referentes à Constituição compromissória, Constituição plástica e Constituição unitextual. Além de tais temas, exigiu-se do candidato o conhecimento também das chamadas **constituição subconstitucional** e **constituição processual,** que passamos a explicar:

CONSTITUIÇÃO SUBCONSTITUCIONAL E CONSTITUIÇÃO PROCESSUAL

Sabe-se que uma Constituição deve contemplar apenas temas que sejam essenciais à sociedade como um todo, não descendo a particularizações ou detalhamentos demasiados cuja previsão constitucional não tenha utilidade. Uma Constituição deve ser apenas aquilo que diz respeito à comunidade, à nação e ao sistema político. Todas as demais matérias que porventura sejam inseridas na Constituição são desnecessárias, sendo apenas fruto de interesses momentâneos de grupos específicos que, em um determinado momento político, acreditaram que a inserção de tais temas no texto constitucional garantiria o cumprimento das promessas formuladas.

É este excesso de temas constitucionalizados que forma as constituições subconstitucionais, lição cunhada pelo constitucionalista alemão **Hild Krüger**. De acordo com Uadi Lammêgo Bulos: "As **subconstituições** podem ser definidas como um **conjunto de normas que, mesmo elevadas formalmente ao patamar constitucional, não o são, porque se encontram limitadas nos seus objetivos.** Demonstram preocupações momentâneas, interesses esporádicos, próprios do tempo em que foram elaboradas. Em geral, as Subconstituições não servem para o futuro, pois já nascem divorciadas do sentido de estabilidade e perpetuidade que devem encampar o ato de feitura dos documentos supremos que pretendem ser duradouros".

Já a **Constituição processual** tem como objetivo definir competências, definir os processos constitucionais, bem como os limites de atuação do Estado.

QUESTÃO DE CONCURSO

(**CESPE – 2018 – TJ-CE – Juiz de Direito Substituto)** No sentido moderno, o conceito de Constituição articula fundamentalmente a limitação de poder do Estado e a garantia de direitos dos cidadãos em textos dotados de supremacia que diferenciam normas de caráter formal das de caráter material. O conceito contemporâneo de Constituição, por sua vez, contempla aspectos diversos àqueles. Com relação a esses aspectos, assinale a opção correta.

a) Constituição compromissória é o pacto político-jurídico celebrado pelo poder constituinte que não incorpora limites ao poder de reforma.

b) Constituição plástica é aquela definida pelos fatores reais presentes nas disputas de poder na sociedade.

c) Constituição unitextual consagra, em um único documento, emendas à Constituição, embora admita a existência de leis com valor normativo igual ao da Constituição.

d) Constituição subconstitucional admite a constitucionalização de temas excessivos e o alçamento de detalhes e interesses momentâneos ao patamar constitucional.

e) Constituição processual é aquela que define um programa e estabelece parâmetros para gerir a atividade estatal.

Gabarito: LETRA D.

Resolução:

A) Incorreto. O conceito de Constituição compromissória não tem relação com a previsão ou não de limites ao poder de reforma. **A Constituição compromissória se revela como um produto do pacto entre forças políticas e sociais, que se faz necessário em um contexto de sociedade plural e complexa.** Através da argumentação, da convergência de determinados interesses, da cooperação entre as partes distintas em um processo deliberativo, alcança-se um compromisso constitucional assentado pelo poder constituinte no texto.

b) Incorreto. O conceito de constituição plástica não é único na doutrina. **Pinto Ferreira utiliza a expressão como sinônima de Constituição flexível**, ou seja, aquela que admite alterações em seu texto pelo mesmo procedimento simples utilizado para as leis infraconstitucionais. **Raul Machado Horta, por sua vez, conceitua a Constituição flexível como aquelas em que há uma quantidade expressiva de dispositivos de conteúdo aberto, deixando-se ao legislador ordinário ampla margem de atuação na tarefa de mediação concretizadora,** densificação ou preenchimento das normas constitucionais. Assim, a Constituição acompanhará as constantes oscilações da sociedade.

c) Incorreto. **A Constituição unitextual é aquela escrita em um texto único, ou seja, todas as normas constitucionais são positivadas em um único documento constitucional.**

d) Correto. Trata-se de correta reprodução do conceito de Constituição subconstitucional, já explicado acima.

e) Incorreto. O item em questão reproduz a ideia de uma Constituição programática. Conforme Marcelo Novelino, a Constituição programática é caracterizada "por conter normas definidoras de tarefas e programas de ação a serem concretizados pelos poderes públicos. As constituições dirigentes têm como traço comum a tendência, em maior ou menor medida, a serem uma constituição total" (2009, p. 113). A constituição processual, conforme afirmado anteriormente, tem como objetivo definir competências, definir os processos constitucionais, bem como estabelecer os limites de atuação do Estado.

6. ELEMENTOS DA CONSTITUIÇÃO

As Constituições comportam no seu texto uma pluralidade de temas, os quais são sistematizados de modo coerente com o intuito de organizar o Estado e conduzir a vida em sociedade.

A doutrina, diante da natureza polifacética da Constituição, agrupa os diversos temas em elementos, donde se depreende cinco categorias: elementos orgânicos; elementos limitativos; elementos socioideológicos; elementos de estabilização constitucional; e elementos formais de aplicabilidade.

Abaixo, seguem os elementos devidamente agrupados em tabela, para melhor visualização:

ELEMENTOS	DEFINIÇÃO	EXEMPLOS
ORGÂNICOS	Normas que tratam da estrutura e da organização do Estado e dos Poderes.	a) Título III – Organização do Estado; b) Título IV – Organização dos Poderes; c) Título VI – Da Tributação e do Orçamento.
LIMITATIVOS	Normas que compõem o rol de direitos e garantias fundamentais e que limitam o exercício do poder do Estado.	a) Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, excetuando-se o Capítulo II (Direitos Sociais); b) Direitos Fundamentais Atípicos, reconhecidos pelo STF, como as limitações ao poder de tributar.
SOCIOIDEOLÓGICOS	Normas que sinalizam o caráter compromissório da Constituição, compromisso estabelecido entre o Estado individualista e o Estado Social.	a) Capítulo II do Título II (Dos Direitos Sociais); b) Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira; c) Título VIII – Da Ordem Social.
DE ESTABILIZAÇÃO CONSTITUCIONAL	Normas constitucionais que visam assegurar a solução de conflitos constitucionais, a defesa da	a) Arts. 102 e 103 – tratam da jurisdição constitucional; b) Arts. 34 a 36 – da Intervenção Federal e Estadual; c) Art. 60 – processo de emenda à Constituição; d)

	Constituição, do Estado e das Instituições Democráticas.	Capítulo I do Título V – estado de defesa e estado de sítio.
FORMAIS DE APLICABILIDADE	Normas que se propõem a regulamentar a aplicação da Constituição.	a) Preâmbulo; b) Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; c) Art. 5, §1º, que estabelecem a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

QUESTÃO DE CONCURSO

(**CESPE/CEBRASPE – 2015 – TRF 5ª REGIÃO – Juiz Federal Substituto)** São denominados elementos limitativos das Constituições aqueles que visam assegurar a defesa da Constituição e do Estado Democrático de Direito.

Gabarito: INCORRETO.

Resolução: os elementos limitativos das Constituições referem-se às normas que compõem o rol de direitos e garantias fundamentais e que limitam o exercício do poder do Estado. As normas mencionadas na assertiva referem-se aos elementos de estabilização constitucional.

7. ESTRUTURA DA CONSTITUIÇÃO

De modo geral, as Constituições apresentam a seguinte estrutura: a) Preâmbulo; b) Parte Dogmática; c) Disposições Transitórias.

a) PREÂMBULO

O preâmbulo é a **parte inaugural da Constituição que expõe toda a carga ideológica que orienta o texto constitucional**, anunciando valores e objetivos do documento. Ela sinaliza uma **ruptura com o ordenamento constitucional anterior**, anunciando um novo sistema constitucional.

Interessante discussão é a que enfrenta a natureza jurídica do preâmbulo, com o intuito de elucidar se esta tem ou não relevância jurídica. As três correntes doutrinárias acerca da natureza jurídica do preâmbulo são:

I) Natureza Jurídica **Normativa**, que propõe a **tese da relevância jurídica direta e imediata** – aqui, equipara-se o preâmbulo a qualquer outra norma constitucional;

II) Natureza Jurídica **Hermenêutica**, que propõe a **tese da relevância jurídica indireta** – aqui, o preâmbulo é reconhecido como um vetor de cunho hermenêutico, cumprindo com uma função de interpretação e integração do texto constitucional;

III) Natureza Jurídica **Ideológica,** que propõe a **tese da irrelevância jurídica** – aqui, o preâmbulo assume um papel de mera declaração política, possuindo um caráter mais simbólico do que jurídico.

O posicionamento majoritário na doutrina brasileira não reconhece força normativa ao preâmbulo.

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE

O **STF**, na ADI n.º 2.076/AC[2], de Relatoria do Ministro Carlos Velloso, **negou força normativa obrigatória ao preâmbulo**, no caso em que o partido político PSL alegou inconstitucionalidade por omissão em relação ao preâmbulo da Constituição do Acre, uma vez que não trazia, em seu texto, a expressão "sob a proteção de Deus", presente no preâmbulo da CF/88. A Suprema Corte considerou que a invocação da proteção de Deus no preâmbulo não é dotada de força normativa, não sendo, assim, norma de reprodução obrigatória para os Estados-Membros em suas Constituições.

Apesar de ter firmado posição no sentido de inexistência de força obrigatória do preâmbulo, **o STF reconheceu se tratar de importante vetor para soluções interpretativas, o que anuncia, então, a ideia de relevância jurídica indireta.** Neste sentido, é o que expressa Eduardo dos Santos (2022, p. 85).

Registre-se, contudo, vozes dissonantes no STF, como o posicionamento da Ministra Carmem Lúcia, na ADI n.º 2.649, que assentou que o preâmbulo deve ser dotado de relevância jurídica.

ATENÇÃO!

Por não ser norma jurídica (não possui força normativa), **o preâmbulo não pode ser parâmetro para controle de constitucionalidade.**

Eis a redação do preâmbulo da CF/88:

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia 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.

QUESTÃO DE CONCURSO

(**FGV – 2022 – TJ-MG – Juiz de Direito Substituto)** Sobre os enunciados contidos no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, é correto afirmar que devem ser observados na interpretação das normas constitucionais, por se tratarem de vetores adotados pela Constituição.

Gabarito: CORRETO.

b) PARTE DOGMÁTICA

As Constituições, além do preâmbulo, contêm, em regra, uma parte dogmática, que **corresponde ao texto constitucional que contempla direitos e garantias fundamentais, organiza o Estado e os poderes, estabelece princípios e objetivos fundamentais etc.** É a parte permanente da Constituição.

No caso da Constituição brasileira de 1988, por exemplo, corresponde a todo o texto que vai do art. 1º ao art. 250.

Disponível em:

[2] https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324

c) DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS

Por fim, as Constituições apresentam ainda, em regra, uma **parte destinada a regular a transição entre a ordem constitucional pretérita e a nova ordem**, regulamentando inúmeras questões de cunho temporal, entrelaçando passado, presente e futuro.

Na Constituição brasileira de 1988, verificam-se nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Sobre as disposições do ADCT, importante frisar:

- **possuem natureza jurídica normativa e as suas normas possuem a mesma hierarquia constitucional que a parte dogmática.** Assim, no caso de um eventual conflito entre as normas da ADCT e a parte dogmática, deve-se solucionar por meio da aplicação dos critérios hermenêuticos de resolução de conflito normativo constitucional, por não haver prevalência hierárquica de um sobre o outro;

- por possuírem natureza jurídica normativa, as normas da ADCT **podem ser parâmetro de controle de constitucionalidade;**

- por fim, **as suas normas sujeitam-se ao Poder Constituinte Derivado Reformador,** podendo ser modificadas via Emendas.

8. HISTÓRICO DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Preliminarmente ao estudo das Constituições brasileiras, deve-se registrar, com base em Dirley da Cunha Jr. (2019, p. 455-456) e Bernardo Gonçalves Fernandes (2020, p. 296), os antecedentes históricos do constitucionalismo brasileiro.

Assim, pode-se mencionar que o Brasil Colônia enfrentou formas diversas de organização política e administrativa até a sua independência, em 1822. De forma sintética, o percurso histórico brasileiro pode ser apresentado a partir da seguinte sequência:

- De 1501 a 1532, surgiram as chamadas **feitorias**, núcleos políticos onde imperava a vontade do feitor;

- de 1532 a 1549, organizaram-se as **capitanias hereditárias**, que consistia em um sistema de divisão do território brasileiro em doze porções diferentes, concedidas pelo Rei de Portugal através das Cartas de Doação aos donatários, súditos ricos e graduados que iniciaria a colonização com poderes absolutos;

- de 1549 a 1572, adotou-se o sistema de **governadores gerais,** que visava conferir uma certa unidade de organização política colonial;

- em 1621, a colônia foi dividida em dois Estados: Estados do Brasil, compreendendo todas as capitanias que se estendiam desde o Rio Grande do Norte até São Vicente, ao Sul; e o Estado do Maranhão, que abrangeu as capitanias do Ceará até o extremo norte. Aqui, tem-se o Governo-Geral dividindo-se em **Governos regionais**;

- em 1808, inicia-se a **fase monárquica**, com a chegada do Reio D. João VI ao Brasil. A corte instala-se na cidade do Rio de Janeiro e **o Brasil é elevado à condição de Reino Unido de Portugal, finalizando-se o sistema colonial pretérito**;

- em 1822, é proclamada a Independência do Brasil, iniciando-se a era do **Estado do Brasil Imperial,** que se estende até 15 de novembro de 1889, quando foi proclamada a República.

8.1. A Constituição do Império de 1824

Após a Independência, em 7 de setembro de 1822, com os objetivos de **assegurar a manutenção de um governo monárquico e legitimar os poderes totalitários do Imperador,** D. Pedro I outorgou, em **25 de março de 1824**, a Constituição do Império do Brasil. O fato deu-se após o imperador haver dissolvido a Assembleia Constituinte por ele mesmo convocada, diante das inúmeras divergências.

A Constituição teve **forte influência francesa e foi de viés liberal (típica do constitucionalismo liberal)**. As principais características da Constituição Imperial de 1824 estão apresentadas abaixo:

PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA CONSTITUIÇÃO IMPERIAL DE 1824

a) Como **forma de governo**, tratava-se de uma **monarquia hereditária representativa**;

b) Como **forma de Estado**, era um Estado **Unitário**, com a divisão do território em províncias (fruto de transformação das antigas capitanias hereditárias), governadas por um Presidente de livremente nomeado pelo Imperador;

c) A capital era o Rio de Janeiro, que veio a ser considerado município neutro da Corte em 1834;

d) Havia a separação dos Poderes em quatro (**teoria quadripartite dos Poderes**): **Moderador** (chave de toda organização política e exercido privativamente pelo Imperador); **Executivo** (chefiado pelo Imperador); **Legislativo** (composto pela Câmara dos Deputados, eletiva e temporária, e pelo Senado, composto por membros vitalícios nomeados pelo Imperador dentre os integrantes de uma lista tríplice eleita pela província); **Judicial** (composto pelo Supremo Tribunal de Justiça, com sede na capital do Império, pelos Tribunais de relação nas províncias e pelos Juízes de Direito);

e) Havia um **Conselho de Estado, órgão de consulta superior do imperador** com conselheiros vitalícios nomeados pelo próprio Imperador;

f) As **cidades e vilas eram administradas por Câmaras de Vereadores**, eletivas e temporárias;

g) Houve a **consagração de direitos civis e políticos**, como os direitos de propriedade, liberdade, legalidade, inviolabilidade do domicílio etc. Deve-se destacar, como mencionado anteriormente, a **influência do constitucionalismo liberal francês** em sua formação. **Apesar da consagração dos direitos de liberdade, a Constituição não fez qualquer referência à escravidão e sua eliminação**, como se esta não existisse, vindo a ser abolida apenas em 13 de maio de 1888, com a Lei Áurea;

h) O **Estado era confessional**, adotando-se como oficial a **religião católica apostólica romana**;

i) **Não foi estabelecido sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos**, devido ao dogma da soberania do Parlamento, atrelado à figura do Poder Moderador, que permitia ao Imperador manter a independência, o equilíbrio e a harmonia entre os Poderes;

j) **A Constituição era semirrígida**, pois apresentava uma parte rígida e uma parte flexível, **e não foi estabelecido limite material para o poder de reforma da Constituição**;

k) A Constituição era classificada como: **formal, escrita, semirrígida, outorgada, analítica e dogmática.**

A Constituição de 1824 vigorou por 65 anos (a mais duradoura da história constitucional brasileira até então), tendo sido objeto de apenas duas revisões, em 1834 e em 1840.

QUESTÃO DE CONCURSO

(**FCC-2018-MPE-PB-Promotor de Justiça Substituto)** A Constituição do Império do Brasil, de 1824, é considerada "semirrígida" porque admitia ser alterada em parte por lei comum e em parte por emenda constitucional.

Gabarito: CORRETO.

(FCC-2018-DPE-RS-Defensor Público) A Constituição brasileira de 1824 reconhecia quatro Poderes Políticos: o Poder Moderador, o Poder Legislativo, o Poder Judicial e o Poder Federativo.

Gabarito: INCORRETO.

Resolução: os quatro Poderes previstos na CF/1824 eram: Moderador, Legislativo, Judicial e Executivo. Não se falava, assim, em Poder Federativo.

8.2. A Constituição da República de 1891

A história registra que, durante todo o período imperial, eclodiram as **ideias descentralizadoras ou federalistas**, com movimentos como os das "Cabanadas", "Sabinadas", "Balaiadas" e a "República Piratini". Os movimentos federalistas **associados à influência de ideias republicanas e democráticas** foram minando a força imperial, chegando-se, ao fim, à **proclamação da República, por meio do Decreto n.º 01, de 15.11.1889,** transformando as províncias em Estados Unidos do Brasil, uma República Federativa.

Inicialmente, instalou-se um **Governo Provisório**, sob a presidência de Marechal Deodoro da Fonseca, e foi nomeada uma Comissão de cinco republicanos para a elaboração de um projeto de Constituição, que serviria de base para as discussões da Assembleia Constituinte. A Assembleia Geral Constituinte foi eleita em 15.09.1890, dando-se início aos trabalhos em 15.11.1890.

Em 24.02.1891, a nova Constituição – primeira Constituição republicana e federativa do Brasil – foi finalmente promulgada e apresentava como principais características:

PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA DE 1891

a) Como **forma de governo**, tratava-se de uma **república representativa;**

b) O **sistema de governo** era **presidencialista**, por inspiração no modelo estadunidense;

c) Como **forma de Estado**, era um Estado **Federativo**, e as antigas províncias foram transformadas em Estados e o município neutro do Rio de Janeiro foi transformado em Distrito Federal, continuando a ser a capital da União. Apesar da previsão da forma federativa de Estado, não foi assegurada autonomia aos Municípios na condição de entes federados. Proclamou-se a união perpétua e indissolúvel dos entes federados, vedando-se, assim, a secessão;

d) Foi adotada a **divisão clássica tripartite dos poderes: Legislativo**, exercido pelo Congresso Nacional e composto pela Câmara dos Deputados e Senado Federal, sendo que o Vice-Presidente da República era o Presidente do Senado; **Executivo,** chefiado pelo Presidente da República, eleito por sufrágio direto da Nação e maioria absoluta dos votos, simultaneamente com o Vice, e auxiliado pelos Ministros de Estado; **Judiciário,** dividido em Poder Judiciário da União – composto pelo Supremo Tribunal Federal, tribunais federais e juízes – e Poder Judiciário dos Estados, composto por tribunais e juízes estaduais;

e) Houve a **previsão de Estado de sítio**, que foi decretado onze vezes durante a vigência da CF/1891, todas aprovadas pelo Congresso Nacional;

f) **Foram consagrados direitos fundamentais, notadamente direitos civis e políticos**, com destaque para os direitos de liberdade, de segurança e de propriedade. Destacam-se ainda a **constitucionalização do habeas corpus e a previsão de uma cláusula de abertura a direitos fundamentais atípicos**;

g) Consagrou-se o **Estado laico**, com a separação entre Igreja e Estado;

h) Houve a **adoção do controle de constitucionalidade difuso incidental das leis**, inspirado no modelo norte-americano;

i) A Constituição era classificada como: **formal, escrita, rígida, democrática, analítica e dogmática.**

A Constituição de 1891 vigorou por 39 anos e foi marcada pelo acentuado abismo verificado entre o país previsto no texto constitucional – liberal e democrático – e aquele observado na realidade – autoritário e oligárquico –, possuindo, assim, pouca efetividade.

Ademais, o texto passou por uma única reforma, em 07.09.1926, a qual, dentre outras medidas, restringiu o *habeas corpus* e vedou o controle judicial sobre o Estado de Sítio.

QUESTÕES DE CONCURSO

(**MPT – 2020 – MPT - Procurador do Trabalho)** A Constituição de 1891 inaugurou no nosso direito constitucional o chamado controle difuso de constitucionalidade.

Gabarito: CORRETO.

(TRF3 – 2016 - TRF3 - Juiz Federal Substituto) A forma federativa de Estado foi prevista na Constituição de 1891, mas ainda assim não foi assegurada autonomia aos Municípios na condição de entes federados.

Gabarito: CORRETO.

(CESPE/CEBRASPE - TRF5 – 2007 - Juiz Federal Substituto) Na Constituição de 1891, adotou-se como forma de governo para o país a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e consagrou-se a dualidade da justiça, a federal e a estadual, além de se instituir o STF.

Gabarito: CORRETO.

8.3. A Constituição de 1934

O início da fase republicana no Brasil – Primeira República – pode ser dividido em dois períodos: a República da Espada, de 1889 a 1894, que teve como presidentes os Marechais Deodoro da Fonseca e Floriano Peixoto, ambos profundamente autoritários; e a República Oligárquica, de 1894 a 1930, quando teve início, com Prudente de Morais, o modo oligárquico de governar.

Marcada pelo **coronelismo**, pela **defesa dos interesses das oligarquias** e pelo **domínio político dos Estados de São Paulo e Minas Gerais** (política café-com-leite), o período foi encerrado pela **Revolução Nacional** que eclodiu em 03.10.1930, comandada pelos Estados de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Paraíba, que culminou na deposição do então Presidente da República em 24.10.1930 e levou ao poder Getúlio Vargas, candidato derrotado por Júlio Prestes nas eleições realizadas.

Por meio do Decreto 19.938, instalou-se um **Governo Provisório**, que dissolveu o Congresso Nacional, os órgãos legislativos estaduais e municipais e afastou governadores dos Estados, nomeando interventores federais. Até a aprovação da nova Constituição, o Governo Provisório exerceria discricionariamente, em toda a sua plenitude, as funções e atribuições do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

Em 09.07.1932, eclodiu a **Revolução Constitucionalista**, capitaneada por São Paulo e liderada pelo próprio interventor daquele Estado, que exigia a restauração do regime democrático a partir da elaboração de uma nova Constituição. Apesar de haver sido derrotada pela União e suas forças nacionais, a Revolução evidenciou a **necessidade de um processo constituinte**. Finalmente, em 15.11.1933 foi instaurada uma nova Assembleia Constituinte no Brasil, que resultou na Constituição de 16.07.1934.

Abaixo, seguem as principais características da Constituição de 1934:

PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA CONSTITUIÇÃO DE 1934

a) Foram mantidos a **forma de governo republicana,** o **sistema de governo presidencialista** e a **forma federativa de Estado**. Adotou-se, contudo, instrumentos de **federalismo cooperativo**, inspirado na Constituição de Weimar, de 1919, estabelecendo-se, além das competências privativas, as competências concorrentes entre os entes federativos;

b) Foi mantida a **divisão clássica tripartite dos poderes: Legislativo**, com o Senado passando a ser um órgão apenas de colaboração, concentrando-se o exercício do poder, em regra, na Câmara dos Deputados; **Executivo,** exercido pelo Presidente da República e auxiliado pelos Ministros de Estado, tendo sido suprimida a figura do Vice-Presidente; **Judiciário**, composto pela Corte Suprema, juízes e tribunais federais;

c) Houve a **previsão do Ministério Público e dos Tribunais de Contas,** como órgãos de cooperação nas atividades governamentais;

d) Possibilitou-se a **intervenção federal nos Estados**, sendo que uma das hipóteses de intervenção dependia de controle preventivo da Corte Suprema, sendo um traço do controle de constitucionalidade concentrado no Brasil;

e) Houve a **manutenção do controle difuso-concreto** como regra, acrescentando-se, contudo, a **cláusula de reserva do plenário** e a **competência do Senado para suspender a execução das normas declaradas inconstitucionais pelo Poder Judiciário**;

f) Houve a **ampliação dos direitos fundamentais civis e políticos**, com destaque para a **instituição do mandado de segurança** e da **ação popular**, além da **limitação da propriedade pelo interesse social e coletivo, voto secreto** e **constitucionalização do voto feminino** (que já havia sido instaurado pelo Código Eleitoral de 1932); **consagração dos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais;**

g) A Constituição era classificada como: **formal, escrita, rígida, democrática, analítica e dogmática.**

A Constituição de 1934 vigorou por pouco mais de 3 anos, tendo sido revogada pela Constituição de 1937, fruto de golpe de Estado e de inspiração fascista.

QUESTÃO DE CONCURSO

(**FCC – 2018 - DPE-RS - Defensor Público)** A Constituição brasileira de 1934, resultado dos trabalhos de uma assembleia nacional constituinte, previa a existência da Justiça Eleitoral.

Gabarito: CORRETO.

8.4. A Constituição de 1937

As eleições presidenciais estavam agendadas para o início do ano de 1938. Contudo, em 30.09.1937, Getúlio Vargas promove um novo golpe, fundado em uma falsa ameaça comunista arquitetada pelos próprios mandatários do poder. Anuncia-se, assim, o rompimento com a Constituição de 1934 e a necessidade de uma nova Constituição, estabelecendo-se o **Estado Novo.**

Com isso, é **outorgada**, em 10.11.1937, uma nova Constituição, elaborada por Francisco Campos e **inspirada na Constituição fascista da Polônia**, de 1935.

A Constituição de 1937, apelidada **Constituição polaca**, tinha como características principais:

PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA CONSTITUIÇÃO DE 1937

a) Foram mantidas a **forma de governo republicana,** o **sistema de governo presidencialista** e a **forma federativa de Estado**. O **federalismo**, contudo, era **meramente nominal**, uma vez que havia o totalitarismo e a centralização dos poderes constitucionais;

b) Foi mantida a **divisão clássica tripartite dos poderes,** sem qualquer preocupação, contudo, com o equilíbrio entre eles: **Legislativo**, que foi dissolvido, tendo a função legislativa ficado a cargo do Presidente da República, que se utilizava dos Decretos-leis; **Executivo,** com excessiva concentração de atribuições na figura do Presidente da República, que poderia, por exemplo, confirmar ou não o mandato dos governadores de Estado, nomeando interventores em caso de não confirmação; **Judiciário**, composto pelo Supremo Tribunal Federal, juízes e Tribunais dos Estados, Distrito Federal e Territórios, juízes e tribunais militares, ficando a Justiça do Trabalho fora do Poder Judiciário, embora prevista na Constituição;

c) Houve a **previsão do Poder Constituinte Decorrente,** devendo os Governadores dos Estados outorgar as Constituições estaduais;

d) Houve a **manutenção do controle de constitucionalidade difuso,** contudo, com a possibilidade de o Presidente da República tornar sem efeito a decisão de inconstitucionalidade, desde que confirmado pelo voto de dois terços de cada uma das Casas Legislativas, que não funcionaram à época do Estado Novo. Ademais, houve a **exclusão do controle de constitucionalidade concentrado, com o fim da Representação Interventiva;**

e) Houve a **manutenção dos direitos fundamentais civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, inclusive os trabalhistas.** Houve, por outro lado, retrocessos: **supressão do mandado de segurança e da ação popular; previsão da censura prévia; proibição de greve e do lockout** etc.

f) No período, foram declarados, em todo país, **estados de emergência**;

g) A Constituição era classificada como: **formal, escrita, rígida, outorgada, analítica e dogmática.**

A Constituição de 1937 durou 8 anos e foi objeto de 21 alterações pelas chamadas Leis Constitucionais, editadas unilateralmente pelo Poder Executivo.

QUESTÕES DE CONCURSO

(**CESPE/CEBRASPE - TRF5 – 2007 - Juiz Federal Substituto)** Fruto das revoluções de 1930 e 1932 e espelhando as grandes transformações do século XX, especialmente o fim da 1ª Guerra Mundial, a Constituição de 1934 foi simplesmente desconsiderada pelo golpe de Estado de 1937 e pela outorga, por Getúlio Vargas, da nova Carta política, que, de inspiração fascista, teve como autor principal Francisco Campos.

Gabarito: CORRETO.

(FUNDEP – 2019 – MPE – MG - Promotor de Justiça Substituto) Na Constituição de 1937, o Presidente da República poderia submeter novamente ao exame do Poder Legislativo lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Gabarito: CORRETO.

8.5. A Constituição de 1946

O cenário no qual estava envolto a produção da Constituição de 1946 era de **redemocratização e valorização dos direitos humanos**, sobretudo no âmbito internacional, após o fim da Segunda Guerra Mundial e a derrocada dos regimes nazista e fascista na Alemanha e na Itália.

Neste cenário, em 29.10.1945, Getúlio Vargas foi deposto pelos militares e em dezembro do mesmo ano foi eleito democraticamente Eurico Gaspar Dutra, que assumiu em janeiro de 1946. Em fevereiro de 1946 instala-se uma nova Assembleia Constituinte, que resultou na promulgação da nova Constituição em 18.09.1946, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil.

As principais características da Constituição de 1946 são:

PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA CONSTITUIÇÃO DE 1946

a) Foram mantidas a **forma de governo republicana,** o **sistema de governo presidencialista** e a **forma federativa de Estado**, com o estabelecimento de competências enumeradas para a União e remanescentes para os Estados, bem como de competências concorrentes entre os entes federativos;

OBS: apesar da manutenção do sistema de governo presidencialista, deve-se registrar que **houve a adoção, ainda que temporária, do sistema de governo parlamentarista,** com a EC n.º 04/61, de 02.09.61 até janeiro de 1963, arranjo político formulado em um período de histórico-institucional conturbado.

b) Foi mantida a **divisão clássica tripartite dos poderes: Legislativo**, com adoção do modelo bicameral no âmbito da União, composto pela Câmara dos Deputados e Senado Federal, sendo que o Vice-Presidente da República presidia o Senado, mas apenas com voto de desempate. Destaca-se a possibilidade de as casas legislativas criarem Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs); **Executivo,** chefiado pelo Presidente da República, eleito simultaneamente com o Vice-Presidente, e auxiliado pelos Ministros de Estado. Neste contexto, a figura do Vice-Presidente da República passa também a exercer, automaticamente, a função de presidência do Senado. Destaca-se a previsão de responsabilização do Chefe do Poder Executivo por crimes comuns (julgados pelo STF) e por crimes de responsabilidade (julgados pelo Senado), após juízo de admissibilidade da Câmara dos Deputados, assim como no ordenamento atual; **Judiciário,** composto pelo Supremo Tribunal Federal, Tribunal Federal de Recursos, Juízes e Tribunais Militares, Juízes e Tribunais Eleitorais, Juízes e Tribunais do Trabalho. Destaca-se a previsão das garantias aos magistrados (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade dos subsídios), bem como as vedações;

- **Art. 38**. A eleição para Deputados, Senadores, Presidente e Vice-Presidente da República far se-á, simultaneamente, em todo o País.
  Art. 61 - O Vice-Presidente da República exercerá as funções de Presidente do Senado Federal, onde só terá voto de qualidade.
  Art. 79 - Substitui o Presidente, em caso de impedimento, e sucede-lhe, no de vaga, o Vice Presidente da República.

c) Houve a **transferência do Distrito Federal para o planalto central**, com a inauguração de Brasília em 21.04.1960;

d) Houve a **manutenção do controle difuso-concreto de constitucionalidade,** novamente com a previsão da atuação do Senado para suspender no todo ou em parte lei ou decretos declarados inconstitucionais por decisão definitiva do STF, e a **reinserção do controle concentrado de constitucionalidade**, com a previsão da Representação Interventiva. Após, em 1965, com a EC n.º 16, foi criada a Representação Genérica de Inconstitucionalidade (que hoje é a ADI);

e) Houve a **manutenção dos direitos fundamentais civis e políticos, de nacionalidade, sociais, econômicos e culturais, inclusive os trabalhistas,** com a previsão, por exemplo, do direito de greve;

f) A Constituição era classificada como: **formal, escrita, rígida, democrática, analítica e dogmática.**

A Constituição de 1946 durou aproximadamente 20 anos, tendo sido superada pelo golpe militar de 31.03.1964, deixando de ser aplicada, até ser outorgada a nova Constituição, em 1967.

QUESTÕES DE CONCURSO

(CESPE/CEBRASPE - TRF5 – 2007 - Juiz Federal Substituto) A Constituição de 1946 era muito parecida com a de 1934 devido à coincidência de fatores políticos que marcaram a sua elaboração: a de 1934 constituiu forte reação à República Velha, e a de 1946, às tendências ditatoriais. Portanto, ambas, pode-se dizer, tiveram inspiração democrática.

Gabarito: CORRETO.

(FCC – 2018 - DPE-RS - Defensor Público) Vedava-se, consoante a Constituição brasileira de 1946, o registro de qualquer partido político cujo programa ou ação contrariasse o regime democrático.

Gabarito: CORRETO.

8.6. A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 (ou CF/1969)

O rompimento da curta tradição democrática retomada com a CF/1946 deu-se a partir do Ato Institucional n.º 01, de 09.04.1964, instaurando-se formalmente o regime militar. O AI-1 foi sucedido por diversos outros atos institucionais, até o famigerado AI-5, considerado o auge do período militar-ditatorial.

O golpe militar foi tramado por militares descontentes com as políticas reformistas do Governo João Goulart, sob o argumento, mais uma vez, de uma suposta ameaça comunista no Brasil, tal qual historicamente registrado no contexto de outra Constituição ditatorial, a de 1937.

Diante da necessidade de formulação de um contexto unitário para o conturbado cenário político, o AI-4, editado em 07.12.1966, convocou extraordinariamente o Congresso Nacional, fixando normas para a votação da nova Constituição. O então Presidente Castello Branco enviou o projeto ao Congresso Nacional, que o aprovou com pequenas alterações, tendo a Constituição sido promulgada em 24.01.1967.

São características da Constituição de 1967:

PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA CONSTITUIÇÃO DE 1967

a) Foram mantidas a **forma de governo republicana, o sistema de governo presidencialista** e a **forma federativa de Estado**, porém de forma desequilibrada, uma vez que houve a **centralização exacerbada das competências legislativas e das receitas tributárias na União;**

b) Foi mantida a **divisão clássica tripartite dos poderes: Legislativo**, com a adoção do modelo bicameral no âmbito da União (Câmara dos Deputados e Senado Federal), embora com atribuições limitadas, uma vez que o Presidente da República legislava através dos Decretos-lei (decretos com força de lei); **Executivo,** exercido pelo Presidente da República, eleito pela maioria absoluta do Colégio Eleitoral composto por membros do Congresso Nacional e Delegados indicados pelas Assembleias Legislativas dos Estados, e auxiliado pelos Ministros de Estado; **Judiciário,** composto pelo Supremo Tribunal Federal, juízes e Tribunais Federais de Recursos, Juízes e Tribunais Militares, Juízes e Tribunais Eleitorais, Juízes e Tribunais do Trabalho, com previsão de garantias aos magistrados (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade dos subsídios);

c) Houve a **manutenção do controle difuso-concreto de constitucionalidade e do controle concentrado de constitucionalidade;**

d) Houve a **manutenção dos direitos fundamentais civis e políticos, de nacionalidade, sociais, econômicos e culturais, inclusive os trabalhistas,** com algumas restrições. Contudo, os direitos previstos não eram assegurados na prática, verificando-se um abismo entre a previsão constitucional e realidade social;

e) A Constituição era classificada como: **formal, escrita, rígida, outorgada, analítica e dogmática.**

O Ato Institucional n.º 5 (AI-5) reforçou os atos repressivos do Estado e rompeu com a ordem constitucional de 1967. Cassação de mandatos parlamentares e de Ministros do STF, instituição da censura e a suspensão do *habeas corpus* foram alguns atos que caracterizam os "anos de chumbo". O AI-5, inclusive, suspendeu as garantias constitucionais e legais da vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, excluindo da apreciação judicial os atos nele fundados.

Em 17.10.1969 foi outorgada, pela Junta Militar que governa o país naquele momento, a EC n.º 01. Diante das inúmeras mudanças empreendidas pela aludida Emenda, a doutrina registra que se tratou, em verdade, de uma nova Constituição.

Dentre as principais mudanças empreendidas pela EC n.º 01/69 (ou CF/1969, como preferem os doutrinadores), citam-se:

PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA EC N.° 01/1969 (OU CF/1969)

a) Ampliação do mandato do Presidente da República para 5 anos, mantendo-se, porém, sua eleição indireta. A EC n.º 8/77 ampliou o mandato para 6 anos;

b) O Congresso Nacional passou a ser presidido pelo Presidente do Senado Federal;

c) Houve uma redução do número de Deputados Federais;

d) Foi mitigada a imunidade material dos parlamentares;

e) Houve retrocessos nos direitos fundamentais e avanço dos sistemas repressivos, com prática de torturas e execuções sumárias;

f) A EC n.º 7/77 criou a Representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual a ser julgado pelo STF, bem como a instituição de medida cautelar nas representações genéricas de inconstitucionalidade.

g) A CF/1969 classifica-se como: formal, escrita, rígida, outorgada, analítica e dogmática.

A CF/1969 vigorou por quase 20 anos, até ser superada pela CF/1988.

QUESTÃO DE CONCURSO

(VUNESP - TJ-SP – 2018 - Juiz de Direito Substituto) O Ato Institucional nº 5 suspendeu as garantias constitucionais e legais da vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade e excluiu da apreciação judicial os atos nele fundados.

Gabarito: CORRETO.

8.7. A Constituição Federal de 1988

Já se viu que a instabilidade institucional ocasionada pela quebra do processo político democrático e legítimo mostrou-se acompanhada de práticas supressivas de diversos direitos constitucionais, agravados progressivamente pelo regime militar, até a promulgação do já mencionado AI-5.

A supressão de garantias fundamentais, o desmantelamento do sistema de liberdades – de expressão, de pensamento, de locomoção, de reunião etc. –, o desrespeito à integridade física através dos crimes de tortura foram apenas alguns atos praticados pela ditadura militar.

Contudo, após 21 anos de regime ditatorial, a necessidade de redemocratização foi sendo paulatinamente anunciada pelos diversos setores da sociedade civil.

Dentre os fatos relevantes que antecederam a nova Constituição, destaca-se o movimento "Diretas Já", considerado um prenúncio da redemocratização do Brasil. O então Deputado Federal Dante Oliveira apresentou a PEC 5/83, propondo eleição direta para Presidente e Vice-Presidente da República. Apesar do grande apoio popular, a proposta foi rejeitada em 25.04.1984 e, diante de tal situação, o Colégio Eleitoral elegeu, em 15.01.1985, Tancredo Neves, o primeiro civil eleito – embora indiretamente – após aproximadamente 21 anos de ditadura militar.

Contudo, Tancredo Neves não tomou posse, falecendo em 21.04.1985, tendo assumindo a Presidência o seu Vice-Presidente, José Sarney.

Em 1985, a ditadura militar, agora enfraquecida, anunciava uma transição lenta, gradativa e segura.

Em cumprimento ao quanto determinado pela EC n.º 26/1985, foi instalada, em 1º/02/1987, a Assembleia Nacional Constituinte, a qual representou, sob o viés político, a superação de um estado de exceção. A elaboração de uma nova Constituição era exigência da redemocratização.

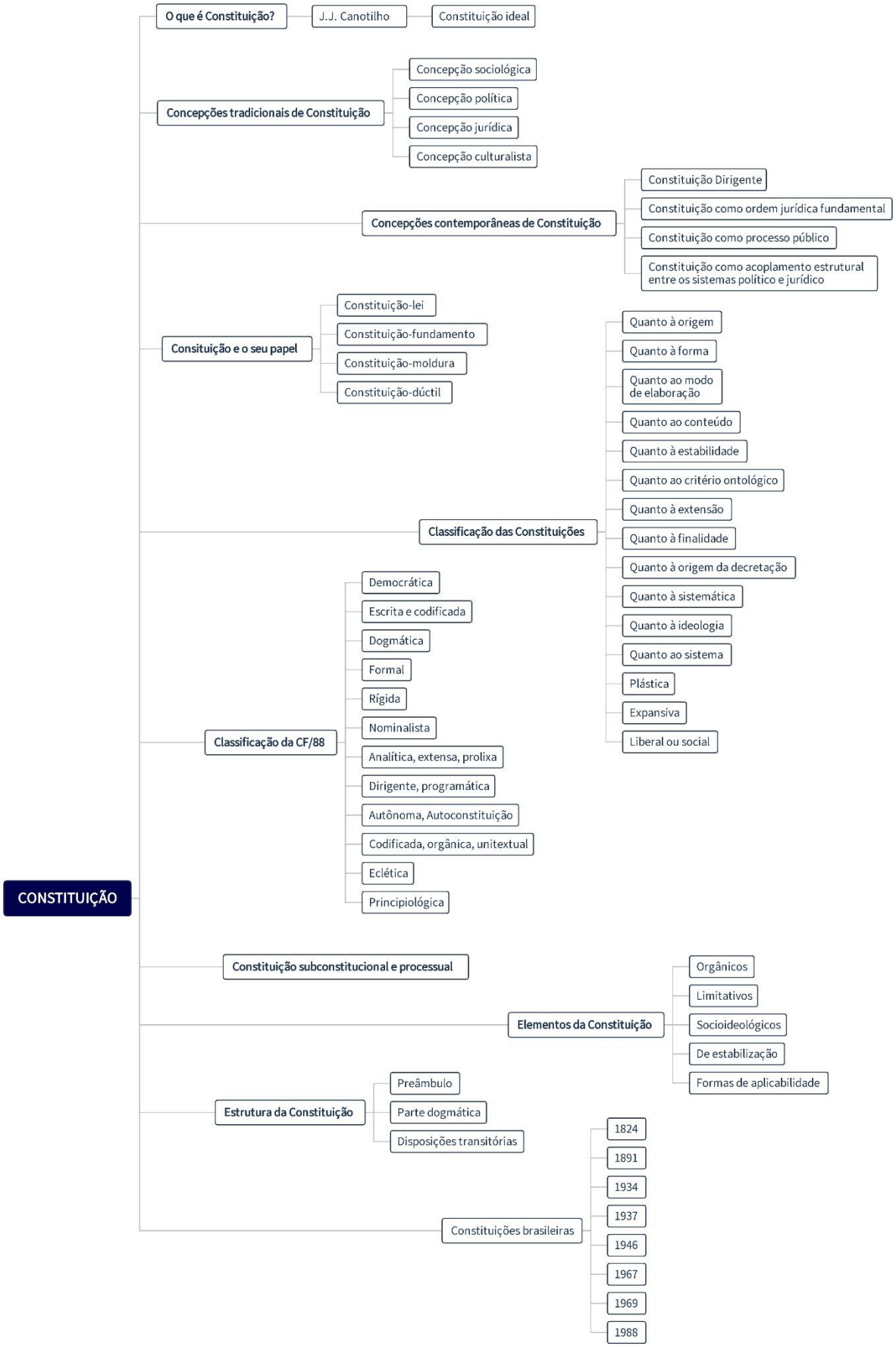
Após um intenso trabalho desenvolvido na Assembleia Constituinte, foi finalmente promulgada, em 5 de outubro de 1988, a atual Constituição Federal do Brasil, objeto principal de estudo neste material.

QUESTÃO DE CONCURSO

(**CESPE/CEBRASPE - TRF5-2007 - Juiz Federal Substituto)** O prenúncio da redemocratização do Brasil foi, em 1984, o movimento civil Diretas Já, de reivindicação por eleição presencial direta no Brasil, a qual se concretizou na aprovação, com expressiva votação pelo Congresso Nacional, da proposta de Emenda Constitucional Dante de Oliveira, que permitiu a volta dos civis ao poder e a subsequente eleição de Tancredo Neves.

Gabarito: INCORRETO.

Resolução: a PEC "Dante Oliveira" foi rejeitada em 25.04.1984, apesar do amplo apoio popular, tendo sido posteriormente eleito, de forma indireta, Tancredo Neves.


CONSTITUIÇÃO
O que é Constituição?
J.J. Canotilho
Constituição ideal
Concepções tradicionais de Constituição
Concepção sociológica
Concepção política
Concepção jurídica
Concepção culturalista
Concepções contemporâneas de Constituição
Constituição Dirigente
Constituição como ordem jurídica fundamental
Constituição como processo público
Constituição como acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico
Consituição e o seu papel
Constituição-lei
Constituição-fundamento
Constituição-moldura
Constituição-dúctil
Classificação das Constituições
Quanto à origem
Quanto à forma
Quanto ao modo de elaboração
Quanto ao conteúdo
Quanto à estabilidade
Quanto ao critério ontológico
Quanto à extensão
Quanto à finalidade
Quanto à origem da decretação
Quanto à sistemática
Quanto à ideologia
Quanto ao sistema
Plástica
Expansiva
Liberal ou social
Classificação da CF/88
Democrática
Escrita e codificada
Dogmática
Formal
Rígida
Nominalista
Analítica, extensa, prolixa
Dirigente, programática
Autônoma, Autoconstituição
Codificada, orgânica, unitextual
Eclética
Principiológica
Constituição subconstitucional e processual
Elementos da Constituição
Orgânicos
Limitativos
Socioideológicos
De estabilização
Formas de aplicabilidade
Estrutura da Constituição
Preâmbulo
Parte dogmática
Disposições transitórias
Constituições brasileiras
1824
1891
1934
1937
1946
1967
1969
1988

4 PODER CONSTITUINTE

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS: CONCEITO E ORIGEM DO PODER CONSTITUINTE

Acerca do Poder Constituinte, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento preconizam:

> Trata-se do poder de criar a Constituição e de fundar ou refundar o Estado e a ordem jurídica. A expressão "poder constituinte" é também empregada para designar o poder de modificar a Constituição, bem como o de elaborar, nos Estados federais, as constituições estaduais. Estes últimos são tidos como expressão do chamado poder constituinte derivado, que se subdivide, respectivamente, em poder de reforma da Constituição e poder constituinte decorrente (2014, p. 199).

A origem da teoria do Poder Constituinte remonta à **França pré-revolucionária,** onde a sociedade era composta por três distintos grupos sociais, denominados de Estados.

A sociedade francesa, à época da Monarquia Absolutista, apresentava a seguinte estratificação: primeiro Estado, que correspondia ao Clero, aos membros da Igreja Católica; segundo Estado, que correspondia aos membros da Nobreza; e o terceiro Estado, que englobava a população restante (a plebe e a burguesia).

Os privilégios eram concentrados nos dois primeiros Estados, que representavam, aproximadamente, apenas 3% da população.

Em 1788, **Emmanuel Joseph Sieyès** escreveu um folhetim denominado **"O Que é o Terceiro Estado?"** (também encontrado sob a versão "A Constituinte Burguesa"), no qual restou demonstrado que os integrantes pertencentes ao terceiro Estado, apesar de carecedores dos benefícios concedidos ao Clero e à Nobreza, eram, em verdade, os responsáveis pelo sustento da França, ou seja, a força econômica produtora da riqueza.

No mencionado manifesto, Sieyès resume a situação a partir de três questionamentos: 1º) O que é o terceiro Estado? – Tudo; 2º) O que tem sido ele, até agora, na ordem política? – Nada; 3º) O que ele pretende? – Ser alguma coisa.

As ideias do autor foram essenciais para o contexto do movimento revolucionário francês que, como revolução burguesa, pretendia superar o regime absolutista monárquico.

Em sua obra, Sieyès faz a distinção entre poder constituinte e poder constituído, ponto central da sua teoria, afirmando que **o poder constituinte é aquele responsável pela criação da Constituição, enquanto que poderes constituídos são aqueles por ela definidos.**

QUESTÃO DE CONCURSO

(**FCC – 2018 - MPE-PB - Promotor de Justiça Adjunto)** A distinção entre poder constituinte e poder constituído, sendo aquele exercido pela nação, por meio de representantes para tanto investido, é devida a Emmanuel-Joseph Sieyès, na obra "O que é o Terceiro Estado?".

Gabarito: CORRETO.

O autor identificou, na formação da sociedade política, três fases: 1º) existência de indivíduos isolados desejosos de se reunir, sendo-lhe atribuídos direitos de uma nação; 2º) os indivíduos, agora reunidos, passariam a deliberar acerca da forma de satisfazer as necessidades comuns; 3º) surge a necessidade de delegarem as decisões da coletividade a alguns integrantes desta.

Sieyès traz a ideia de que a nação não é escrava da Constituição e, por isso, poderia alterá-la por meio de representantes.

Frise-se que **para Sieyès, com base na teoria da soberania nacional, o titular do poder constituinte é a "Nação"**, o que vem expresso, inclusive, no art. 3º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: "O princípio de toda soberania reside essencialmente na Nação". Tal concepção foi adotada no Brasil, na Constituição Imperial de 1824.

Posteriormente, contudo, houve a mudança de titularidade do Poder Constituinte para o povo, baseando-se na teoria da soberania popular, classicamente concebida por Rousseau. É a concepção adotada na CF/88, conforme o parágrafo único do art. 1º:

> **Art. 1º, parágrafo único, CF/88** - Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

QUESTÃO DE CONCURSO

(**MPE-PR - 2017 - MPE-PR - Promotor Substituto)** A teoria da soberania popular considera que o poder constituinte é de titularidade do povo, esse compreendido como complexo de forças políticas plurais, "grandeza pluralística", ou seja, como uma pluralidade de forças culturais, sociais e políticas tais como partidos, grupos, igrejas, associações, personalidades, decisivamente influenciadoras da formação de opiniões, vontades, correntes ou sensibilidade políticas nos momentos preconstituintes e nos procedimentos constituintes.

Gabarito: CORRETO.

O ápice do movimento da teorização do Poder Constituinte pode ser representado a partir da figura do terceiro Estado – o povo – formando uma Assembleia Nacional Constituinte para a elaboração de uma Constituição para o país.

Classicamente, o Poder Constituinte é dividido nas seguintes espécies:

Poder Constituinte Originário;

Poder Constituinte Derivado.

Modernamente, acresceram-se, ainda, duas outras espécies de Poder Constituinte:

Poder Constituinte Difuso;

Poder Constituinte Supranacional.

A partir de então, serão estudadas as espécies de Poder Constituinte.

2. PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

O **Poder Constituinte Originário (genuíno, primário ou de primeiro grau)** tem a sua origem no movimento do constitucionalismo do século XVIII, pois é nesse momento que se inicia a era das constituições escritas. É imprescindível a existência de um poder encarregado de elaborar as Constituições.

Assim, compete ao Poder Constituinte Originário **criar um novo Estado a partir da elaboração de uma Constituição, rompendo com a ordem jurídica precedente.**

2.1. Natureza do Poder Constituinte Originário

Quanto à natureza do Poder Constituinte Originário, há três correntes:

NATUREZA DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO	
1ª CORRENTE: PODER DE DIREITO	Para esta corrente, o Poder Constituinte Originário é fundamentado em um direito natural, anterior e superior a qualquer direito positivo. Trata-se de um poder anterior ao Estado que existe para instituí-lo e organizá-lo. Trata-se, então, de uma **concepção jusnaturalista.**
2ª CORRENTE: PODER DE FATO	Para esta corrente, não há direito antes da instituição do Estado. O Poder Constituinte Originário institui o Estado e este cria o Direito. Ele possui, então, natureza política, consistindo em um poder de fato que funda a si próprio e é resultado das forças sociais que o estabelecem. É uma **concepção juspositivista.**
3ª CORRENTE: HÍBRIDA	Para esta corrente, tal poder, como ruptura, é um poder de fato, mas na elaboração de sua obra, apresenta-se como um poder de direito, na medida em que tem o poder de desconstituir um ordenamento, revogando-o, e elaborar outro, daí sua feição jurídica.

QUESTÃO DE CONCURSO

(**CESPE – 2019 - TJ-BA - Juiz de Direito Substituto)** O poder constituinte originário é uma categoria pré-constitucional que fundamenta a validade da nova ordem constitucional.

Gabarito: CORRETO.

ATENÇÃO

Você já ouviu falar em *"bootstrapping"* constitucional?

O termo "bootstrapping" denota a superação de obstáculos por iniciativa e esforços próprios. A figura do "bootstrapping" constitucional é apresentada na doutrina por Jon Elster, referindo-se ao **processo pelo qual uma assembleia constituinte rompe seus laços com as autoridades que a convocaram, arrogando para si mesma parcela ou totalidade dos poderes dela.**

De onde surgiu o termo?

Na Convenção de Filadélfia, que deu origem à Constituição Norte-Americana, verifica-se que os Estados Confederados eram regidos pelos "Artigos da Confederação", os quais disciplinavam que qualquer alteração só seria possível com a concordância dos treze Estados. Contudo, estava-se diante de uma Assembleia Constituinte, que, como manifestação do Poder Constituinte Originário, é incondicional (não está condicionada a nenhum procedimento ou forma). Assim, e diante do fato de um dos Estados Confederados não ter enviado representante, o que inviabilizaria a unanimidade, decidiu-se que seria necessário o acordo de, ao menos, nove Estados, afastando-se, assim, a exigência de unanimidade entre os treze Estados Confederados.

De acordo com Juliano Bernardes e Olavo Ferreira (2017, pp. 94-95), **o bootstrapping constitucional está associado a três questões importantes do constitucionalismo:**

a) **legitimidade das Constituições**, pois as assembleias constituintes que reagem contra os limites estabelecidos pela autoridade que as criou buscam justificar a própria legitimidade, em geral sob o argumento de que sua autoridade final provém diretamente do povo;

b) **limites do poder constituinte**, devendo-se levar em consideração que o fenômeno do *bootstrapping* deve ter limites, pois as normas constitucionais devem ser aptas a conseguir uma articulação das preferências e interesses públicos dos produtores de normas e dos destinatários dessas normas;

c) **longevidade das Constituições**, pois o triunfo dos casos de *bootstrapping* constitucional dependerá da observância do balanceamento entre o passado e o futuro. Menciona-se, por exemplo, a Constituição norte-americana que, ao romper apenas parcialmente com o passado, acabou por revelar-se bem sucedida, enquanto que a Constituição francesa, que rompeu claramente com o passado, fracassou logo em seguida.

2.2. Classificação do Poder Constituinte Originário

O Poder Constituinte Originário **pode ser classificado em:**

CLASSIFICAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO	
PODER CONSTITUINTE MATERIAL	É o conjunto de valores essenciais, materiais, filosóficos, morais, sociais, políticos, que traduzem a vontade popular. São as forças político-sociais que vão apresentar uma nova ideia de direito para o Estado e para a sociedade, rompendo com o *status quo* para estabelecer uma nova ordem. A ruptura deverá ocorrer, e isso poderá acontecer por revolução (de baixo para cima), por golpe (de cima para baixo) ou por meio de um consenso jurídico-político.
PODER CONSTITUINTE FORMAL	É aquele que concretiza a expressão do Poder Constituinte Originário Material, sendo, portanto, a sua positivação. É aquele grupo encarregado de formalizar a ideia de direito apresentada pelo Poder Constituinte Material, através da redação de um novo texto constitucional. Assim, tem-se um efetivo momento de elaboração da Constituição, dando a ideia do direito que surgiu.

Pode-se afirmar, então, que o Poder Constituinte Originário é um poder extraordinário, que surge em um movimento extraordinário, com vistas a constituir uma nova ordem para o Estado e para a sociedade, a partir da desconstituição de uma ordem anterior. Assim, ele é, ao mesmo tempo, constitutivo e desconstitutivo.

2.3. Subdivisão do Poder Constituinte Originário

O Poder Constituinte Originário pode ser subdivido nas seguintes subespécies:

SUBESPÉCIES DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO	
HISTÓRICO	É o verdadeiro Poder Constituinte Originário, que instaura o Estado pela primeira vez. Também chamado de **fundacional.**

REVOLUCIONÁRIO	São todos aqueles que se manifestam após o Poder Constituinte Histórico, rompendo com a Antiga Ordem e instaurando um novo regime. Também chamado de **pós-fundacional.**
CONSENSUAL	Tal subespécie não é apontada por toda a doutrina. Aqui, tem-se a inauguração de um novo regime por meio de uma nova Constituição fruto de um pacto/consenso entre forças políticas divergentes. OBS: **a Constituição Federal de 1988, por exemplo, é fruto de um consenso entre setores diversos da sociedade, entre grupos políticos distintos, o que leva Oscar Vilhena Vieira a afirmar que houve um "compromisso maximizador", inclusive entrincheirando-se, no texto constitucional, temas de difícil conciliação** (2018, p. 153).

2.4. Formas de expressão do Poder Constituinte Originário

São **formas de expressão** do Poder Constituinte Originário:

FORMAS DE EXPRESSÃO DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO	
OUTORGA	É caracterizada pela declaração unilateral do agente revolucionário, ocorrendo a usurpação do Poder Constituinte Popular. Foi o que ocorreu, por exemplo, com as Constituições brasileiras de 1824, 1937, 1967 e 1969 (EC n.º 01/69).
ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE	Aqui, a Constituição nasce da deliberação da representação popular, de forma democrática. Foi observada nas Constituições brasileiras de 1891, 1934, 1946 e 1988.

2.5. Características do Poder Constituinte Originário

As **características** do Poder Constituinte Originário:

CARACTERÍSTICAS DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO	
POLÍTICO	É um **poder de fato**, não sendo um poder jurídico, pois não se baseia em uma ordem jurídica. Pelo contrário, faz nascer a ordem jurídica.
INICIAL	**Inaugura a nova ordem jurídica**, rompendo com o regime anterior. Ele é sempre uma ruptura jurídico-política que apresenta um novo Estado e uma nova sociedade. É um "começar de novo". Para a teoria constitucional, a Constituição cria o Estado, ainda que o Estado exista historicamente.
INCONDICIONADO	**Não está condicionado a termos pré-fixados procedimentalmente para a elaboração da nova Constituição**. Ou seja, quem define os procedimentos para a elaboração da Constituição é o próprio Poder Constituinte, não se sujeitando a nenhuma forma pré-fixada para a sua manifestação. OBS.: afirma-se que o Poder Constituinte Originário não está condicionado a procedimentos pré-fixados para a elaboração da nova Constituição. Quanto ao aspecto material, contudo, modernamente pode-se afirmar que, quando ele se expressa historicamente, estará condicionado pelos valores sociais e políticos que

	levaram à sua deflagração, tendo sido este ponto cobrado no concurso do TJ-SP, em 2018, conforme indicado abaixo desta tabela.
PERMANENTE	**Ele não se exaure com a elaboração da Constituição**, podendo se manifestar a qualquer tempo, quando manifestado pelo seu titular (o povo). Mesmo **após a elaboração da Constituição, o Poder Constituinte continua vivo, ainda que em estado de latência** (em hibernação), pois está alocado no povo, seu titular.
AUTÔNOMO	Significa afirmar que **só ao seu exercente cabe fixar os termos em que a nova Constituição será estabelecida e qual Direito deverá ser implantado**.
ILIMITADO	Significa afirmar que **não deve respeitar limites estabelecidos pelo direito anterior,** devendo este entendimento ser adotado em provas objetivas de concursos públicos. **Há, contudo, divergências doutrinárias.** A **corrente jusnaturalista** afirma que **o Poder Constituinte Originário não é totalmente autônomo, uma vez que encontra limitações impostas, ao menos, pelo Direito Natural.** O **Brasil**, contudo, **adota a corrente positivista**, afirmando que o Poder Constituinte Originário é totalmente ilimitado do ponto de vista jurídico, apresentando natureza pré-jurídica e, com isso, nem mesmo o Direito Natural (suprapositivo) o limita.

QUESTÃO DE CONCURSO

(**VUNESP – 2018 - TJ-SP - Juiz Substituto)** Modernamente, pode-se afirmar sobre o Poder Constituinte Originário que o Poder Constituinte que se expressa historicamente estará sempre condicionado pelos valores sociais e políticos que levaram à sua deflagração e pela ideia de direito decorrente do processo civilizatório.

Gabarito: CORRETO.

Acerca dos limites ao Poder Constituinte Originário, Meirelles Teixeira afirma:

> [...] esta ausência de vinculação, note-se bem, é apenas de caráter jurídico-positivo, significando apenas que o Poder Constituinte não está ligado, em seu exercício, por normas jurídicas anteriores. Não significa, porém, e nem poderia significar, que o Poder Constituinte seja um poder arbitrário, absoluto, que não conheça quaisquer limitações. Ao contrário, tanto quanto a soberania nacional, da qual é apenas expressão máxima e primeira, está o Poder Constituinte limitado pelos grandes princípios do bem comum, do direito natural, da moral, da razão. Todos estes grandes princípios, estas exigências ideais, que não são jurídico-positivas, devem ser respeitados pelo Poder Constituinte, para que este se exerça legitimamente. O Poder Constituinte deve acatar, aqui, "a voz do reino dos ideais promulgados pela consciência jurídica" [...]. (1991, p. 213).

Nos mesmos termos, Canotilho afirma que o poder constituinte "é estruturado e obedece a padrões e modelos de conduta espirituais, culturais, éticos e sociais radicados na consciência jurídica geral da comunidade e, nesta medida, considerados como 'vontade do povo'". Canotilho menciona, ainda, a existência de limites externos em um mundo globalizado, diante do transconstitucionalismo, e em princípios de direito internacional (como o princípio da não-intervenção, da independência dos povos e da prevalência dos direitos humanos) e de justiça.

QUESTÃO DE CONCURSO

(**MPE-GO – 2019 - MPE-GO - Promotor de Justiça)** Segundo J. J. Gomes Canotilho, a autonomia e incondicionalidade do Poder Constituinte originário não são absolutas porquanto se o Poder Constituinte se destina a criar uma Constituição , concebida como organização e limitação do poder, não se vê como essa "Vontade de Constituição" possa deixar de condicionar a vontade do criador. Por outro lado, esse criador, esse povo ou nação é estruturado e obedece a padrões e modelos de conduta espirituais, éticos e sociais radicalizados na consciência jurídica geral da comunidade. É o autor que denomina "vinculação jurídica do poder Constituinte".

Gabarito: CORRETO.

Paulo Branco também se posiciona acerca da existência de limitações políticas inerentes ao exercício do Poder Constituinte Originário, nos seguintes termos:

> [...] Se o poder constituinte é a expressão da vontade política da nação, não pode ser entendido sem a referência aos valores éticos, religiosos e culturais que informam essa mesma nação e que motivam as suas ações. Por isso, um grupo que se arrogue a condição de representante do poder constituinte originário, se se dispuser a redigir uma Constituição que hostilize esses valores dominantes, não haverá de obter o acolhimento de suas regras pela população, não terá êxito no seu empreendimento revolucionário e não será reconhecido como poder constituinte originário. Afinal, só é dado falar em atuação do poder constituinte originário se o grupo que diz representá-lo colher a anuência do povo, ou seja, se vir ratificada a sua invocada representação popular. (2013, p. 213).

QUESTÃO DE CONCURSO

(**CESPE – 2015 – AGU - Advogado da União)** Diferentemente do poder constituinte derivado, que tem natureza jurídica, o poder constituinte originário constitui-se como um poder, de fato, inicial, que instaura uma nova ordem jurídica, mas que, apesar de ser ilimitado juridicamente, encontra limites nos valores que informam a sociedade.

Gabarito: CORRETO.

Por fim, registre-se que Jorge Miranda categoriza três ordens possíveis de limites ao Poder Constituinte Originário:

LIMITES TRANSCENDENTES – advêm dos imperativos do direito natural e dos valores éticos superiores que originam uma consciência jurídico-coletiva, limitadores do poder constituinte material, impedindo a superação ou redução de direitos fundamentais conexos com a noção de dignidade da pessoa humana e solidificados na ordem jurídica em um indiscutível consenso social;

LIMITES IMANENTES – decorrem da soberania e da forma de Estado, com limitações ao poder constituinte formal em sua origem e finalidade, por se tratar de apenas mais um momento da marcha histórica;

LIMITES HETERÔNOMOS– decorrem da conjugação do Estado com outros ordenamentos jurídicos, limitando-se pelo conjunto de regras, obrigações e princípios oriundos do direito internacional, os quais impõem limitação à conformação estatal. Podem resultar, ainda, em limites heterônomos do próprio direito interno, quando há a configuração de um Estado que possui uma ordem central de poder e domínios parcelares, como ocorre com os Estados federados, resultando em obrigações entre União e Estados-membros.

Sistematizando, pode-se afirmar que **os limites heterônomos dividem-se em:**

Limites heterônomos de caráter geral – correspondem aos princípios de *jus cogens*;

limites heterônomos de caráter especial – correspondem a limitações de conteúdo da Constituição em razão do Estado ter assumido deveres para com outro, com outros Estados ou com a comunidade internacional;

limites heterônomos de direito interno – consignam os limites recíprocos entre a União Federal e os Estados Federados.

3. PODER CONSTITUINTE DERIVADO

O **Poder Constituinte Derivado (instituído, secundário ou de 2º grau)** é aquele que, como o próprio nome sugere, deriva do Poder Constituinte Originário. É o poder que pode empreender modificações ao texto constitucional originário, em regra, ou ainda revisar a Constituição, nos termos do quanto estabelecido pelo Originário, ou ainda estruturar as Constituições Estaduais.

Diante de tal afirmação, depreendem-se as subespécies do Poder Constituinte Derivado: a) Poder Constituinte Derivado Reformador; b) Poder Constituinte Derivado Revisor; c) Poder Constituinte Derivado Decorrente.

Antes, contudo, de detalhar tais subespécies, devem-se verificar as características do Poder Constituinte Derivado.

3.1. Características do Poder Constituinte Derivado

As **características** do Poder Constituinte Derivado são:

CARACTERÍSTICAS DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO	
DERIVADO	Trata-se de um poder de direito, estabelecido juridicamente, retirando o seu fundamento de validade do Poder Constituinte Originário.
LIMITADO	Ao Poder Constituinte Derivado são estabelecidas limitações expressas e implícitas inseridas no texto constitucional pelo Poder Constituinte Originário, o que justifica, por exemplo, a realização de controle de constitucionalidade em face das emendas constitucionais.
CONDICIONADO	O Poder Constituinte Originário estabelece as condições, as formalidades, para que o Poder Constituinte Derivado se manifeste.

3.2. Espécies do Poder Constituinte Derivado

Dentre as espécies do Poder Constituinte Derivado, serão apresentados os seguintes: reformador; revisor; e decorrente.

Registre-se que **a doutrina majoritária indica que há duas espécies de Poder Constituinte Derivado de Reforma. Para esta doutrina, a reforma é um gênero, da qual são espécies a revisão (reforma geral ou global do texto) e as emendas (reformas pontuais do texto).**

Serão apresentadas, contudo, de maneira distinta, por se entender mais didático para a assimilação do conteúdo: a emenda constitucional, como produto do Poder Constituinte Derivado Reformador; e a revisão constitucional, como produto do Poder Constituinte Derivado Revisor.

Ao fim, será tratado o Poder Constituinte Derivado Decorrente.

3.2.1. Poder Constituinte Derivado Reformador

O Poder Constituinte Derivado Reformador é aquele que tem o poder de modificar a Constituição Federal por meio das Emendas Constitucionais, mediante um procedimento específico estabelecido pelo Poder Constituinte Originário, conforme art. 60 da CF/88.

Os limites estabelecidos ao Poder Constituinte Derivado Reformador são:

A) LIMITES CIRCUNSTANCIAIS – deve-se questionar em quais circunstâncias a Constituição Federal não pode ser emendada, o que vem disciplinado no art. 60, §1º, da CF/88:

> **Art. 60, § 1º, CF/88 -** A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

B) LIMITES FORMAIS (PROCEDIMENTAIS) – deve-se questionar qual é a forma/procedimento exigido pela Constituição Federal para a alteração do seu texto.

Aqui, têm-se os limites formais subjetivos e os limites formais objetivos.

Quanto aos **limites formais subjetivos**, a Constituição Federal elenca, no art. 60, I, II e III, o rol de legitimados para propor uma PEC (Proposta de Emenda à Constituição):

> **Art. 60. A, CF/88 -** Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
> **I** - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
> **II -** do Presidente da República;
> **III** - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

Deve-se questionar se o povo tem legitimidade para apresentar Proposta de Emenda à Constituição. José Afonso da Silva defende tal possibilidade, em razão de uma interpretação sistemática da Constituição, fundamentada na análise combinada do parágrafo único do art. 1º, do art. 14 e do §2º do art. 61.

Contudo, **para as provas objetivas, deve-se aplicar a interpretação literal, no sentido que o povo não tem legitimidade para apresentar a PEC, por ausência de previsão constitucional,** sendo taxativo o rol de legitimados constantes nos incisos I, II e III do art. 60 da CF/88.

QUESTÃO DE CONCURSO

(**VUNESP – 2018 - TJ-RS - Juiz de Direito Substituto)** A iniciativa popular no processo de reforma da Constituição Federal de 1988 não é prevista expressamente pelo texto constitucional, muito embora seja admitida por alguns autores, com fundamento em uma interpretação sistemática da Constituição Federal.

Gabarito: CORRETO.

Deve-se observar, contudo, que as Constituições Estaduais podem disciplinar os seus processos específicos de alteração da Constituição, inclusive com a previsão de iniciativa popular para emenda à Constituição Estadual, levando-se em consideração o princípio da soberania popular.

QUESTÃO DE CONCURSO

(**MPE-SP – 2022 – MPE-SP – Promotor de Justiça Substituto)** Constituições Estaduais podem disciplinar seus próprios processos de revisão constitucional, estando conforme a Constituição Federal a previsão de iniciativa popular para emenda à Constituição Estadual em prestígio ao princípio da soberania popular.

Gabarito: CORRETO.

Quanto aos **limites formais objetivos**, a Constituição Federal estabelece algumas regras que devem ser observadas, nos §§2º, 3º e 5º do art. 60:

> **§ 2º** A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.
> **§ 3º** A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.
> (...)
> **§ 5º** A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Em relação ao §5º, duas observações:

Deve-se distinguir sessão legislativa de legislatura, matéria atinente ao estudo do processo legislativo. A legislatura, conforme o art. 44, parágrafo único, da CF/88, tem a duração de quatro anos, enquanto a sessão legislativa é período referente ao exercício atual (ex: sessão legislativa do exercício de 2023). Caso uma proposta de emenda seja rejeitada no ano de 2023, a matéria só poderá ser objeto de nova proposta na sessão legislativa do ano seguinte, ou seja, 2024;

o STF tem entendimento de que a rejeição de emenda parlamentar, mesmo que de caráter substitutivo, apresentada à PEC, não impede a continuidade do processo legislativo de emenda à Constituição e, consequentemente, a apreciação da Proposta, ainda que a matéria seja a mesma e a apreciação ocorra na mesma sessão legislativa. No entendimento da Suprema Corte, o que foi rejeitado foi o substitutivo (que é emenda parlamentar) da proposta, e não a própria proposta originária de emenda à Constituição, não havendo, portanto, ofensa ao §5º do art. 60 (STF, Plenário, MS 22.503, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 8/5/1996, DJ de 6/6/1997).

Ademais, o candidato deve estar atento à recente decisão do STF (2022), abaixo explanada, com muita incidência nas provas de concurso público:

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE

O Supremo Tribunal Federal já afirmou que as regras básicas do processo legislativo previstas na Constituição Federal são de observância obrigatória pelos Estados-membros, sendo necessário observar, neste caso, o princípio da simetria.

As normas regentes do processo legislativo federal possuem natureza estruturante e se impõem como limites aos poder constituinte derivado, ensejando-se, assim, a inconstitucionalidade das Constituições estaduais que destoem do quanto ali previsto.

Nestes termos, o STF decidiu: "**É inconstitucional norma de constituição estadual que preveja quórum diverso de 3/5 dos membros do Poder Legislativo para aprovação de emendas constitucionais"** (STF, Plenário. ADI 6453/RO, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 11/02/2022, Info. 1043[3]).

Disponível em:

[3] https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo1043.htm

QUESTÃO DE CONCURSO

(**FGV – 2024 - ENAM)** A Constituição do Estado Alfa disciplinou as regras e os parâmetros de processo legislativo e previu que a proposta de Emenda à Constituição será discutida e votada em dois turnos, considerando-se aprovada quando obtiver, em ambos, 2/3 dos votos dos membros da Assembleia Legislativa.

Diante do exposto, da sistemática constitucional vigente e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é correto afirmar que a referida norma é

A) constitucional, pois o processo legislativo de reforma constitucional do Estado-membro integra o poder constituinte derivado decorrente e, por conseguinte, retira sua força da CFRB/88.

B) inconstitucional, pois as regras e os parâmetros do processo legislativo federal, como é o caso do processo de reforma constitucional, não são de reprodução obrigatória nas Constituições estaduais, mas o processo legislativo para emenda de constituição estadual só pode ser igual ou mais rígido do que o federal.

C) inconstitucional por ofensa ao princípio da simetria, ao qual a autonomia dos Estados-membros se submete, a teor do que prevê o Art. 25 da CFRB/88 e o Art. 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

D) constitucional por observância ao princípio do paralelismo, a teor do que prevê o Art. 25 da CFRB/88 e o Art. 11 do ADCT, pois o texto da Constituição Federal estabelece o mesmo quórum.

E) constitucional, pois as regras e os parâmetros do processo legislativo federal, como é o caso do processo de reforma constitucional, não são de reprodução obrigatória nas Constituições estaduais, em razão do poder de auto-organização e autolegislação dos entes federados.

Gabarito: LETRA C

Como visto, o STF firmou entendimento no sentido de que, no processo de reforma das Constituição Estaduais, deve-se observar os requisitos estabelecidos no art 60 da CF/88, não podendo os Estados divergirem do modelo federal. O art. 25 da CF/88, ao dispor que os Estados podem elaborar suas próprias Constituições, estabelece, também, que sejam observados os princípios estabelecidos na Constituição Federal. Dentre os princípios, encontram-se os princípios constitucionais extensíveis, que são aqueles que integram a estrutura da federação

C) LIMITES MATERIAIS (SUBSTANTIVAS) – deve-se atentar para as matérias que não podem ser objeto de propostas de emenda tendentes a aboli-las. São as chamadas **cláusulas pétreas**, expressas no art. 60, §4º da CF/88:

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

As matérias indicadas no art. 60, §4º, da CF/88 são limitações materiais explícitas, tratando-se de um **núcleo material mínimo imune a reformas constitucionais.**

Frise-se que a Constituição veda qualquer proposta de emenda tendente a abolir tais matérias. A proibição constitucional alcança, assim, qualquer proposta de emenda inclinada a suprimir qualquer valor

subjacente às matérias indicadas no art. 60, §4º, da CF/88, não sendo necessário que o constituinte reformador faça menção expressa à supressão de uma das cláusulas especialmente protegidas.

Duas observações devem ser feitas:

- o voto obrigatório não é cláusula pétrea, mas sim o voto direto, secreto, universal e periódico. Assim, é possível emenda constitucional estabelecendo o voto facultativo;
- apesar de o inciso IV fazer menção a "direitos e garantias individuais", é pacífico que a proteção alcança todos os direitos e garantias fundamentais, incluindo os de natureza coletiva e difusa, bem como os direitos sociais. O STF, inclusive, já reconheceu expressamente que o princípio da anterioridade tributária (art. 150, III, b da CF/88) é direito fundamental do contribuinte, embora não esteja previsto no catálogo dos direitos fundamentais do art. 5º. E, tratando-se de um direito fundamental, é cláusula pétrea.

Além dos limites materiais expressos, a doutrina consagra a existência dos **limites materiais implícitos**¸ que são aquelas não previstas expressamente no texto constitucional, mas que são inerentes aos regimes e princípios adotados.

Dirley da Cunha Jr. e Manoel Gonçalves Ferreira Filho mencionam consagrado estudo do saudoso professor baiano Nelson de Sousa Sampaio sobre os limites materiais implícitos. Trata-se da obra "O poder de reforma constitucional" (1954), em que são apresentados os seguintes limites implícitos ao poder de reforma constitucional:

LIMITES IMPLÍCITOS AO PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL	
LIMITES CONCERNENTES AO TITULAR DO PODER CONSTITUINTE	Trata da impossibilidade de uma emenda modificar o próprio titular do Poder Constituinte Originário que criou o poder derivado reformador;
LIMITES REFERENTES AO TITULAR DO PODER REFORMADOR	Trata da impossibilidade de uma emenda alterar a criatura (poder reformador) instituída pela vontade soberana do criador (poder originário);
LIMITES REFERENTES AO PROCESSO DA PRÓPRIA EMENDA	Trata da impossibilidade de o poder de reforma alterar o próprio processo formal utilizado para implementar as reformas constitucionais.

Em complemento, Dirley da Cunha Jr. acrescenta que os princípios fundamentais do Título I da CF/88 também constituem autêntica limitação material implícita ao poder reformador, não se admitindo que o poder constituinte derivado altere as decisões políticas fundamentais do Poder Originário que dão conformação político-constitucional ao Estado (2019, p. 228).

Ademais, e ainda com supedâneo em Dirley da Cunha Jr., as próprias limitações constitucionais – circunstanciais, materiais expressas e procedimentais são, por si só, uma limitação material implícita.

QUESTÕES DE CONCURSO

(**FGV – 2024 – AL-PR – Analista Legislativo)** As cláusulas pétreas são limites materiais impostos ao poder de reforma da Constituição com a finalidade de assegurar a imutabilidade de certos valores, princípios e estruturas essenciais da Constituição e preservar a identidade do projeto do constituinte originário. Diante do exposto, sobre as cláusulas pétreas, assinale a afirmativa correta.

A) Não são cláusulas pétreas os direitos decorrentes de tratado internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

B) São cláusulas pétreas os direitos fundamentais previstos expressamente na Constituição da República, mesmo que estejam fora do capítulo específico sobre direitos e garantias individuais.

C) Todas as cláusulas pétreas estão previstas taxativamente e expressamente na Constituição da República.

D) As normas que disciplinam o procedimento de emenda à Constituição não são consideradas limites materiais ao poder de reforma e podem ser alteradas.

E) É possível que uma reforma constitucional crie novas cláusulas pétreas além daquelas previstas originariamente na Constituição da República.

Gabarito: Letra B.

Justificativa: O STF e a doutrina apresentam uma interpretação ampliativa dos direitos fundamentais, para compreender que, além daqueles previstos no art. 5º da CF/88, são direitos fundamentais: os direitos sociais, da nacionalidade, políticos, outros direitos previstos ao longo do texto constitucional e, até mesmo, direitos humanos provenientes de tratados e convenções internacionais. Isso explica porque as assertivas "a" e "c" estão incorretas.

Em relação à assertiva "d", deve-se frisar que, no Direito Brasileiro, não se admite a teoria da dupla revisão, que seria a possibilidade de, em um primeiro momento, revogar uma cláusula pétrea para, em seguida, reduzir o seu âmbito de proteção. Aqui, tem-se um limite implícito ao poder de reforma constitucional: as regras que tratam do procedimento da emendas constitucionais.

Por fim, em relação à assertiva "e", tem-se um tema que não é pacífico na doutrina. Para a banca FGV, prevalece o posicionamento no sentido de que a criação de novas cláusulas pétreas somente é possível a partir da manifestação do Poder Constituinte Originário.

(**MPDFT – 2021 - MPDFT. Promotor de Justiça Adjunto)** Consoante entendimento reiterado do Supremo Tribunal Federal, além das cláusulas pétreas expressas na Constituição Federal de 1988, há também cláusulas pétreas implícitas que, igualmente, não podem ser alteradas, nem mesmo por Emenda Constitucional. **Gabarito: CORRETO.**

(MPE-GO – 2019 -MPE-GO - Promotor de Justiça) Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, as limitações materiais do Poder Constituinte de reforma, previstas no artigo 60, § 4º, da CF/88, não significam intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege.

Gabarito: CORRETO.

(MPE-GO – 2019 - MPE-GO - Promotor de Justiça) Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, as limitações materiais ao Poder Constituinte de reforma não se exaurem nas cláusulas estampadas no artigo 60, §4º, da CF/88, porquanto reconhece a Suprema Corte a existências de cláusulas pétreas implícitas.

Gabarito: CORRETO.

(PGR – 2017 – PGR - Procurador da República) As cláusulas pétreas protegem os conteúdos que, na sua essência, compõem a identidade e a estrutura da Constituição, não se opondo a desenvolvimentos ou modificações que preservem os princípios ali contidos.

Gabarito: CORRETO.

3.2.2. Poder Constituinte Derivado Revisor

O Poder Constituinte Derivado Revisor é responsável pela revisão da Constituição.

A revisão constitucional é uma reforma geral, realizada de uma única vez em todo o texto constitucional, nos moldes do art. 3º do ADCT:

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

Assim, foram estabelecidos ao Poder Constituinte Derivado Revisor os seguintes limites:

A) LIMITES TEMPORAIS – estabeleceu-se que a revisão constitucional só seria realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, ou seja, em 05.10.1993;

ATENÇÃO

A Constituição Federal de 1988 só estabeleceu limite temporal para o poder constituinte derivado revisor, não fixando para o poder constituinte derivado reformador (este só possui limites circunstanciais, formais e materiais, conforme analisado acima).

Na história constitucional brasileira, a limitação temporal foi estabelecida apenas na Constituição Imperial, de 1824, que permitia a reforma da Constituição somente após quatro anos de vigência.

B) LIMITES FORMAIS – estabeleceu-se como procedimento de revisão constitucional a sua realização em sessão unicameral e aprovação pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional.

A revisão constitucional foi realizada no período de 01/03/1994 a 07/06/1994, com a aprovação de apenas seis emendas. O processo revisional fracassou, diante da instabilidade política e econômica à época, potencializaa pelo escândalo dos "Anões do Orçamento", que resultou na cassação de seis parlamentares e renúncia de tantos outros, além das desconfianças geradas pelo lançamento de uma nova moeda de referência, a chamada URV – Unidade Real de Valor. Ademais, em 1994 era ano eleitoral e congressistas estavam receosos em promover grandes alterações em uma Constituição que foi saudada com entusiasmo pelos diversos setores da sociedade civil.

Dentre as emendas aprovadas houve, por exemplo, a redução do mandato presidencial de cinco para quatro anos (EC n.º 5, de 7 de junho de 1994).

ATENÇÃO

É possível estabelecer uma nova revisão constitucional no Brasil? NÃO! O texto constitucional é claro ao afirmar que a revisão seria realizada após 5 anos da promulgação da Constituição, em sessão unicameral, com quórum de maioria absoluta. Pode-se afirmar, assim, que o poder constituinte derivado revisor já se exauriu, não existindo mais.

Seria possível alterar o texto constitucional para permitir uma nova revisão? Aqui, há **duas correntes**: a primeira, afirma que é possível; a segunda, contudo, entende não ser possível, pois a vontade originária do constituinte de 1988 era de apenas uma revisão, uma reforma global.

3.2.3. Poder Constituinte Derivado Decorrente

O Poder Constituinte Derivado Decorrente é aquele que visa complementar a Constituição com a elaboração das Constituições estaduais pelos Estados-Membros, nos termos do art. 25 da CF/88 e do art. 11 do ADCT.

> **Art. 25, CF/88 -** Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.
> **Art. 11, ADCT -** Cada Assembleia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta.

Assim, trata-se do poder que os Estados possuem para elaborar as suas Constituições **(Poder Constituinte Derivado Decorrente Instituidor ou Inicial)** ou revisá-las **(Poder Constituinte Derivado Decorrente Revisor ou de 2º Grau).**

Deve-se reconhecer que tal poder foi estendido ao Distrito Federal, para que este ente federativo pudesse elaborar a sua própria Lei Orgânica. A doutrina sinaliza que tal medida foi correta, uma vez que o Distrito Federal acumula competências estaduais e municipais.

ATENÇÃO

E as leis orgânicas municipais? Pode-se afirmar que os Municípios possuem poder constituinte derivado decorrente? **A doutrina majoritária afirma que os municípios não são dotados de Poder Constituinte Derivado Decorrente.** Assim, as leis orgânicas municipais não são consideradas verdadeiros estatutos constitucionais propriamente ditos. Dois motivos explicam: primeiro, a Constituição Federal em nenhum momento faz menção às Constituições Municipais; segundo, não se pode ter um poder constituinte decorrente de um poder constituinte decorrente.

Assim, **se uma lei municipal contraria a lei orgânica, está-se diante de um controle de legalidade**, e não de inconstitucionalidade.

A única exceção é para a Lei Orgânica do Distrito Federal (LODF), cujo grau de observância obrigatória se observa apenas e diretamente à Constituição Federal, enquanto as leis orgânicas municipais devem obediência à Constituição federal e às Constituições Estaduais.

Então, **a LODF é parâmetro para controle de constitucionalidade de leis distritais, a ser julgado pelo TJDFT, via representação de inconstitucionalidade.**

São limites do Poder Constituinte Derivado Decorrente:

A) PRINCÍPIOS SENSÍVEIS – são os princípios elencados no art. 34, VII, da CF/88, os quais, se descumpridos, ensejam intervenção federal no ente.

> **Art. 34, CF/88 -** A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:
> **VII** - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:
> **a)** forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
> **b)** direitos da pessoa humana;
> **c)** autonomia municipal;
> **d)** prestação de contas da administração pública, direta e indireta.
> **e)** aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

B) PRINCÍPIOS EXTENSÍVEIS – são normas que dizem respeito à organização da União e que se estendem aos Estados por previsão constitucional expressa (art. 28 e 75) ou implícita (arts. 58, §3º, 59 e seguintes).

B.1) EXEMPLO DE PRINCÍPIO EXTENSÍVEL POR EXPRESSA PREVISÃO CONSTITUCIONAL

> **Art. 28, CF/88 -** A eleição do Governador e do Vice-Governador de Estado, para mandato de 4 (quatro) anos, realizar-se-á no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato de seus antecessores, e a posse ocorrerá em 6 de janeiro do ano subsequente, observado, quanto ao mais, o disposto no art. 77 desta Constituição.
> **Art. 75, CF/88 -** As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.
> **Parágrafo único.** As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros.

B.2) EXEMPLO DE PRINCÍPIO EXTENSÍVEL POR PREVISÃO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITA

> **Art. 58, § 3º, CF/88 -** 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.

C) PRINCÍPIOS ESTABELECIDOS – são normas que dizem respeito à organização do nosso federalismo, restringindo a capacidade organizatória dos Estados por meio de limitações constitucionais expressas.

Tratam-se dos limites mais cobrados nas provas de concurso público.

Dentre os princípios estabelecidos, distinguem-se:

NORMAS DE COMPETÊNCIA – são regras de repartição de competência;

NORMAS DE REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA (ou normas de preordenação) – são normas que estabelecem o que os Estados devem adotar nas Constituições estaduais, desenvolvendo-se o princípio da simetria.

4. PODER CONSTITUINTE DIFUSO

O Poder Constituinte Difuso é aquele responsável pela realização da **mutação constitucional**, ou seja, um **processo informal de mudança da Constituição, alterando-se o sentido interpretativo sem modificar, contudo, o texto constitucional.**

Deve-se frisar que há uma clara distinção entre texto constitucional e norma constitucional. O texto é o que vem escrito no documento. A norma é o que se extrai do texto a partir da sua aplicação em um determinado contexto.

Uma vez que a Constituição Federal é um organismo vivo, um processo público aberto, torna-se necessário que o seu texto seja lido e relido, interpretado e reinterpretado, diante das novas realidades sociais, notadamente quando se está diante de uma sociedade complexa.

A sociedade brasileira dos anos 80, década de elaboração da Constituição Federal, é, certamente, distinta da sociedade atual. Muitas concepções foram alteradas, o que torna necessário a construção de novos sentidos constitucionais.

Daí falar-se que o fenômeno é também conhecido como **interpretação constitucional evolutiva.**

A mutação constitucional, então, está associada à plasticidade de que são dotadas inúmeras normas constitucionais. Conforme Luís Roberto Barroso:

> [...] a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular (2015, p. 160-161).

Barroso sinaliza como **limites ao fenômeno da mutação constitucional:** a) **as possibilidades semânticas do relato da norma**, ou seja, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e b) **a preservação dos princípios fundamentais** que dão identidade àquela específica Constituição. O autor, então, afirma: "Se o sentido novo que se quer dar não couber no texto, será necessária a convocação do poder constituinte reformador. E se não couber nos princípios fundamentais, será preciso tirar do estado de latência o poder constituinte originário" (2015, pp. 162-163).

Flávio Martins Alves Nunes Jr. afirma que **a mutação constitucional pode ocorrer de três maneiras** (2018, p. 426-430):

a) Mudança de interpretação da Constituição – trata-se da hipótese mais comum, e pode ser realizada por qualquer intérprete da Constituição, mas principalmente pelo Poder Judiciário, especialmente o STF. Conforme a doutrina, tal atuação do Poder Judiciário é um dos corolários do ativismo judicial.

Podem ser mencionados como exemplo: a alteração do significado da expressão "casa"; a alteração da interpretação do significado da "presunção de inocência"; o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, tratando-se, na nomenclatura doutrinária atual, de uma sentença manipulativa de efeitos aditivos;

Barroso diferencia mutação constitucional pela via interpretativa de interpretação construtiva e de interpretação evolutiva (2015,p. 164-165):

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PELA VIA INTERPRETATIVA X INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVA X INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA	
MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PELA VIA INTERPRETATIVA	Consiste na mudança do sentido da norma, em contraste com entendimento preexistente. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada.
INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVA	Consiste na ampliação do sentido ou extensão do alcance da Constituição – seus valores, seus princípios – para o fim de criar uma figura ou uma nova hipótese de incidência não prevista originariamente, ao menos não de maneira expressa.

INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA	Traduz-se na aplicação da Constituição a situações que não foram contempladas quando da sua elaboração e promulgação, por não existirem nem terem sido antecipadas à época, mas que se enquadram claramente no espírito e nas possibilidades semânticas do texto constitucional.

b) Praxe constitucional – trata-se de ume reiteração de atos políticos que acabam por alterar o sentido da Constituição, sem alteração do seu texto. Barroso, referindo-se ao **costume constitucional**, afirma que "consiste em práticas observadas por cidadãos e por agentes públicos, de maneira reiterada e socialmente aceita, criando um padrão de conduta que se passa a ter como válido ou até mesmo obrigatório" (2015, p. 163).

c) Construção constitucional – é a criação doutrinária ou jurisprudencial que altera, de forma inovadora, o significado da Constituição. De acordo com José Afonso da Silva, "é uma forma de interpretação fecunda na medida em que, partindo de uma compreensão sistemática de princípios e normas constitucionais, constrói instituições explicitamente não previstas" (2005, p. 293).

Por fim, deve-se registrar o fenômeno da **mutação inconstitucional.**

ATENÇÃO

O que é mutação inconstitucional? Mutação inconstitucional é o processo informal de alteração da Constituição que deturpam, deterioram ou deslegitimam uma Constituição. É um fenômeno que interpreta a Constituição contra a própria Constituição.

A mutação inconstitucional pode ser feita pelo Poder Judiciário, interpretando a Constituição de forma a deturpá-la; além disso, pode ser feito pelo Poder Legislativo, quando este é omisso em regulamentar ou complementar normas constitucionais, pois isso também deslegitima a Constituição.

QUESTÕES DE CONCURSO

(CESPE/CEBRASPE – 2021 - MPE–AP. Promotor de Justiça Adjunto) Com relação ao fenômeno da mutação constitucional, julgue os itens a seguir:

I. Esse fenômeno é um meio informal de se alterar a Constituição sem se modificar seu texto formal;

II. Esse fenômeno é uma manifestação do poder constituinte difuso, entendido como aquele voltado à alteração do significado e alcance dos enunciados normativos constitucionais, para adaptá-los à nova realidade social;

III. O STF admite o uso da mutação constitucional como fundamento da interpretação judicial em sede de controle difuso.

Gabarito: TODAS AS ALTERNATIVAS ESTÃO CORRETAS.

(PGR – 2017 – PGR - Procurador da República) Quando o Judiciário reconhece uma mutação constitucional num determinado sentido, geralmente tem em conta um ambiente sociocultural que a ampara.

Gabarito: CORRETO.

(VUNESP – 2017 - TJ-SP - Juiz Substituto) A mutação constitucional está ligada à plasticidade de que dotadas certas normas constitucionais, que implica, que sem que se recorra a mecanismo constitucionalmente previsto, na possibilidade de alteração de significado, sem alteração do signo linguístico, condicionada a lastro democrático – demanda social efetiva – estando, portanto, fundada na soberania popular.

Gabarito: CORRETO.

5. PODER CONSTITUINTE SUPRANACIONAL

O Poder Constituinte Supranacional seria aquele que tem a possibilidade de elaborar uma só Constituição para vários países. Assim, cada país renunciaria a uma parcela de autonomia e elegeria os seus representantes, que fariam parte de uma Assembleia Legislativa Transnacional. As Constitucionais nacionais estariam, então, subordinadas à Constituição Transacional. Seria decorrência de um processo de globalização, experimentado principalmente na União Europeia.

Parte da doutrina afirma que o Tratado da União Europeia pode ser considerado como um exemplo de Constituição Transnacional. Reconhece-se, contudo, que o processo de constitucionalização transnacional europeia não está concluído, tendo ocorrido, inclusive, retrocessos, como a saída do Reino Unido pelo voto popular.

6. NOVA CONSTITUIÇÃO E ORDEM JURÍDICA ANTERIOR: DIREITO CONSTITUCIONAL INTERTEMPORAL

A entrada em vigor de uma nova Constituição gera alguns fenômenos jurídicos intertemporais que merecem especial atenção.

Em se tratando de um produto do Poder Constituinte Originário que inaugura uma nova ordem jurídica, é possível afirmar que a nova Constituição gera, minimamente**, dois efeitos:**

a) REVOGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO ANTERIOR:

Revogação é um fenômeno jurídico que põe fim à vigência de uma determinada norma, por meio da superveniência de norma do mesmo grau hierárquico e que emane do mesmo órgão.

Com a entrada em vigor da nova Constituição, tem-se a revogação total da Constituição anterior, seja expressa ou tacitamente.

b) RECEPÇÃO DAS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS QUE COM ELA SEJAM COMPATÍVEIS:

Recepção é um fenômeno que confere validade às normas infraconstitucionais anteriores à nova Constituição.

Contudo, todas as normas infraconstitucionais que não foram compatíveis com a nova Constituição serão revogadas, por ausência de recepção. As demais, que sejam compatíveis, serão recepcionadas.

Deve-se atentar, porém, que a compatibilidade exigida é apenas material. Se a incompatibilidade for apenas formal, a norma será recepcionada com as necessárias adequações formais, como aconteceu, por exemplo, com o Código Tributário Nacional, originalmente editado como lei ordinária, mas que foi recepcionada com status de lei complementar.

ATENÇÃO

Não se admite a realização de controle de constitucionalidade via ação direta de inconstitucionalidade genérica (ADI) das normas anteriores à Constituição que foram revogadas por falta de recepção, diante da ausência de previsão constitucional de tal possibilidade no art. 102, I, *a* da CF/88.

O controle de constitucionalidade pressupõe a existência de **relação de contemporaneidade** entre o ato normativo editado e a Constituição tomada como parâmetro ou paradigma de confronto.

Registre-se, contudo, que será cabível a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

A análise de recepção da norma poderá ser feita, ainda, de modo difuso, em qualquer ação.

O tema será revisitado no capítulo acerca do Controle de Constitucionalidade.

Com isso, pode-se afirmar que **não é admitido, no direito brasileiro, o fenômeno da inconstitucionalidade superveniente de ato normativo produzido antes da nova Constituição e perante o novo paradigma.** Trata-se de matéria já enfrentada pelo STF.

O STF já definiu ainda que **o sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente,** ou seja, quando uma norma infraconstitucional, antes incompatível com a Constituição (inconstitucional), passa a ser constitucional pela alteração do parâmetro constitucional.

6.1. Considerações complementares sobre a recepção

6.1.1. Recepção e alteração da distribuição de competência entre os entes federativos

O que acontece com a lei produzida por um dos entes da Federação quando a nova Constituição entrega a competência para legislar sobre o mesmo tema, agora, para outro ente?

Paulo Gustavo Gonet Branco formula o questionamento e esclarece, com base em Gilmar Mendes, que **não se deve cogitar a possibilidade de uma federalização de normas estaduais ou municipais, por força de alteração de regra de competência.** Sustenta, então, que:

> se o tema era antes da competência, por exemplo, dos Municípios e se torna assunto de competência federal com a nova Carta, não haveria como aceitar que permanecessem em vigor como se leis federais fossem (2014, p. 112).

E o autor segue:

> Gilmar Mendes, porém, sugere que se tenha por prorrogada a vigência da lei federal quando a competência se torna municipal ou estadual. Aqui não haveria empeço definitivo ao princípio da continuidade do ordenamento jurídico (2014, p. 112).

Trata-se de um tema com pouca chance de ser cobrado em fases objetivas, podendo aparecer, contudo, em fases posteriores. Assim, com base na lição de Gilmar Mendes, pode-se sintetizar a matéria nos seguintes moldes:

RECEPÇÃO E ALTERAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS	
SE A NOVA CONSTITUIÇÃO ALTERA A COMPETÊNCIA PARA ENTE FEDERATIVO MAIS AMPLO?	Não há que se falar em recepção da lei do ente federativo menos amplo.
SE A NOVA CONSTITUIÇÃO ALTERA A COMPETÊNCIA PARA ENTE FEDERATIVO MENOS AMPLO?	Ocorrerá a recepção da lei do ente federativo mais amplo.

6.1.2. Recepção e Poder Constituinte Reformador

Se a Constituição é modificada por uma reforma constitucional, o que acontece com as normas infraconstitucionais anteriores a essa emenda constitucional e que com ela sejam incompatíveis?

Uma vez que o direito brasileiro não admite a tese da inconstitucionalidade superveniente, **as normas infraconstitucionais editadas antes da emenda constitucional e com ela incompatíveis serão consideradas não recepcionadas, quedando-se revogadas desde a entrada em vigor da emenda.**

Não há que se falar em declaração de inconstitucionalidade neste caso.

6.1.3. Recepção de lei anteriormente inconstitucional não declarada inválida

Se uma lei ferir a Constituição sob cuja regência foi editada, mas que até o advento da nova Constituição não foi declarada inconstitucional, ela poderá ser recepcionada se for compatível com esta nova Constituição?

A doutrina majoritária ensina que **não é possível recepcionar norma infraconstitucional que feriu a Constituição sob cuja regência foi editada, mas que até o advento da nova Constituição não havia sido declarada inconstitucional.** Isso porque a norma em questão é nula, ou seja, inválida desde que editada.

Trata-se da **tese da contemporaneidade** (princípio da contemporaneidade), que afirma que **a análise da constitucionalidade de uma norma deve ser realizada adotando-se como parâmetro a Constituição sob a qual foi editada.**

6.1.4. Recepção total e parcial

Quando uma norma é recepcionada na sua integralidade, fala-se em recepção total.

Caso ocorra a recepção de apenas parte da norma (alguns artigos de uma lei, por exemplo), fala-se em recepção parcial.

6.1.5. Efeitos da decisão do STF que declara a recepção ou não recepção

Frise-se que, a princípio, o STF entendia que a decisão sobre a recepção ou não-recepção de uma norma não poderiam ter os seus efeitos modulados.

Porém, **em julgamento proferido em 2011, no RE 600.885-RS, a Suprema Corte mudou o entendimento, para autorizar a modulação dos efeitos em decisões sobre recepção ou não recepção de normas infraconstitucionais**, utilizando como base de argumentação, sobretudo, o princípio da segurança jurídica.

6.1.6. Recepção provisória de lei considerada "ainda" constitucional: não recepção por inconstitucionalidade progressiva

No julgamento do RE 147.776, discutia-se a recepção do art. 68 do CPP, que atribuía ao Ministério Público a legitimidade para propor ação civil para reparação de dano *ex delito* nos casos em que a vítima não possuía condições financeiras, em face do art. 134 da CF/88. Tal artigo afirma incumbir à Defensoria Pública a defesa judicial e extrajudicial dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados.

O STF reconheceu que a CF/88 atribuiu competência exclusivamente à Defensoria Pública, o que ensejaria a não recepção do art. 68 do CPP.

Todavia, uma vez que a Defensoria Pública ainda não estava suficientemente estruturada para cumprir tal mister, a não recepção do art. 68 do CPP geraria uma inconstitucionalidade maior que a sua recepção provisória. O STF, então, decidiu que o dispositivo seria "ainda" constitucional, e ela perderia a sua constitucionalidade progressivamente, à medida que a Defensoria Pública fosse se estruturando, o que ampliaria a sua capacidade de atendimento.

6.1.7. Síntese das regras sobre o fenômeno da recepção

Pedro Lenza (2021, p. 515) sintetiza as seguintes características conclusivas acerca da recepção:

CARACTERÍSTICAS CONCLUSIVAS SOBRE O FENÔMENO DA RECEPÇÃO
a) Perante a nova Constituição, analisa-se apenas a compatibilidade material;
b) Para ser recepcionada, a nova lei precisa ter compatibilidade formal e material perante a Constituição sob cuja regência foi editada;
c) Já que a análise perante o novo ordenamento é somente do ponto de vista material, uma lei pode ter sido editada como ordinária e ser recepcionada como complementar;
d) Um ato normativo que deixa de ter previsão no novo ordenamento também poderá ser recepcionado, como ocorreu, por exemplo, com o Código Penal;
e) Caso a lei seja incompatível como a nova Constituição, ela será revogada, não se falando em inconstitucionalidade superveniente;
f) Para lei incompatível com a nova Constituição, admitem-se apenas a técnica de controle pelo sistema difuso ou, no caso do controle concentrado, via ADPF. Pelo princípio da contemporaneidade, só se fala em ADI de leis editadas a partir de 1988 e perante a CF/88;
g) É possível a mudança de competência federativa para legislar, ou seja, uma matéria que era de competência da União pode passar a ser de competência dos Estados, por exemplo;
h) A recepção poderá ser parcial (apenas parte de uma lei, como um artigo, parágrafo etc.);
i) A recepção ou revogação acontece no momento da promulgação do novo texto, podendo o STF, contudo, modular os efeitos da decisão, aplicando-se a técnica da modulação dos efeitos da decisão, informando a partir de quando ela passaria a valer.

6.2. Repristinação constitucional

Se uma norma produzida na vigência da CF/1946 não é recepcionada pela CF/1967, por ser incompatível com ela, poderia tal norma ser recepcionada pela CF/88, caso fosse com ela compatível? Ou seja: admite-se repristinação constitucional?

Como regra, **o ordenamento brasileiro adotou a impossibilidade do fenômeno da repristinação, salvo se a nova ordem jurídica expressamente assim se pronunciar.**

Assim, pode-se afirmar que são requisitos da repristinação constitucional:

a) previsão expressa na nova Constituição;

b) compatibilidade com a nova Constituição, não podendo contrariá-la.

Marcelo Novelino (2018, p. 158) alerta para o fenômeno do efeito repristinatório tácito, quando uma norma que aparentemente havia sido revogada tem a sua vigência restabelecida mesmo sem previsão expressa.

As principais situações mencionadas doutrinariamente são:

OCORRÊNCIAS DO EFEITO REPRISTINATÓRIO

1) EM AÇÕES DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE:

Imagine uma hipótese em que a LEI A foi revogada pela LEI B. Em sede de controle concentrado de constitucionalidade, pode-se verificar o efeito repristinatório tácito em duas situações:

a) Na concessão de medida cautelar que suspende a vigência e a eficácia da lei revogadora (LEI B), sendo que a lei que foi revogada (LEI A) volta a ser vigente, salvo se o tribunal dispuser de modo contrário na própria decisão cautelar. Nestes termos, o art. 11, §2º da Lei n.º 9.868/99, que dispõe sobre a ADI e ADC no STF, afirma que a concessão de medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário;

b) Na decisão definitiva que declara a inconstitucionalidade da lei revogadora (LEI B), cujos efeitos são, em regra, *ex tunc* (retroativos), invalidando a lei revogadora desde sua origem, sendo que a lei que foi revogada (LEI A) volta a ser vigente.

2) EM CASOS DE EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PLENA PELOS ESTADOS-MEMBROS:

Quando for estudado o tema da competência legislativa concorrente, será verificado que caberá à União estabelecer as normas gerais sobre o tema, cabendo aos Estados a função de criar as normas específicas. Ausente norma geral da União, os Estados poderão exercer a competência legislativa plena. A matéria é tratada nos parágrafos do art. 24 da CF/88.

Imagine a hipótese de o Estado exercer competência legislativa plena com base no art. 24, §3º da CF/88, editando a LEI E. Caso a União venha posteriormente estabelecer as normas gerais (LEI F1), o art. 24, §4º da CF/88 disciplina que esta suspenderá a eficácia da norma estadual, no que lhe for contrário. Até o momento, não há dificuldades na compreensão!

Imagine, contudo, que a União edite uma segunda lei (LEI F2) tratando sobre aquelas normas gerais, vindo a revogar a LEI F1.

Neste caso, os dispositivos da lei estadual (LEI E) que estavam suspensos por conta da LEI F1, e que agora sejam compatíveis com a LEI F2, serão restabelecidos, por conta do efeito repristinatório tácito.

3) EM CASOS DE MEDIDAS PROVISÓRIAS REJEITADAS OU HAVIDAS POR PREJUDICADAS:

Imagine que uma medida provisória (MP) revoga uma determinada lei (LEI A). A MP, contudo, vem a ser rejeitada ou havida por prejudicada, aplicando-se, no caso, o art. 62, §3º da CF/88. Neste caso, será restabelecida a vigência da LEI A, operando-se o efeito repristinatório tácito.

6.3. Desconstitucionalização

Conforme Pedro Lenza, a desconstitucionalização é "fenômeno pelo qual as normas da Constituição anterior, desde que compatíveis com a nova ordem, permanecem em vigor, mas com o *status* de lei infraconstitucional" (2021, p. 216).

Deve-se questionar: **o fenômeno da desconstitucionalização é aplicado no Brasil?**

Como regra geral, o fenômeno da desconstitucionalização não é aplicado no Brasil, podendo a nova Constituição, contudo, prever expressamente tal possibilidade, uma vez que o Poder Constituinte Originário é ilimitado e autônomo do ponto de vista jurídico.

Pedro Lenza (2021, p. 217) registra que o fenômeno já foi verificado no Brasil, por exemplo, no caso da Constituição do Estado de São Paulo de 1967, que trazia, em seu art. 147, o seguinte texto: "consideram-se vigentes, com o caráter de lei ordinária, os artigos da Constituição promulgada em 9 de julho de 1947 que não contrariarem esta Constituição".

6.4. Recepção material de normas constitucionais

Quando as normas de uma Constituição anterior são recepcionadas pela nova Constituição com *status* de norma constitucional, fala-se em recepção material de normas constitucionais.

Para a aplicação no direito brasileiro, são necessários os seguintes requisitos:

a) compatibilidade com as normas fundamentais da nova Constituição;

b) previsão expressa no texto da nova Constituição;

c) caráter precário, pois as normas serão recebidas de forma temporária e excepcional;

d) incidência em apenas parte das normas constitucionais pretéritas, não sendo possível a recepção material de todas as normas da Constituição anterior.

Tal fenômeno já foi registrado, inclusive, no âmbito do STF, em passagem do Ministro Celso de Mello, conforme relatado abaixo:

> **AI 386.820 AgR-ED-EDv-AgR[4], STF** - A vigência e eficácia de uma nova Constituição implicam a supressão da existência, a perda da validade e a cessação de eficácia da anterior Constituição por ela revogada, operando-se, em tal situação, uma hipótese de revogação global ou sistêmica do ordenamento constitucional precedente, não cabendo, por isso mesmo, indagar-se, por impróprio, da compatibilidade, ou não, para efeito de recepção, de quaisquer preceitos constantes da Carta política anterior, ainda que materialmente não-

Disponível em:

[4] https://portal.stf.jus.br/constituicao-supremo/artigo.asp?abrirBase=AD&abrirArtigo=34

> conflitantes com a ordem constitucional originária superveniente. É que – consoante expressiva advertência do magistério doutrinário (CARLOS AYRES BRITO), "Teoria da Constituição", p. 106, 2003, Forense) – 'Nada sobrevive ao novo Texto Magno', dada a impossibilidade de convívio entre duas ordens constitucionais originárias (cada qual representando uma ideia própria de Direito e refletindo uma particular concepção político-ideológica de mundo), exceto se a nova Constituição, mediante processo de **recepção material** (que muito mais traduz verdadeira novação de caráter jurídico-normativo), conferir **vigência parcial e eficácia temporal limitada** a determinados preceitos constitucionais inscritos na Lei Fundamental revogada..." (STF, AI 386.820 AgR-ED-EDv-AgR-ED, Rel. Min. Celso de Mello).

Pode-se mencionar como exemplo na CF/88 a recepção material das normas constitucionais da Constituição anterior que regulamentavam o sistema tributário nacional, consoante art. 34, *caput*, do ADCT:

> **Art. 34, ADCT.** O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e pelas posteriores.

6.5. Usucapião de constitucionalidade

A usucapião de constitucionalidade consiste em fenômeno mediante o qual uma norma infraconstitucional originariamente inconstitucional passa a ser constitucional pelo decurso do tempo. Assim, uma norma inconstitucional, por não ter sido declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, passa a ser constitucional (constitucionalidade superveniente pelo decurso do tempo).

Tal fenômeno é incompatível com o direito brasileiro, pois **as ações de controle concentrado de constitucionalidade são imprescritíveis e incaducáveis.**

6.6. Poder Constituinte e Direito Adquirido

O Poder Constituinte Originário pode prejudicar o direito adquirido ao criar uma Constituição?

Viu-se que o Poder Constituinte Originário é inicial e ilimitado, inaugurando ordem jurídica sem se submeter, regra geral, a direito anterior. Assim, **uma nova Constituição pode manter, modificar ou revogar o direito pretérito, mesmo aquele considerado adquirido.** O próprio STF, inclusive, não tem aceitado a invocação de direitos adquiridos contra a Constituição em vigor.

Sobre o grau de retroatividade da norma constitucional, é possível catalogar três posições: retroatividade máxima, média ou mínima.

GRAU DE RETROATIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	
RETROATIVIDADE MÁXIMA	A lei nova ataca fatos consumados, podendo prejudicar a coisa julgada ou os fatos jurídicos já consumados;
RETROATIVIDADE MÉDIA	A lei nova atinge os efeitos pendentes de atos jurídicos verificados antes dela, ou seja, atinge prestações vencidas, mas ainda não adimplidas.
RETROATIVIDADE MÍNIMA	A lei nova atinge apenas os efeitos dos fatos anteriores, verificados após a data em que ela entra em vigor.

O STF vem se posicionando no sentido de que as normas constitucionais fruto de manifestação do Poder Constituinte Originário têm, por regra geral, retroatividade mínima, ou seja, aplicam-se a fatos que venham acontecer após a sua promulgação, referentes a negócios passados.

Nada impede, contudo, que a norma constitucional tenha retroatividade média ou máxima, desde que haja expressa previsão na Constituição.

Mas, em relação ao Poder Constituinte Derivado Reformador? Ele pode prejudicar o direito adquirido?

Aqui, há duas posições: uma que defende que não se pode opor direitos adquiridos contra emendas constitucionais, pois eles seriam oponíveis somente à lei; outra que defende a possibilidade de se opor direitos adquiridos contra emendas constitucionais, sob o argumento de que os direitos adquiridos e a segurança das relações jurídicas devem ser respeitadas.

6.7. Hiato Constitucional

O hiato constitucional (revolução) é observado quando há um choque entre o conteúdo da Constituição Política (uma das formas do direito legislado) e a realidade social. Trata-se de uma quebra do processo político e histórico normal da organização política.

O hiato constitucional pode gerar os seguintes fenômenos:

a) reforma constitucional – ocorre a alteração formal do texto constitucional;

b) mutação constitucional – ocorre a mudança informal do texto constitucional, alterando-se o sentido normativo, mantendo-se intacto, contudo, o texto;

c) convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte – com o intuito de criar uma Constituição, por meio da atuação do Poder Constituinte Originário;

d) hiato autoritário – ocorre uma ilegítima apropriação do poder popular, mediante um golpe, quebrando o regular processo democrático, passando-se a editar atos autoritários e inconstitucionais ou outorgando-se uma nova Constituição.

QUESTÃO DE CONCURSO

(CESPE / CEBRASPE – 2020 – MPE-CE – Promotor de Justiça de Entrância Inicial) Acerca da teoria do poder constituinte, julgue os seguintes itens:

I Constituição superveniente torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes.

Gabarito: INCORRETO.

Resolução: as leis anteriores que conflitem com a nova Constituição serão revogadas, por ausência de recepção, não se falando em inconstitucionalidade.

II Uma vez aprovada proposta de emenda constitucional pelo Congresso Nacional em exercício do seu poder constituinte derivado reformador, não haverá sanção ou veto pelo presidente da República.

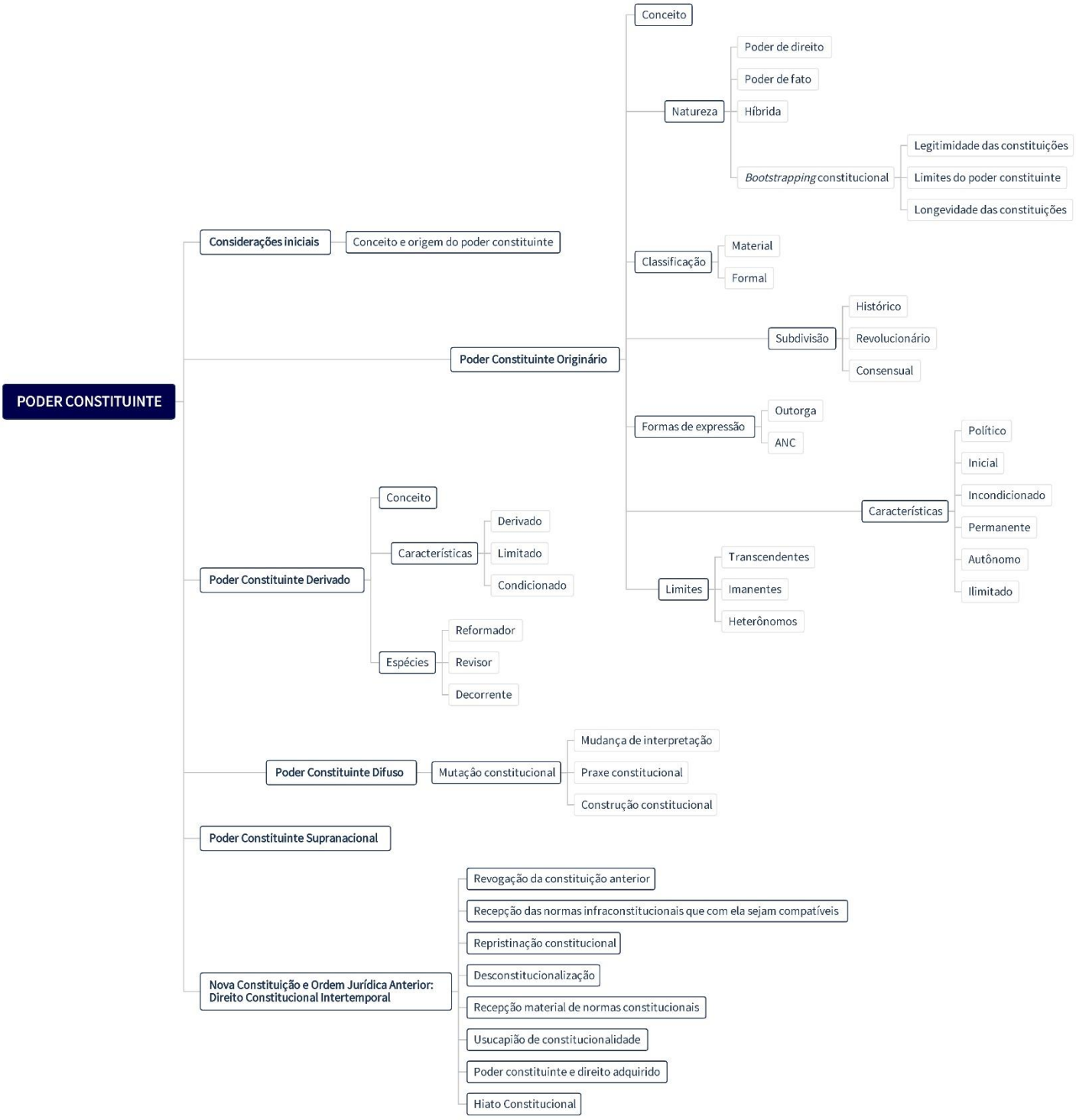
Gabarito: CORRETO.

III Norma anterior não será recepcionada se sua forma não for mais admitida pela Constituição superveniente, ainda que seu conteúdo seja compatível com esta.

Gabarito: INCORRETO.

Justificativa: normas anteriores poderão ser recepcionadas pela nova Constituição se com ela materialmente compatíveis. **Se a incompatibilidade for apenas formal, a norma será recepcionada com as necessárias**

adequações formais, como aconteceu, por exemplo, com o Código Tributário Nacional, originalmente editado como lei ordinária, mas que foi recepcionada com status de lei complementar.



5 TEORIA DA NORMA CONSTITUCIONAL

1. A CONSTITUIÇÃO COMO UM SISTEMA ABERTO DE NORMAS

Diante de uma **sociedade complexa e multicultural**, torna-se necessário que a Constituição, como norma jurídica que contempla os elementos fundamentais do Estado, acompanhe a **evolução dos fatos sociais.** Isso porque não seria viável a alteração do texto constitucional diante de toda e qualquer modificação da sociedade.

Por isso, **a Constituição deve ser compreendida como um sistema jurídico aberto de normas.** Essa abertura constitucional possibilita que o texto seja lido e relido diante de novos contextos sociais, mantendo-se sempre atualizado.

A abertura do sistema constitucional é necessária diante da **incompletude do conhecimento jurídico e das constantes modificações dos valores fundamentais que orientam o ordenamento.**

Frise-se que no atual estágio evolutivo da Ciência Jurídica, deve-se afastar de uma visão positivista clássica, quando a norma jurídica era compreendida apenas como regra jurídica, como se pretendia na "Teoria Pura do Direito" (1934), de Hans Kelsen, e nas lições de Herbert Hart, apresentada na obra "O Conceito de Direito" (1961).

No constitucionalismo contemporâneo, **a norma jurídica passa a compreender duas espécies: as regras e os princípios.**

Assim, **pode-se melhor apresentar a Constituição como um sistema jurídico aberto de regras e princípios.** Nas lições de Canotilho, a Constituição:

> (1) é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica (Caliess), traduzida na disponibilidade e 'capacidade de aprendizagem' das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da 'verdade' e da 'justiça'; (3) é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas; (4) é um sistema de regras e princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a forma de regras (2003, p. 1.123).

Nesse contexto, uma das grandes mudanças de paradigmas ocorridas ao longo do século XX, foi a atribuição do *status* de norma jurídica às normas constitucionais, superando-se o modelo de Constituição como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos.

Conforme Luís Roberto Barroso, supera-se o modelo europeu de centralidade da lei e supremacia do Parlamento para, após a Segunda Guerra Mundial, difundir-se o modelo americano de constitucionalismo, fundado na força normativa da Constituição (2015, p. 232).

Ainda nas lições de Barroso, desse reconhecimento de caráter jurídico às normas constitucionais resultam consequências especialmente relevantes, a seguir delineadas:

RECONHECIMENTO DO CARÁTER JURÍDICO ÀS NORMAS CONSTITUCIONAIS

a) a Constituição tem aplicabilidade direta e imediata às situações que contempla, notadamente as referentes à proteção e promoção dos direitos fundamentais, o que significa que as normas constitucionais passam a ter um papel decisivo na postulação de direitos e na fundamentação de decisões judiciais;

b) a Constituição funciona como parâmetro de validade de todas as demais normas jurídicas do sistema, que não deverão ser aplicadas quando forem com ela incompatíveis, adotando-se um sistema de controle de constitucionalidade a ser realizado por tribunais constitucionais e supremas cortes, como ocorre na maior parte das democracias ocidentais;

c) os valores e fins previstos na Constituição devem orientar o intérprete e o aplicador do Direito no momento de determinar o sentido e alcance de todas as normas jurídicas infraconstitucionais, pautando a argumentação jurídica a ser desenvolvida.

2. NORMA CONSTITUCIONAL: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Conforme Dirley da Cunha Jr., "entende-se por *normas constitucionais* todas as disposições inseridas numa Constituição, ou reconhecidas por ela, independentemente de seu conteúdo" (2019, p. 136).

A partir de tal definição, pode-se afirmar a superação da distinção entre normas constitucionais materiais e normas constitucionais formais, uma vez que **todas as normas constitucionais possuem igual hierarquia**, independentemente do seu conteúdo axiológico. Por terem igual hierarquia, produzem os mesmos efeitos jurídicos e só podem ser alteradas por um processo rígido constitucionalmente previsto.

Todas as normas constitucionais são providas de juridicidade, encerram um imperativo, ou seja, uma obrigatoriedade de comportamento, já que são, enfim, verdadeiras normas jurídicas. Deve-se reconhecer, contudo, que as normas constitucionais não são normas jurídicas quaisquer, pois há um conjunto de elementos e fatores que atribuem a elas singularidades.

Ou seja, **as normas constitucionais são dotadas de características específicas.** Luís Roberto Barroso (2015, p. 232-234) destaca as seguintes características das normas constitucionais:

CARACTERÍSTICAS DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

1) Quanto à sua posição no sistema, elas desfrutam de superioridade jurídica em relação a todas as demais normas - A supremacia constitucional é o postulado sobre o qual se assenta todo o constitucionalismo contemporâneo. A norma constitucional é, então, parâmetro de validade e vetor interpretativo de todas as normas do sistema jurídico;

2) Quanto à natureza da linguagem, as normas constitucionais são dotadas de abertura - o texto constitucional se utiliza, com mais abundância que outros textos legislativos, de cláusulas gerais, que são categorias normativas pelas quais se transfere para o intérprete, com especial intensidade, parte do papel de criação do Direito, à luz do problema a ser resolvido. Caberá ao intérprete, diante dos elementos do caso concreto, fazer valorações específicas, densificar conceitos indeterminados etc. É essa abertura do texto constitucional que permitirá a atualização dos sentidos de Constituição, pela incorporação de novos valores e de novas circunstâncias, permitindo uma interpretação vivificadora e evolutiva.

3) Quanto ao conteúdo, diversas normas constitucionais possuem estrutura, objeto e finalidade específicos - uma quantidade significativa de normas constitucionais tem seu enunciado estruturado sob a forma de normas de organização, que são determinações taxativas pelas quais, por exemplo, se instituem órgãos e se estabelecem as competências. Ademais, há normas de conduta especiais, que incluem preceitos que ora

definem direitos fundamentais de diferentes graus, cuja aplicação envolve ponderações e sutilezas, ora se apresentam sob a forma de disposições programáticas, que abriram particularidades diversas na determinação de seu sentido, alcance e eficácia.

4) Dimensão política das normas constitucionais - a Constituição faz a travessia entre o fato político e a ordem jurídica, entre o poder constituinte e o poder constituído, estando na interface entre dois mundos diversos, porém intercomunicantes. Conceitos e ideias como Estado Democrático de Direito, soberania popular e separação de Poderes sempre envolverão valorações políticas.

3. REGRAS E PRINCÍPIOS COMO ESPÉCIES DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A doutrina vem, atualmente, trabalhando a ideia de regras e princípios como distintas espécies do gênero norma. Assim, o sistema jurídico é um sistema normativo de regras e princípios.

Humberto Ávila, na obra "Teoria dos Princípios", citado por Pedro Lenza, esclarece:

> [...] um sistema não pode ser composto somente de princípios, ou só de regras. Um sistema só de **princípios** seria demasiado **flexível,** pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E um sistema só de regras, aplicadas de modo formalista, seria demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos. Com isso se quer dizer que, a rigor, não se pode dizer nem que os princípios são mais importantes do que as regras, nem que as regras são mais necessárias que os princípios. Cada **espécie normativa** desempenha funções diferentes e complementares, não se podendo sequer conceber uma sem a outra, e a outra sem a uma. Tal observação é da mais alta relevância, notadamente tendo em vista o fato de que a Constituição Brasileira é repleta de regras, especíamente de competência, cuja finalidade é, precisamente, alocar e limitar o exercício do poder.

Conforme o autor, a interpretação e a aplicação de princípios e regras baseiam-se em postulados normativos inespecíficos (que são a ponderação, a concordância prática e a proibição de excesso) e específicos (dentre os quais se destacam a igualdade, razoabilidade e proporcionalidade).

J. J. Gomes Canotilho apresenta uma clássica distinção entre regras e princípios, partindo de alguns critérios específicos, abaixo demonstrados:

DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS, CONFORME CANOTILHO		
CRITÉRIO	**REGRAS**	**PRINCÍPIOS**
a) Quanto ao grau de abstração	Possuem um **grau de abstração relativamente reduzido**;	Possuem um **grau de abstração relativamente elevado**;
b) Quanto ao grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto	São **suscetíveis de aplicação direta**;	Por serem vagos e indeterminados, **carecem de mediações concretizadoras** por parte do legislador e do juiz;
c) Quanto ao caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito	**Não possuem o caráter de fundamentalidade elevado** como os princípios;	São **normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes ou à**

		sua importância estruturante dentro do sistema jurídico;
d) Quanto à "proximidade" da ideia de direito	**Podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional**;	**São *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de 'justiça' (Dworkin) ou na 'ideia de direito' (Larenz)**;
e) Quanto à natureza normogenética	**Não possuem a carga normogenética dos princípios**;	**São fundamentos de regras, ou seja, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas**, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.

Sobre a distinção entre regras e princípios, apresentam-se as formulações doutrinárias de Humberto Ávila, Hage e Peczenik e Robert Alexy.

Para **Humberto Ávila:** os **princípios** são normas que estabelecem fins a serem alcançados, a exemplo dos objetivos estabelecidos no art. 3º da CF/88; já as **regras** são normas descritivas de comportamentos devidos ou atributivas de poder, relacionado à natureza do comportamento prescrito, mencionando-se como exemplo a exigência de idade mínima de 21 anos para o cargo de prefeito.

Para **Hage e Peczenik:** os **princípios** são normas que fornecem razões contributivas para a decisão, ou seja, o conteúdo de um princípio não é determinante para a decisão, mas contribuem para ela, sendo necessária uma análise de um conjunto de princípios para a melhor tomada de decisão; já as **regras** são normas que fornecem razões definitivas para a decisão, determinando, assim, o resultado a ser alcançado.

Para **Robert Alexy:** os **princípios** são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, levando-se em consideração as possibilidades fáticas e jurídicas, sendo, portanto, mandamentos de otimização. Na sua aplicação, devem ser levadas em consideração a lógica do "mais ou menos", podendo ela ser feita em maior ou menor intensidade, devendo-se analisar o peso de cada princípio no caso concreto, realizando-se, então, uma ponderação; já as **regras** são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, são mandamentos definitivos. Ocorrendo a hipótese prevista na regra, ela deve ser aplicada ao caso concreto, realizando-se uma subsunção lógica (aplicação da regra ao fato), no qual a regra é a premissa maior e a o fato é a premissa menor.

Por fim, **Ronald Dworkin** afirma que os princípios são normas que trazem em si uma exigência de justiça, de equidade ou alguma outra dimensão de moralidade. São valores político-morais que permeiam uma determinada comunidade dentro de um determinado momento histórico, devendo, assim, guiar comportamentos.

QUESTÕES DE CONCURSO

(CESPE/CEBRASPE – 2020 – MPE-CE. Promotor de Justiça de Entrância Inicial) Acerca das regras e princípios, pode-se afirmar que o sopesamento pode solucionar a colisão entre princípios.

Gabarito: CORRETO.

(CESPE – 2019 – TJ-BA – Juiz de Direito Substituto) Os princípios são mandamentos de otimização, como critério hermenêutico, e implicam o ideal regulativo que deve ser buscado pelas diversas respostas constitucionais possíveis.

Gabarito: CORRETO.

4. EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Estudo bastante difundido e com alta incidência nas provas de concursos públicos se refere à classificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia.

Antes, contudo, é importante compreender a distinção entre eficácia jurídica e eficácia social das normas constitucionais.

Todas as normas constitucionais possuem eficácia jurídica, ou seja, estão aptas a produzirem efeitos na ocorrência das relações concretas. Há, pelo menos, um efeito jurídico mínimo: a sua simples edição tem o condão de revogar todas as normas anteriores com ela conflitantes.

Conforme explanado por Edem Nápoli:

> A eficácia jurídica da norma está relacionada à potencialidade que toda norma possui de condicionar o ordenamento jurídico. Esse condicionamento pode ser sentido tanto pela aptidão de impedir que qualquer legislação infraconstitucional futura vá de encontro aos seus preceitos, quanto pelo condão de eivar de vício de inconstitucionalidade qualquer norma infra já existente e que não se coadune com as suas disposições, seja do ponto de vista formal ou material (2022, p. 69).

Nem todas as normas constitucionais, contudo, possuem eficácia social. A eficácia social se verifica quando a norma vigente é efetivamente aplicada aos casos concretos.

No que tange à aplicabilidade as normas constitucionais, serão apresentadas algumas classificações tradicionais. Deve-se lembrar, contudo, com base em Bernardo Gonçalves Fernandes (2020, p. 111-112), que duas teorias serviram como base para a classificação mais usada na doutrina e na jurisprudência pátrias: a teoria americana e a teoria italiana.

A **teoria americana** surgiu no século XIX, sendo desenvolvida por autores americanos, sobretudo Thomas Cooley, afirmando que na Constituição haveria dois tipos de normas:

a) **normas constitucionais autoexecutáveis (self-executing):** são aquelas dotadas de aptidão para gerar, desde logo, efeitos jurídicos independentemente da atuação do legislador ordinário;

b) **normas constitucionais não autoexecutáveis (not self-executing):** são aquelas que necessitam da atuação do legislador ordinário, uma vez que não possuem meios necessários para a viabilização dos direitos nelas previstos.

A **teoria italiana** surgiu no século XX, especialmente a partir da década de 50, tendo como um dos expoentes o autor Vezio Crisafulli, tendo como principal contribuição o desenvolvimento de uma teoria acerca das normas constitucionais programáticas.

No Brasil, o estudo mais consagrado sobre a aplicabilidade nas normas constitucionais deve-se à José Afonso da Silva, que afirma que **todas as normas constitucionais são dotadas de aplicabilidade (praticidade jurídica), pois todas as normas constitucionais teriam eficácia jurídica. Contudo, existem graus de aplicabilidade para tais normas.**

Assim, **José Afonso da Silva** apresenta a seguinte classificação de normas constitucionais:

a) **NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA PLENA**: possuem todos os elementos necessários para a produção dos efeitos jurídicos imediatos, dotadas de **aplicabilidade imediata** (estão aptas a produzirem efeitos desde a entrada em vigor da Constituição), **direta** (não necessitam de norma reguladora para começarem a produzir efeitos) e **integral** (produzem a integralidade dos seus efeitos, sem restrições).

José Afonso da Silva afirma que se situam predominantemente entre os elementos orgânicos da Constituição.

São exemplos: arts. 1º; 2º; 16; 19; 20; 21; 22; 24; 30; 44; 46; 69; 70; 76; 155; 156 etc.

b) **NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA CONTIDA**: possuem todos os elementos necessários para a produção dos seus efeitos jurídicos imediatos, nascendo com eficácia plena, mas poderão ter o seu âmbito de eficácia restringido, reduzido ou contido pelo legislador ordinário. Ou seja, **possuem aplicabilidade imediata, direta, mas possivelmente não integral** (restringível).

Algumas provas de concurso que têm utilizado a nomenclatura **normas constitucionais de eficácia redutível ou restringível,** expressão cunhada por Michel Temer.

São exemplos: arts. 5º, VIII e XIII; 15, IV; 37, I; 170, parágrafo único.

Pedro Lenza (2021, p. 223) destaca que a restrição da eficácia das normas constitucionais de eficácia contida pode ser feita:

- pela lei infraconstitucional, quando o próprio constituinte assim o prevê, como é o caso do art. 5º, XIII, da CF/88, que assegurou o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

- pela incidência de normas da própria Constituição, desde que ocorram certos pressupostos de fato, por exemplo, a decretação do estado de defesa ou de sítio, limitando diversos direitos, como previsto no art. 136, §1º, e 139, da CF/88);

- por motivo de ordem pública, bons costumes e paz social, que são conceitos vagos cuja redução se efetiva pela Administração Pública.

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE

O **STF**, no RE 603.583[5], manifestou-se acerca da exigência de aprovação no exame da ordem para o exercício da atividade de advocacia. A Suprema Corte assim entendeu: "o exame de suficiência discutido seria compatível com o juízo de proporcionalidade e não alcançaria o núcleo essencial da liberdade de ofício. No concernente à adequação do exame à finalidade prevista na Constituição – assegurar que as atividades de risco sejam desempenhadas por pessoas com conhecimento técnico suficiente, de modo a evitar danos à coletividade – aduziu-se que a aprovação do candidato seria elemento a qualificá-lo para o exercício profissional". No RE 414.426[6], o STF assim se manifestou: "nem todos os ofícios ou profissões podem ser condicionados ao cumprimento de condições legais para o seu exercício. A regra é liberdade. Apenas quando houver potencial lesivo na atividade é que pode ser exigida inscrição em conselho de fiscalização profissional. A atividade de músico prescinde de controle. Constitui, ademais, manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão." Tal tema foi reforçado no julgamento da ADPF 183, julgado em 27.09.2019.

c) **NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA LIMITADA –** são normas que, no momento em que a Constituição é promulgada ou entra em vigor, não têm o condão de produzirem todos os seus efeitos, necessitando de norma regulamentadora infraconstitucional a ser editada pelo Poder, órgão ou autoridade competente, ou até mesmo de integração por meio de emenda constitucional. Possuem **aplicabilidade indireta** (dependem de norma regulamentadora para produção de efeitos)**, mediata** (dependem de regulamentação posterior para produção de efeitos) **e reduzida ou diferida** (sua eficácia, a partir da promulgação da Constituição, é meramente negativa, dependendo de norma reguladora para ser ampliada).

Vê-se, aqui, que José Afonso da Silva discorda da teoria norte-americana (que prega a existência de normas não autoexecutáveis), para aproximar-se da teoria italiana, concordando com Vezio Crisafulli, ao afirmar que as normas constitucionais de eficácia limitada produzem um mínimo efeito, ou, ao menos, o efeito de vincular o legislador infraconstitucional aos seus vetores.

Pedro Lenza discorre acerca do posicionamento de José Afonso da Silva:

> Assim, José Afonso da Silva, em sede conclusiva, assevera que referidas normas têm, ao menos, **eficácia jurídica imediata, direta e vinculante**, já que: a) estabelecem um dever para o legislador ordinário; b) condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; c) informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; d) constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; e) condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; f) criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem. Todas elas – em momento seguinte concluiu o mestre – possuem eficácia ab-rogativa da legislação precedente incompatível (Geraldo Ataliba diria "paralisante da eficácia destas leis", sem ab-rogá-las – nosso acréscimo) e criam situações subjetivas simples e de interesse legítimo, bem como direito subjetivo negativo. Todas, enfim, geram situações subjetivas de vínculo. (2021, p. 225).

Disponível em:

[5] https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2056975

[6] https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2194818

As normas constitucionais de eficácia limitada se dividem em:

- **Normas constitucionais de eficácia limitada de princípios institutivos (ou organizativos)** – são normas constitucionais que traçam esquemas gerais de organização e estruturação de órgãos, entidades ou instituições do Estado. São exemplos: arts. 18, §2º; 22, parágrafo único; 25, §3º; 33; 37, VII e XI; 88; 90, §2º; 113; 121; 131; 146; 224 etc.
- **Normas constitucionais de eficácia limitada declaratórias de princípios programáticos** – são aquelas que estabelecem tarefas, fins, programas a serem cumpridos pelos Poderes Públicos, com vistas à realização de fins sociais, como o direito à saúde (art. 196) e à educação (art. 205), o direito à cultura (art. 215) etc.

QUESTÕES DE CONCURSO
(CESPE/CEBRASPE – 2021 - MPE–AP. Promotor de Justiça Substituto) A respeito das normas constitucionais, julgue os itens a seguir: I. Toda norma constitucional goza de eficácia jurídica; II. Normas de eficácia plena independem de regulamentação para surtirem efeitos; III. Normas de eficácia limitada têm plena eficácia plena, mas sua eficácia pode ser restringida. **Gabarito:** Apenas os itens I e II estão certos. Em relação ao item III, as normas de eficácia limitada, conforme visto acima, são aquelas que, no momento em que a Constituição é promulgada ou entra em vigor, não têm o condão de produzirem todos os seus efeitos, sendo necessária uma norma regulamentadora infraconstitucional.

Além da tradicional classificação de José Afonso da Silva, a doutrina destaca ainda as seguintes classificações:

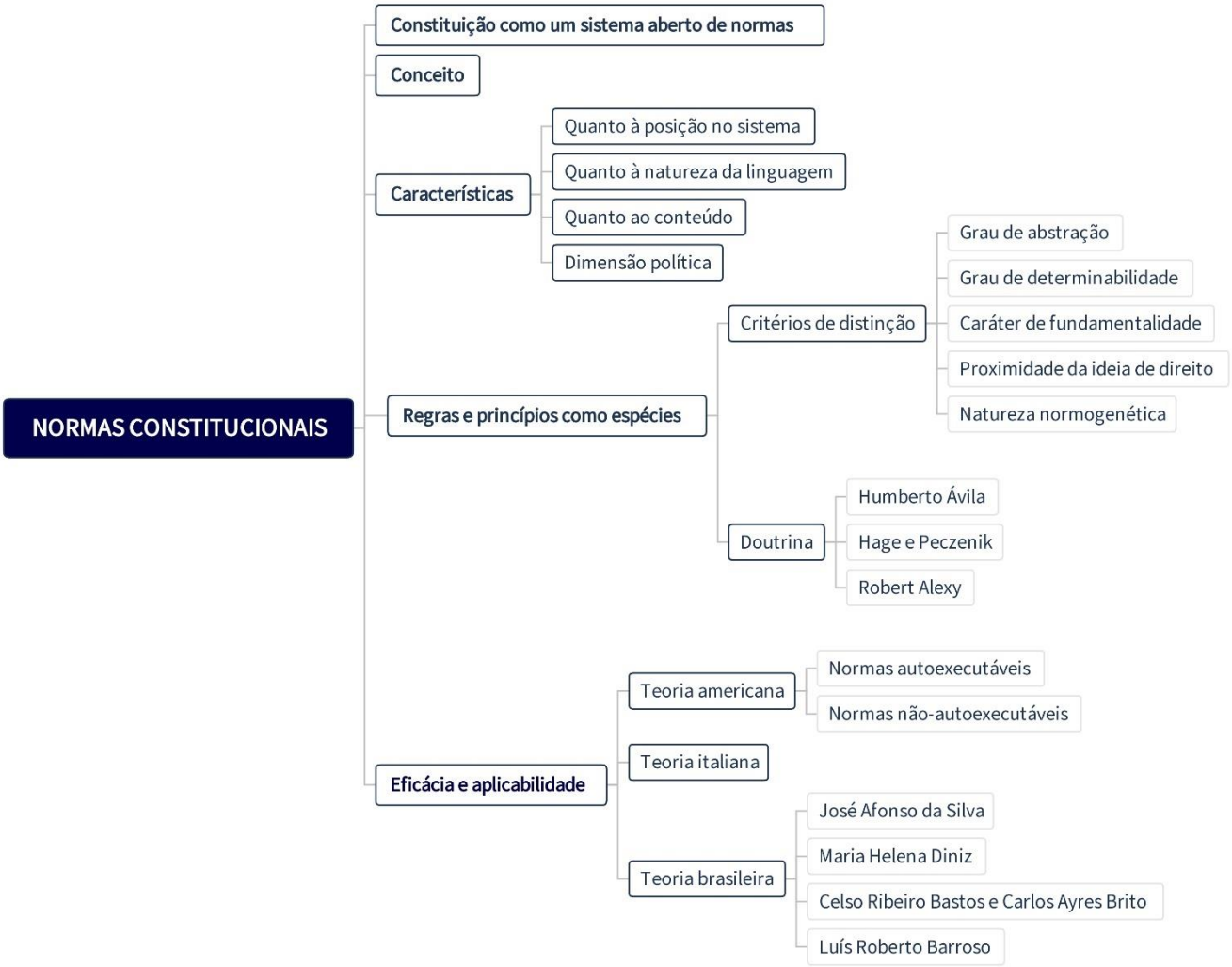
CLASSIFICAÇÃO DE MARIA HELENA DINIZ	
NORMAS SUPEREFICAZES OU COM EFICÁCIA ABSOLUTA	São consideradas aquelas normas intangíveis, que não podem ser emendadas, por exemplo, os textos constitucionais que amparam a forma federativa de Estado, a separação dos Poderes, o voto direto, secreto, universal e periódico e os direitos e garantias individuais, todas cláusulas pétreas.
NORMAS COM EFICÁCIA PLENA	Correspondem às normas constitucionais de eficácia plena de José Afonso da Silva.
NORMAS COM EFICÁCIA RELATIVA RESTRINGÍVEL	Correspondem às normas constitucionais de eficácia contida de José Afonso da Silva, havendo a preferência pela nomenclatura de Michel Temer (eficácia redutível ou restringível)
NORMAS COM EFICÁCIA RELATIVA COMPLEMENTÁVEL	Correspondem às normas constitucionais de eficácia limitada de José Afonso da Silva. São também chamadas de “dependente de complementação legislativa”.

CLASSIFICAÇÃO DE CELSO RIBEIRO BASTOS E CARLOS AYRES BRITO	
NORMAS DE APLICAÇÃO	Já estão aptas a produzir todos os seus efeitos, sem necessidade de atuação do legislador. São de duas espécies: **Irregulamentáveis**: não há possibilidade de regulamentação do legislador, sendo insuscetíveis de tratamento no nível infraconstitucional, mencionando-se como exemplo o art. 2º da CF/88, que trata da separação dos poderes; **Regulamentáveis:** não há necessidade de atuação do legislador para a produção dos efeitos, mas o legislador pode atuar para auxiliar a norma constitucional à sua melhor aplicação.
NORMAS DE INTEGRAÇÃO	Tais normas carecem de atuação do legislador, podendo ser: **Completáveis**: requerem uma atuação dos Poderes Públicos para ganhar eficácia plena. São equivalentes às normas constitucionais de eficácia limitada; **Restringíveis**: requerem uma atuação do para a restrição ou contenção dos seus efeitos, equivalendo às normas constitucionais de eficácia contida.

CLASSIFICAÇÃO DE LUÍS ROBERTO BARROSO	
NORMAS CONSTITUCIONAIS DE ORGANIZAÇÃO	"(...) têm por objeto estruturar e disciplinar o exercício do poder político. Elas dirigem-se, na generalidade dos casos, aos próprios Poderes do Estado e a seus agentes" (2015, p. 235). Barroso elenca: normas que veiculam decisões políticas fundamentais, como a forma de governo, a forma de Estado e o regime político; normas que definem as competências dos órgãos constitucionais e das entidades estatais; normas que criam órgãos públicos ou autorizam sua criação; e aquelas que estabelecem normas processuais ou procedimentais de revisão da própria Constituição, de defesa da Constituição de elaboração legislativa e de fiscalização.
NORMAS CONSTITUCIONAIS DEFINIDORAS DE DIREITOS	"(...) são as que tipicamente geram direitos subjetivos, investindo o jurisdicionado no poder de exigir do Estado – ou de outro eventual destinatário da norma – prestações positivas ou negativas, que proporcionem o desfrute dos bens jurídicos nelas consagrados" (2015, p. 236). O autor apresenta quatro grandes categorias: direitos individuais; direitos políticos; direitos sociais; e direitos difusos.
NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS	"(...) traçam fins sociais a serem alcançados pela atuação futura dos poderes públicos. Por sua natureza, não geram para os jurisdicionados a possibilidade de exigir comportamentos comissivos, mas investem-nos na faculdade de demandar dos órgãos estatais que se abstenham de quaisquer atos que contravenham as diretrizes aplicadas" (2015, p. 237). Barroso apresenta como exemplos as normas que preconizam a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 170, VIII), o apoio à cultura (art. 215), o fomento às práticas desportivas (art. 217), o incentivo à pesquisa (art. 218).

OBSERVAÇÃO

Cita-se, ainda, a digressão de Uadi Lammêgo Bulos, que afirma a existência das **normas constitucionais de eficácia exaurida,** destacando como exemplo as normas constitucionais do ADCT (atos das disposições constitucionais transitórias) que já cumpriram a sua função no ordenamento jurídico, no que tange à perspectiva de regulação jurídico-temporal.



6 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

1. HERMENÊUTICA JURÍDICA E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica, afinal as normas constitucionais são normas jurídicas. Com isso, pode-se afirmar que os elementos tradicionais de interpretação do Direito (gramatical, histórico, sistemático e teleológico) serão aplicados ao processo de interpretação constitucional.

Contudo, **diante das especificidades das normas constitucionais, e no contexto do desenvolvimento das ideias do constitucionalismo contemporâneo, a doutrina e a jurisprudência sistematizaram um elenco próprio de princípios e métodos aplicáveis à interpretação constitucional.** Isso porque a interpretação jurídica tradicional, embora siga sendo aplicada para a solução de diversos problemas jurídicos, não é inteiramente ajustada para a solução de problemas relacionados à realização da vontade constitucional.

Luís Roberto Barroso (2005, p. 9) faz uma breve comparação entre o modelo de interpretação jurídica tradicional e o da chamada nova hermenêutica constitucional, que pode ser assim apresentada:

INTERPRETAÇÃO JURÍDICA TRADICIONAL	NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL
"(i) **Quanto ao papel da norma**, cabe-lhe oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos"; "(ii) **quanto ao papel do juiz**, cabe-lhe identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida. Vale dizer: a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato. No modelo convencional, as normas são percebidas como regras, enunciados descritivos de condutos a serem seguidas, aplicáveis mediante subsunção".	"(i) **Quanto ao papel da norma**, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente"; "(ii) **quanto ao papel do juiz**, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, contemplando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis".

No **concurso para Promotor de Justiça do MPE-GO**, aplicada em 2019, interessante questão acerca da interpretação constitucional considerou corretas as seguintes assertivas:

Interpretar uma norma constitucional consiste em atribuir um significado a um ou a vários símbolos linguísticos escritos na Constituição, com o fim de obter uma decisão de problemas práticos, normativo constitucionalmente fundada;

O processo de interpretação-concretização das normas constitucionais começa com a interpretação semântica das formulações normativas do texto constitucional, por meio da atribuição de um significado aos

enunciados linguísticos, a partir de condições sociais historicamente caracterizadas, produtoras de determinados usos linguísticos, decisivamente operantes na atribuição do significado do texto constitucional;

A norma constitucional é um modelo de ordenação juridicamente vinculante, positivado na constituição e que, orientado a uma concretização material, é constituído por uma medida de ordenação, expressa por meio de enunciados linguísticos, e por um campo de dados reais.

O QUE É INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL EVOLUTIVA?

Trata-se de um processo informal de reforma do texto da Constituição, caracterizando-se pela atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes nas mentes dos constituintes.

2. PRINCÍPIOS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

2.1. Princípio da Unidade da Constituição

O ordenamento jurídico, apesar de se tratar de um conjunto constituído por uma pluralidade de normas jurídicas, constitui uma unidade.

A Constituição, *norma normarum*, fonte maior de produção de todo o Direito e fundamento de validade de todas as normas jurídicas, confere unidade ao ordenamento jurídico. Por isso, toda Constituição é, necessariamente, a unidade de uma pluralidade de normas. Tal unidade normativa pressupõe, como diz Dirley da Cunha Jr., "a inexistência de hierarquia normativa ou formal entre as normas constitucionais, uma vez que todas decorrem da mesma fonte e têm o mesmo fundamento de validade: o poder constituinte originário" (2019, p. 200).

Neste sentido, as normas constitucionais devem ser interpretadas como partes integrantes de um mesmo sistema, mantendo-se a coerência e evitando-se resultados antagônicos. Entre as normas constitucionais é possível existir uma antinomia, porém esta será aparente, inexistindo antinomias verdadeiras entre as normas constitucionais.

Cabe ao intérprete, dessa forma, considerar a Constituição em toda a sua globalidade, harmonizando eventuais conflitos existentes entre as suas normas com o intuito de concretizar o sentido de Constituição. Não poderá o intérprete isolar uma determinada norma do conjunto na qual ela está inserida, já que há uma relação de interdependência entre o sentido da parte e o sentido do todo na qual a parte está inserida.

2.2. Princípio do Efeito Integrador

A Constituição é um projeto normativo global de ordenação do Estado e da Sociedade que zela pela coesão social e política, jamais podendo ser encarada como instrumento de desagregação social.

É possível que, sob um determinado texto constitucional, haja disputa de distintos sentidos, em que grupos diversos tentam extrair do texto a norma que lhe seja mais adequada. Contudo, deve-se privilegiar critérios ou sentidos que favoreçam uma maior integração política e social e o reforço da unidade política.

2.3. Princípio da Máxima Efetividade

O princípio da máxima efetividade orienta que o intérprete atribua à norma constitucional um sentido que lhe confira maior eficácia, devendo haver o processo de otimização ou maximização da norma constitucional para que dela possa ser extraída toda a sua potencialidade.

Pode ser também denominado de princípio da interpretação efetiva.

Atualmente, esse princípio possui maior incidência no âmbito dos direitos fundamentais.

2.4. Princípio da Justeza ou da Conformidade Funcional

O princípio da justeza ou da conformidade funcional é aquele segundo o qual o órgão tradicionalmente encarado como o guardião da Constituição, e por isso encarregado em realizar a sua interpretação, não pode chegar a um resultado que subverta o esquema organizatório funcional que foi estabelecido pelo legislador constituinte.

Assim, não poderia o STF conferir uma interpretação à Constituição que eventualmente altere a distribuição de competências estabelecidas.

Nesse sentido, Dirley da Cunha Jr. sintetiza:

> O princípio da conformidade funcional tem por finalidade exatamente impedir que o intérprete-concretizador da Constituição modifique aquele sistema de repartição e devisão das funções constitucionais, para evitar que a interpretação constitucional chegue a resultados que perturbem o esquema organizatório-funcional nela estabelecido, como é o caso da separação dos poderes. (2019, p. 203).

Tal princípio tem maior relevância no controle de constitucionalidade das leis e nas relações que se estabelecem ao seu redor envolvendo o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, funcionando como um alerta para as usurpações recíprocas de funções.

QUESTÃO DE CONCURSO

(**MPT – 2020 – MPT – Procurador do Trabalho)** Embora a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei gere insegurança na doutrina constitucional alemã, pode-se observar a utilização do princípio da correção funcional, porquanto evita que o Poder Judiciário modifique o modelo normativo originariamente engendrado pelo Poder Legislativo.

Gabarito: CORRETO.

2.5. Princípio da Concordância Prática ou da Harmonização

Uma das características das Constituições contemporâneas em geral, na qual se enquadra, inclusive, a Constituição Federal de 1988, é o fato de elas serem prolixas, extensas, tratando de diversos temas. Além disso, em uma sociedade multicultural e complexa como a que hoje se observa, e pautado no pluralismo político como fundamento da República Federativa do Brasil, não raro o texto constitucional abriga ideias, valores e bens jurídicos distintos que, por vezes, podem entrar em colisão.

O que fazer, então, quando ideias, valores e bens jurídicos distintos, porém constitucionalmente assegurados, entram em conflito? Por exemplo: como equilibrar o conflito entre o direito à imagem e à liberdade de informação jornalística?; Como resolver o conflito entre desenvolvimento econômico e defesa do meio ambiente?

Em se tratando de ideias, valores e bens jurídicos igualmente previstos na Constituição, não há que se falar na aniquilação de um deles, mas sim na sua conciliação.

Para isso, tem-se o princípio da concordância prática ou da harmonização, que impõe ao intéprete aplicador a coordenação e harmonização dos bens jurídico-constitucionais eventualmente conflitantes, evitando-se a aniquilição de um deles em relação aos outros. Verifica-se que é uma decorrência do princípio da unidade.

Frise-se que esta conciliação não é realizada *a priori*, mas sim diante de casos concretos, observando-se as nuances do texto constitucional e do contexto na qual ele está a ser aplicado, levando-se em consideração elementos diversos e as circunstâncias.

O intérprete, portanto, deverá preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa, fazendo concessões recíprocas, e escolher, se for necessário, o direito ou o bem que deverá prevalecer no caso concreto, realizando da forma mais adequada a vontade constitucional.

QUESTÕES DE CONCURSO

(**FUNDEP – 2021 – MPE-MG – Promotor de Justiça Substituto)** O princípio da concordância prática, ou da harmonização, pressupõe a ideia de unidade da Constituição e de inexistência hierárquica entre as normas nela consagradas, de modo a evitar-se o sacrifício de valores constitucionais igualmente relevantes.

Gabarito: CORRETO.

(VUNESP – 2018 – TJ-SP – Juiz Substituto) Segundo o princípio da concordância prática ou da harmonização, eventual conflito entre bens juridicamente protegidos deve ser solucionado pela coordenação e combinação entre eles, de modo que o estabelecimento de limites recíprocos evite o sacrifício de uns em relação aos outros.

Gabarito: CORRETO.

2.6. Princípio da Força Normativa da Constituição

A ideia de força normativa da Constituição é atribuída a Konrad Hesse, que conferiu à Constituição uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado.

A Constituição é norma jurídica com força suficiente para vincular e impor seus comandos. Ao intérprete cabe a tarefa de preservar a força normativa da Constituição, por meio de um trabalho de atualização das suas normas, garantindo a sua ótima eficácia e permanência.

2.7. Princípio da Proporcionalidade ou da Razoabilidade

O princípio da proporcionalidade/razoabilidade tem a sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal, que remonta à Magna Carta de 1215, na Inglaterra.

Inicialmente, o devido processo legal era visto no seu aspecto meramente formal (*procedural due process*), segundo o qual não é possível a condenação de alguém sem o devido processo legal.

Nos Estados Unidos, ele se desenvolveu com um aspecto muito mais substantivo ou material (*substantive due process of law*), para permitir que o Poder Judiciário investigasse o mérito dos atos do poder público, a fim de verificar se tais atos são razoáveis.

A proporcionalidade/razoabilidade abrange os seguintes aspectos:

Adequação: deve-se analisar se a norma é adequada ao alcance da finalidade pretendida, se é um meio idôneo ao fim que se pretende alcançar;

Necessidade: deve-se verificar se não há uma providência menos gravosa que seja capaz de alcançar o mesmo objetivo, ou seja, deve-se questionar se aquela medida é realmente necessária;

proporcionalidade em sentido estrito: deve-se averiguar se, no caso concreto, a medida traz mais benefícios que prejuízos.

Faltando um desses requisitos, o ato não será razoável e proporcional.

QUESTÃO DE CONCURSO

(FUNDEP – 2021 – MPE-MG – Promotor de Justiça Substituto) Dentro do juízo de proporcionalidade, o subprincípio da *adequação* julga se as medidas de intervenção no direito fundamental são razoáveis e aptas para se alcançar o fim almejado.

Gabarito: CORRETO.

2.8. Princípio da Presunção de Constitucionalidade das Leis

Toda norma jurídica deve ser produzida observando-se os parâmetros formais e materiais estabelecidos na Constituição Federal, pois, do contrário, a norma estará eivada de vício formal ou vício material, respectivamente.

Assim, a partir do momento em que uma norma ingressa no ordenamento jurídico, há a presunção de que ela cumpriu rigorosamente os parâmetros definidos. Há, dessa forma, a presunção de constitucionalidade das leis, o que se relaciona, inclusive, com a ideia de supremacia constitucional.

Tal presunção, contudo, é relativa, podendo ser afastada após um controle de constitucionalidade.

2.9. Princípio da Interpretação Conforme a Constituição

Sabe-se que as normas constitucionais podem ser plurissignificativas, ou seja, apresentarem significados distintos (normas polissêmicas). Nessas situações, deve-se privilegiar a interpretação que lhe atribua o sentido – entre os vários possíveis – que possibilite a sua conformidade com a Constituição.

Com isso, o princípio da interpretação conforme a Constituição visa preservar a norma legal, que não deve ser declarada inconstitucional se ao menos um dos sentidos dela extraídos se adequar ao texto constitucional.

Dirley da Cunha Jr. adverte:

> A interpretação conforme a Constituição, porém, só é legítima quando existir a possibilidade de várias interpretações, umas em conformidade com a Constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela e que devem ser excluídas. É claro que, como observa Canotilho, no caso de resultar da interpretação um sentido unívoco que revele a contradição da lei com a Constituição, impõe-se a sua rejeição por inconstitucionalidade, proibindo-se a sua correção pelos tribunais.
> Na eventual hipótese de existirem várias interpretações, porém todas em conformidade com a Constituição, deve-se adotar aquela interpretação que seja a melhor orientada para a Constituição, ou seja, que melhor realize a Constituição. (2019, p. 207).

QUESTÃO DE CONCURSO

(**CESPE – 2019 – TJ-SC – Juiz Substituto)** A interpretação conforme a constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto são exemplos de situações constitucionais imperfeitas.

Gabarito: CORRETO.

(CESPE – 2018 – TJ-CE - Juiz Substituto) A interpretação conforme a Constituição é um tipo de situação constitucional imperfeita, pois atenua a declaração de nulidade em caso de inconstitucionalidade.

Gabarito: CORRETO.

3. MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

3.1. Método Jurídico ou Hermenêutico-Clássico

O método jurídico (ou hermenêutico-clássico) parte do entendimento de que a Constituição é uma lei. Assim, a interpretação da Constituição será realizada nos mesmos moldes que uma interpretação legislativa comum.

Aqui, concebe-se a interpretação como uma atividade puramente técnica de conhecimento do texto constitucional, preconizando-se que o intérprete da Constituição se restrinja à busca do sentido da norma, por ele guiando-se na aplicação, sem formulação de juízos de valor ou sem realização de atividade criativa.

Compreende cinco elementos clássicos, abaixo identificados:

a) elemento gramatical, literal, semântico ou filológico, através do qual o intérprete busca o sentido literal do texto, observando-se os sentidos das palavras. **Analisa o texto;**

b) elemento histórico, que se funda na investigação dos precedentes da norma, referindo-se ao processo legislativo e às circunstâncias fáticas antecedentes à norma. Verificam-se os elementos sociológicos, políticos, econômicos, psicológicos etc., que conduziram à elaboração da norma. Tem em vista a razão de ser da norma (*ratio legis*). **Analisa o contexto;**

c) elemento lógico ou sistemático, que pretende identificar o sentido e o alcance da norma, devendo o intérprete avaliar a relação de cada norma com o restante da constituição. **Analisa a relação de cada norma com o todo constitucional;**

d) elemento teleológico, racional ou sociológico, em que se busca analisar os fins jurídicos e sociais pretendidos pela norma, fundando-se nas razões de fato e de direito que motivaram a criação da norma (*ratio)* e nos objetivos que se pretende atingir com essa criação (*telos*). **Analisa a finalidade da norma;**

e) elemento genético, que busca investigar as origens dos conceitos utilizados pelo legislador. **Analisa a origem de conceitos utilizados pelo criador da norma.**

QUESTÃO DE CONCURSO

(FUNDEP – 2021 – MPE-MG – Promotor de Justiça Substituto) O método histórico de interpretação constitucional, embora próprio dos países do chamado *common law*, é admitido pelo Supremo Tribunal Federal em situações específicas, notadamente quando necessário para revelar o sentido da norma na conjuntura social em que foi promulgada.

Gabarito: CORRETO.

3.2. Método Tópico-Problemático

O método tópico-problemático, formulado por Theodor Viehweg, em sua obra Tópica e Jurisprudência, preocupa-se com o caráter prático da interpretação constitucional, buscando a resolução do problema constitucional a partir do próprio problema, identificando-se determinados pontos de partida.

Tal método parte do problema concreto para a norma, conferindo uma conotação prática à interpretação constitucional, adotando-se, basicamente, as seguintes premissas:

1) caráter prático da intepretação, uma vez que toda interpretação se destina a solucionar problemas práticos e concretos;

2) caráter aberto, fragmentário ou indeterminado das normas constitucionais, em razão da sua estrutura normativo-material;

3) preferência pela discussão do problema em razão da abertura das normas constitucionais que não permitem qualquer operação de subsunção a partir delas próprias.

Neste sentido, Dirley da Cunha Jr. alerta:

> Em razão disso, a interpretação constitucional leva a um *processo aberto de argumentação* entre os vários partícipes ou intérpretes, por meio da qual se tenta adaptar a norma constitucional ao problema concreto. Os intérpretes vão se utilizar de vários *topoi* ou pontos de vista (considerados relevantes para o caso), com o fim de revelar, dentro das várias possibilidades ensejadas pelos múltiplos significados do texto constitucional, a interpretação mais conveniente para o problema.
> Vê-se, pois, que para este método, em razão das dificuldades de se interpretar a Constituição a partir de suas normas, porque sempre abertas, deve a interpretação partir da discussão do problema concreto que se pretende resolver para, só ao final, se identificar a norma adequada. Parte-se do problema (caso concreto) para a norma, fazendo caminho inverso dos métodos tradicionais, que buscam a solução do caso a partir da norma, e não do problema mesmo (2019, p. 197).

3.3. Método Hermenêutico-Concretizador

Enquanto o método tópico-problemático parte do caso concreto para a norma, o método hermenêutico-concretizador parte da Constituição para o problema, destacando-se os seguintes pressupostos normativos:

a) pressupostos subjetivos – o intérprete se valerá de suas pré-compreensões sobre os temas para a busca do sentido da norma;

b) pressupostos objetivos – o intérprete atuará como mediador entre a norma e situação concreta, tendo a realidade social como contexto a ser analisado;

c) círculo hermenêutico – trata-se de um movimento de ir e vir do subjetivo para o objetivo, em um constante exercício até que, finalmente, o intérprete alcance a compreensão da norma.

Uma vez que a pré-compreensão do intérprete é bastante valorizada, pode-se afirmar que o método em questão é de cunho subjetivista.

Nas palavras de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

> O método hermenêutico-concretizador reconhece a importância do aspecto subjetivo da interpretação, ou seja, da pré-compreensão que o intérprete possui acerca dos elementos

> envolvidos no texto a ser por ele interpretado. Essa pré-compreensão faz com que o intérprete, na primeira leitura do texto, extraia dele um determinado conteúdo, que deve ser comparado com a realidade existente. Desse confronto, resulta a reformulação, pelo intérprete, de sua própria pré-compreensão, no intuito de harmonizar os conceitos por ele preconcebidos àquilo que deflui do texto constitucional, com base na observação da realidade social. Essa reformulação da pré-compreensão e consequente releitura do texto, cotejando cada novo conteúdo obtido com a realidade social, deve repetir-se sucessivamente, até que se chegue à solução mais harmoniosa para o problema. Impõe-se, assim, um "movimento de ir e vir", do subjetivo para o objetivo - e, deste, de volta para aquele -, mediante comparação entre os diversos conteúdos que se extraem do texto, decorrentes de sucessivas reformulações da pré-compreensão do intérprete, e o contexto em que a norma deve ser aplicada (realidade social). Esse "movimento de ir e vir" é denominado "círculo hermenêutico" (2017, p. 67).

QUESTÃO DE CONCURSO

(CESPE – 2019 – MPE-PI – Promotor de Justiça) Opção que apresenta o método conforme o qual a leitura do texto constitucional inicia-se pela pré-compreensão do aplicador do direito, a quem compete efetivar a norma a partir de uma situação histórica para que a lide seja resolvida à luz da Constituição, e não de acordo com critérios objetivos de justiça: método hermenêutico-concretizador.

Gabarito: CORRETO.

3.4. Método Científico-Espiritual

O método científico-espiritual foi concebido pela doutrina constitucionalista alemã no início do século XX, tendo Rudolf Smend como maior expoente.

Para tal método, a interpretação constitucional deve levar em consideração a compreensão da Constituição como uma ordem de valores e como elemento do processo de integração. Ou seja, “a Constituição deve ser concebida como um instrumento de integração, não apenas do ponto de vista jurídico-formal, mas também, e notadamente, sob o aspecto político e sociológico, revelando-se como um expressivo instrumento de solução de conflitos, de construção e de preservação da unidade social” (CUNHA JR., 2019, p. 198).

Smend afirma que a Constituição desempenha uma função de integração da vida estatal e, por isso, o intérprete deve levar em consideração o sistema de valores subjacente ao texto constitucional e a realidade concreta da vida. Deve-se ter em mente que a ideia de que a Constituição é norma, mas também realidade, a qual, por ser cambiante, deve orientar o intérprete a estar sempre captando essa mudança de sentido.

3.5. Método Normativo-Estruturante

O método normativo-estruturante, atribuído a Friedrich Müller, adota a premissa de que há uma relação necessária entre o texto e a realidade.

Diante da abertura do texto constitucional, são demandadas análises e interpretações para a construção de um sentido normativo que privilegie o acoplamento entre o texto e o contexto.

Nesse sentido, Müller explica que o processo de extração de uma norma a partir do texto constitucional exige, primeiro, a interpretação do texto, considerada a “ponta do *iceberg*” do processo interpretativo, com o fim de delimitar possíveis leituras que ele comporta, para, em seguida, promover a interação entre a norma e a realidade.

> O texto da norma não "contém" a normatividade e a sua estrutura material concreta. Ele dirige e limita as possibilidades legítimas e legais da concretização materialmente determinada do direito no âmbito do seu quadro. Conceitos jurídicos em textos de normas não possuem "significado", enunciados não possuem "sentido" segundo a concepção de um dado orientador acabado. Muito pelo contrário, o olhar se dirige ao trabalho concretizador ativo do "destinatário" e com isso à distribuição funcional dos papéis que, graças à ordem jurídico-positiva do ordenamento jurídico e constitucional, foi instituída para a tarefa da concretização da constituição e do direito (MÜLLER, 2010, p. 57).

O intérprete-aplicador, na tarefa de interpretar-concretizar a norma constitucional, deve levar em consideração os elementos resultantes da interpretação (programa normativo) e os elementos decorrentes da investigação da realidade (domínio normativo). A norma a ser concretizada é a confluência entre o texto e a realidade.

3.6. Método da Interpretação Comparativa

A interpretação comparativa é um método proposto por Peter Häberle, com a ideia de estabelecer uma comunicação entre as diversas Constituições e identificar os critérios para a solução de determinados problemas concretos.

De acordo com Dirley da Cunha Jr.:

> Tendo como ponto de partida o direito constitucional comparado, esse método sugere captar, nos vários textos constitucionais, a evolução da conformação, distinta ou igual, de conceitos e institutos jurídicos com o fim de revelar o significado das disposições jurídico-constitucionais.
> A análise comparada dos diferentes textos constitucionais envolve uma comparação jurídica valorativa no âmbito do Estado Constitucional, como a que tem sido utilizada pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia em relação aos direitos fundamentais (2019, p. 199).

4. PETER HÄBERLE E A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO

Peter Häberle, em um contexto de sociedades plurais e complexas com distintas possibilidades de atribuição de sentidos à Constituição, defende uma **interpretação pluralista, com a proposta da tese de que neste processo "estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com numerus clausus de interpretação da Constituição"** (2002, p. 13).

Para além de uma interpretação constitucional restrita a uma sociedade fechada de intérpretes, **o autor propõe a democratização do processo de descobrimento da norma constitucional através de uma leitura ampla empregada por todos aqueles que vivem em um contexto regulado pela Constituição, pois o destinatário da norma é participante ativo do processo hermenêutico.**

A superação de uma hermenêutica vinculada a um modelo de interpretação de uma sociedade fechada, que se concentra na atividade de interpretação constitucional dos juízes e em procedimentos formalizados, é observada, em Häberle, através da **fixação de um rol ampliado de intérpretes**. O autor enuncia como participantes do processo de interpretação constitucional: as funções estatais; os participantes do processo de decisão e que não são necessariamente órgãos do Estado, como autor e réu, recorrente e recorrido, peritos e representantes de interesses nas audiências públicas e grupos de pressão organizada; a opinião pública democrática e pluralista e o processo político como grandes estimuladores, por exemplo, a

mídia em geral, a iniciativa de cidadãos, as igrejas e teatros; além da doutrina constitucional, que teria o papel especial por tematizar a participação de outras forças e, ao mesmo tempo, participar em diversos níveis.

Häberle reconhece, na sua obra, uma possível objeção a sua proposta de ampliação do círculo de intérpretes da Constituição: o rompimento da sua unidade devido a uma dissolução da interpretação constitucional entre diversos intérpretes e, consequentemente, a adoção de leituras distintas. O próprio autor, contudo, refuta a crítica e desenvolve propostas de legitimação a partir de pontos de vistas distintos: a partir da teoria do direito, da teoria da norma e da teoria da interpretação; a partir das reflexões teorético constitucionais; e a partir da teoria da democracia.

Inicialmente, o autor afirma que, em uma hermenêutica contemporânea, a interpretação é um processo aberto e a ampliação do círculo de intérpretes é consequência da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação. "Qualquer intérprete é orientado pela teoria e pela práxis. Todavia, essa práxis não é, essencialmente, conformada pelos intérpretes oficiais da Constituição" (2002, p. 31). A Constituição deve ser vista, então, como processo público aberto.

Acerca da legitimação sob a ótica das reflexões teorético constitucionais, Häberle afirma que "a legitimação fundamental das forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional reside no fato de que essas forças representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição" (2002, p. 33) e uma Constituição que estrutura, além do Estado, a própria esfera pública, a sociedade e a vida privada, deve incorporar tais forças como sujeitos ativos do processo de interpretação, e não como meros objetos.

Ainda sobre a legitimação, Häberle desenvolve reflexões sobre a teoria da democracia:

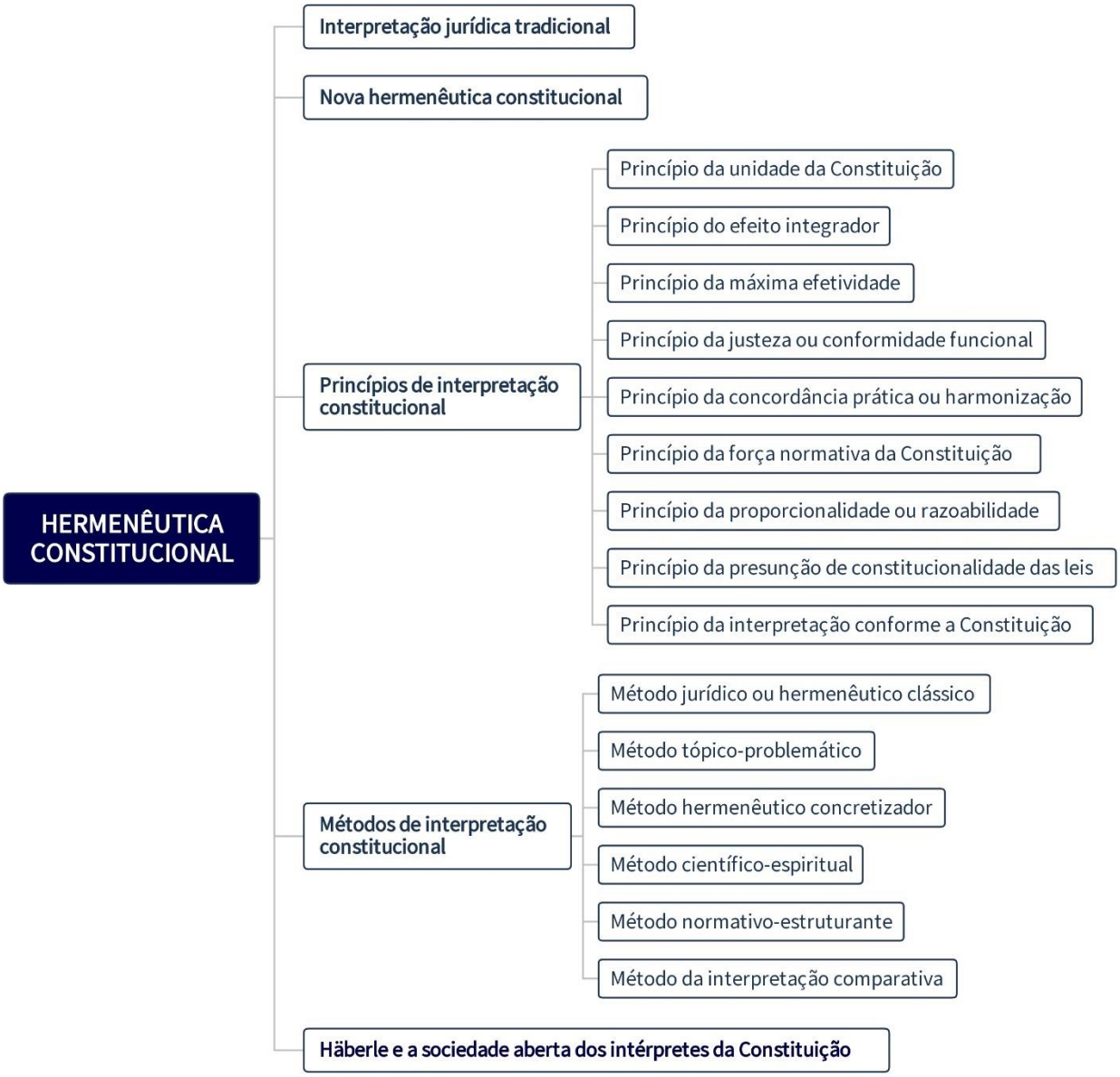
> A Ciência do Direito Constitucional, as Ciências da realidade, os cidadãos e os grupos em geral não dispõe de uma legitimação democrática para a interpretação da Constituição em sentido estrito. Todavia, a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do Povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições), até o último intérprete formalmente "competente", a Corte Constitucional. Numa sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais (Grundrechtsverwirklichung), tema muitas vezes referido sob a epígrafe do "aspecto democrático" dos Direitos Fundamentais. Democracia desenvolve-se mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades da realidade e também o "concerto" científico sobre questões constitucionais, nas quais não pode haver interrupção e nas quais não existe e nem deve existir dirigente (2002, p. 36-37).

Assim, a vivacidade da Constituição, no contexto de uma sociedade multicultural, mantém-se em voga diante da interpretação pluralística proposta por Häberle. A síntese proposta entre tal documento e a realidade deve ser conduzida pela própria sociedade, no seu cotidiano, para repercutir na esfera pública. **Não se pretende rechaçar a importância da atuação da jurisdição constitucional na atividade interpretativa da Constituição, mas deve-se reconhecer a influência exercida pela teoria democrática sobre os processos hermenêuticos, o que confere maior legitimidade ao resultado.** Especialmente, quando se trata da atividade de rever decisões encampadas por legisladores ou administradores cuja legitimidade democrática é auferida diretamente por eleições populares.

No âmbito da jurisdição constitucional brasileira, o pensamento de Häberle de ampliação do círculo de intérpretes da Constituição influenciou o sistema de controle de constitucionalidade, que passou a contemplar dois institutos que representam um canal de comunicação direto entre o Supremo Tribunal

Federal e a sociedade: o *amicus curiae* e as audiências públicas, introduzidos pelas Leis n.ºs 9.868 e 9.882, ambas promulgadas em 1999.

Acredita-se que a ampliação da participação da sociedade civil no controle de constitucionalidade através de tais institutos – *amicus curiae* e audiências públicas – apresentam um potencial legitimador das decisões dos Tribunais Constitucionais e das Supremas Cortes.



7 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Os **princípios fundamentais (ou estruturantes)** da Constituição são responsáveis pela **organização da ordem política do Estado brasileiro**, que consagram as **decisões políticas fundamentais do Estado**.

De acordo com Marcelo Novelino (2009, p. 337), os princípios fundamentais podem ser divididos da seguinte maneira:

CLASSIFICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES	
ART. 1º, CF/88	Princípios que definem a forma, estrutura e fundamento do Estado Brasileiro;
ART. 2º, CF/88	Princípio da divisão dos poderes;
ART. 3º, CF/88	Princípios que fixam os objetivos primordiais a serem perseguidos;
ART. 4º, CF/88	Princípios que traçam diretrizes a serem adotadas nas relações internacionais.

Será analisado cada artigo.

1. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Art. 1º, CF/88 - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I - a soberania;
II - a cidadania;
III - a dignidade da pessoa humana;
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
V - o pluralismo político.
Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

QUESTÃO DE CONCURSO

(FCC – 2022 – DPE-PB. Defensor Público) Em relação ao texto expresso da Constituição da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana consiste em fundamento da República.

Gabarito: CORRETO.

A partir da leitura do art. 1º da CF/88, verificam-se as seguintes opções realizadas pela Assembleia Constituinte:

Forma de Governo	REPÚBLICA
Sistema de Governo	PRESIDENCIALISTA
Regime de Governo	DEMOCRÁTICO
Forma de Estado	FEDERAÇÃO

1.1. Princípio Republicano

O princípio republicano fixa a forma de governo do Estado, estabelecendo a relação entre governantes e governados, bem como a forma que os governantes ascendem ao poder.

De acordo com Dirley da Cunha Jr., "é uma forma de governo, fundada na igualdade formal entre as pessoas, na qual os detentores do poder político exercem-no em caráter eletivo, de regra representativo, temporário e com responsabilidade" (2019, p. 476).

Ademais, chama-se atenção para outra característica especial da forma republicana de governo: os governantes são responsabilizados pelos seus atos, seja com sanções políticas (*impeachment*), seja com sanções civis ou penais.

As **principais características da República** são:

a) o poder político pertence a todo o povo, exercido diretamente por este ou por seus representantes, contrapondo-se, assim, ao modelo monárquico;

b) igualdade formal entre as pessoas, ou seja, todos são iguais perante a lei.

Observação: não se pode esquecer, contudo, a busca pela igualdade material entre as pessoas, o que justifica, por exemplo, o tratamento diferenciado entre pessoas desiguais, na medida da sua desigualdade, o que se funda no conceito aristotélico de justiça, justificando-se, por exemplo, a necessidade de ações afirmativas;

c) eleição dos detentores do poder político e temporariedade do exercício dos cargos eletivos, devendo os membros dos Poderes Legislativo e Executivo serem eleitos periodicamente pelo povo;

d) responsabilidade dos governantes, que respondem por seus atos perante os governados, sujeitando-se, assim, a sanções políticas (como o *impeachment*), penais e civis.

As distinções entre a forma republicana e a forma monárquica de governo podem ser assim sintetizadas:

REPÚBLICA	MONARQUIA
Temporariedade	Vitaliciedade
Eletividade	Hereditariedade
Responsabilidade	Irresponsabilidade

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE

O STF, no julgamento da ADPF 764/CE[7], decidiu que **a concessão de pensão vitalícia à viúva, à companheira e a dependentes de prefeito, vice-prefeito e vereador, falecidos no exercício do mandato, não é compatível com a Constituição Federal** (STF. Plenário. ADPF 764/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 27/8/2021, Info. 1027).

Disponível em:

[7] https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757455468

Nos termos da Suprema Corte, os cargos políticos do Poder Legislativo e do Poder Executivo municipal têm caráter temporário e transitório, não havendo justificativa, assim, para a concessão de qualquer benefício a ex-ocupante do cargo de forma permanente, sob pena de afronta aos princípios da impessoalidade, da moralidade pública e da responsabilidade com gastos públicos.

Ademais, ainda conforme o STF, tal pensão vitalícia ofende também o princípio republicano e o princípio da igualdade, já que outorga tratamento diferenciado a determinado indivíduo, sem que esteja presente o fator de diferenciação que justificasse a concessão do benefício na origem.

Nessa mesma linha de entendimento, o STF já afirmou que **a instituição de prestação pecuniária mensal e vitalícia a ex-governadores, comumente designada sob o nomen juris "subsídio", corresponde à concessão de benesse que não se compatibiliza com a Constituição Federal (notadamente com o princípio republicano e o princípio da igualdade, consectário daquele), por desvelar tratamento diferenciado e privilegiado sem fundamento jurídico razoável, com ônus aos cofres públicos, em favor de quem não exerce função pública ou presta qualquer serviço à administração, sendo também inconstitucionais prestações de mesma natureza concedidas aos cônjuges supérstites dos ex-mandatários** (STF, Plenário ADI 3418, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 20/9/2018).

1.2. Princípio Federativo

O princípio federativo fixa a forma de Estado, constituída a partir da união indissolúvel de organizações políticas autônomas.

A Federação surgiu no século XVIII, a partir da experiência norte-americana, em 1787, tendo influenciado sobremaneira a Federação brasileira. Contudo, o modo como se deu a formação das federações (norte-americana e brasileira) diverge.

A formação da Federação norte-americana é sintetizada por Dirley da Cunha Jr. (2019, p. 475) nos seguintes termos:

> Após a independência das treze colônias inglesas na América do Norte, essas ex-colônias, agora Estados soberanos, reuniram-se, em 1781, como uma Confederação (quando foi assinado o tratado artigos de confederação), que durou até 1787, dada as dificuldades e conflitos surgidos no desenvolvimento desse modelo de união. Preocupados em corrigir as distorções e os prováveis erros que malograram o modelo escolhido, os Estados confederados se reuniram, em importante convenção, para discutir as soluções necessárias. Depois de muita reflexão e de trabalhos escritos, nasce uma proposta simples, porém ousada: substituir a Confederação dos Estados soberanos por uma Federação de Estados autônomos, na qual a nova forma de aliança fosse indissolúvel e protegida por uma Constituição escrita e rígida. Surge, assim, na Convenção de Filadélfia, em 1787, sob a proteção de uma Constituição rígida – a primeira Constituição escrita do mundo – a Federação norte-americana, com a união definitiva daqueles vários Estados em torno de um interesse comum, formando um novo Estado, um Estado Federal, os Estados Unidos da América.

Observa-se, assim, que na **Federação norte-americana**, os Estados soberanos abdicaram da sua soberania para a formação de um novo Estado, a partir da união, mantendo-se, contudo, titulares de ampla autonomia política. Trata-se, conforme identificado pela doutrina, de uma **federação por agregação (federalismo centrípeto).**

No caso da **Federação brasileira**, observa-se o movimento inverso, uma vez que o Estado Unitário, que exercia o poder central, para transformar-se em um Estado Federal, descentralizou o seu poder,

dividindo-o para os poderes regionais. Houve, assim, uma desagregação do poder, o que leva a doutrina a afirmar que se trata de um **federalismo por desagregação (ou federalismo centrífugo).**

A formação da Federação brasileira explica a ampla concentração de poderes na União, o que gera certo desequilíbrio. O tema será revisitado no capítulo destinado à organização político-administrativa brasileira.

As **principais características da Federação** são:

a) **indissolubilidade do pacto federativo**, sendo vedada a secessão entre os Estados;

b) **coexistência de, ao menos, duas ordens jurídicas**, sendo uma representativa do poder central e outra representativa do poder regional;

c) **existência de uma Constituição rígida, com previsão de uma cláusula pétrea que impeça a secessão**, tal como previsto no art. 60, §4º, I, da CF/88;

d) **previsão de um órgão que represente o poder regional (entres federativos regionais) de forma igualitária**, como, no caso brasileiro, o Senado Federal, que representa os Estados;

e) **autonomia financeira dos entes federativos**, a ser reconhecida pela Constituição do ente soberano;

f) **auto-organização político-administrativa dos entes federativos autônomos**, assim previsto:

Autonormatização	Possuem competência para a produção das suas próprias leis;
Autogoverno	Possuem poderes estatais (Executivo, Legislativo e Judiciário);
Autoadministração	Exercem as competências administrativas, legislativas e tributárias próprias.

g) **previsão de um órgão de cúpula do Poder Judiciário para solucionar eventuais conflitos de competência entre os entes federativos**, como previsto para o STF, no art. 102, I, f, da CF/88.

1.3. Princípio do Estado Democrático de Direito

A expressão "Estado de Direito" tem origem na Prússia, o ***Rechtsstaat,*** como **idealização da impessoalidade do poder político**, sendo o Estado o detentor da soberania, submetendo todos ao seu império. Trata-se, por excelência, de uma expressão do Estado Liberal, limitando-se à defesa da ordem e da segurança pública (FERNANDES, 2020, p. 331-333).

A consagração da ideia do Estado de Direito perpassa, contudo, outras tradições: ***King in Parliament*****,** na tradição inglesa, em que se estabelece que o Poder Executivo deve se submeter a todos os atos do Parlamento, ideia que veio se consagrando no constitucionalismo inglês desde a Magna Carta de 1215, onde se estabeleceu que o Estado deve se submeter a procedimentos legais e previamente fixados (dimensão processual); ***Rule of Law***, na tradição norte-americana, bem como a noção de ***"always under law"*** (em livre tradução, "sempre abaixo da lei"); ***État legal***, na tradição francesa, expressa que designa uma ordem hierarquizada de normas, cujo vértice está na Declaração de 1789, consagradora de direitos naturais aos homens e cidadãos, além das ideias de vontade geral e soberania popular atrelada ao Poder Legislativo.

A noção de Estado Democrático de Direito vai além, contudo, da mera ideia de "Estado de Direito", consagrando ainda a ideia de "Estado Democrático".

Isso porque, com a exacerbação do positivismo formalista, viu-se a necessidade de superação de um Estado Legislativo de Direito, para afastar a noção de Direito da ideia pura e simples de mero compromisso com uma lei formalmente emanada por uma autoridade competente, sem preocupação com a sua base axiológica. Tal apego ao aspecto formal justificou, inclusive, regimes ditatoriais. E mesmo com o florescimento de um Estado Social de Direito a partir da Primeira Guerra Mundial, em razão da doutrina social de Estado, percebeu-se que o problema persistia, uma vez que a expressão "Estado Social" foi objeto de ambiguidades ideológicas, servindo, também, a governos tiranos, como a Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, Portugal salazarista e até mesmo a Revolução de 1930 e a implantação do Estado Novo, no Brasil (CUNHA JR., 2019, p. 478).

Por isso, exalta-se também a noção de Estado Democrático, o qual assenta as suas bases na soberania popular.

A **democracia** é regime de governo que enaltece o povo como titular de todo o poder ("governo do povo, pelo povo e para o povo") e que deve ser vista **em sua perspectiva formal**, consistente na expressão de uma vontade da maioria, **e substancial**, ao exigir-se respeito aos direitos de todos, inclusive a proteção dos direitos das minorias contra a vontade das maiorias.

O princípio do Estado Democrático de Direito reúne, assim, as bases do Estado de Direito e do Estado Democrático.

1.4. Princípio da Soberania Popular

A Constituição Federal de 1988, no parágrafo único do art.1º, consagra:

> **Art. 1°, Parágrafo único, CF/88 -** Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Aqui, vê-se a ideia de uma **democracia direta** (exercício do poder de forma direta pelo povo) e de uma **democracia indireta ou representativa** (exercício do poder pelo povo por meio de seus representantes eleitos).

Da conjugação da democracia direta e representativa, pode-se afirmar que se está diante de uma **democracia semidireta**, no qual se verifica o exercício do Poder através de representantes eleitos (será estudado, em capítulo específico, a composição bicameral do Congresso Nacional, em que a Câmara dos Deputados é representante do povo e o Senado Federal, dos Estados) e através de mecanismos de participação direta do povo na formação da vontade política nacional.

ATENÇÃO

Quais são os instrumentos de participação direta constitucionalmente previstos?

O art. 14 da CF/88 consagra como instrumentos de participação direta do povo: **plebiscito**, **referendo** e **iniciativa popular de lei.**

Ademais, pode-se mencionar a previsão constitucional da **ação popular**, no art. 5º, LXXIII.

Os aludidos instrumentos serão estudados em momento oportuno.

1.5. Princípio da Separação dos Poderes

As primeiras bases de uma teoria da separação dos poderes remontam a **Aristóteles**, o qual, na obra **"A Política"**, já identificava três partes distintas componentes de todo governo: a que trata "da deliberação sobre assuntos públicos"; "a que trata das funções políticas"; e "a que trata de como deve ser o Poder Judiciário".

Mas o avanço significativo na formulação da teoria da separação dos poderes deu-se com **John Locke**, na obra **"Segundo Tratado sobre o Governo Civil"** (1690), que sustentou os princípios de liberdade política da Revolução Gloriosa de 1688.

Em sua teorização, contudo, verificava-se apenas a **existência de dois Poderes**: o **Legislativo**, que seria composto por diversas pessoas, as quais, reunidas, elaborariam as leis; e o **Executivo**, para o exercício permanente de executar as leis vigentes. Além da função executiva, o Poder Executivo abarcaria ainda: a função federativa, responsável por declarar a guerra e celebrar a paz, constituir e desconstituir ligas e alianças e comandar as transações com as pessoas e comunidades estranhas à sociedade; e o exercício da chamada "prerrogativa", consistente na faculdade de agir discricionariamente, sempre em prol do bem público, em situações não previstas em lei e, até mesmo, atuando contrariamente a ela. A função de julgar estaria, também, abarcada pelo Poder Executivo.

Em Locke, destaca-se a ideia de que as distintas funções – legislativa e executiva – deveriam ser confiadas a órgãos distintos, como mecanismos de se evitar a concentração dos poderes e a consequente tentação de dele abusar.

O auge da teorização da separação dos poderes, contudo, deu-se com **Montesquieu**, em sua obra **"Do Espírito das Leis"** (1748), quando, finalmente, foi apresentada a clássica tripartição atualmente conhecida: Poder Legislativo, a quem cabe a função de legislar; Poder Executivo, com a função de administrar; e, por fim, o Poder Judiciário, responsável por julgar.

Mas além das funções específicas de cada um dos Poderes (faculdade de estatuir sobre os assuntos afetos à suas funções), eles teriam ainda a faculdade de impedir que os outros Poderes invistam sobre o equilíbrio constitucional das funções estatais. Ou seja, os poderes deveriam estar em constante equilíbrio, limitando uns aos outros. Nasce, daí, a **teoria dos freios e contrapesos** (*"Checks and balances"*).

As ideias de Montesquieu influenciaram o constitucionalismo norte-americano e a elaboração da Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787. Mas a doutrina da separação dos poderes tornou-se exigência universal a partir da Revolução Francesa, ao ponto de o art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, consagrar: "Toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes, não tem constituição".

A partir de então, o princípio da separação dos poderes passou a ser exigência fundamental das Constituições dos Estados Democráticos.

Canotilho afirma que o **princípio da separação dos poderes apresenta uma dupla dimensão**: a) **dimensão positiva**, ao traçar a ordenação e a organização dos poderes constituídos; b) **dimensão negativa**, fixando limites e controles em sua dinâmica com os demais poderes.

Na Constituição Federal de 1988, o princípio vem expresso no art. 2º:

> **Art. 2.** São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Verifica-se que a Constituição, e inclusive com base na doutrina de Montesquieu, prevê funções típicas e atípicas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, abaixo sintetizadas:

ÓRGÃO	FUNÇÃO TÍPICA	FUNÇÃO ATÍPICA
EXECUTIVO	Chefia de Estado, de Governo e da Administração Pública;	Natureza legislativa – editar medidas provisórias com força de lei (art. 62, CF/88) e Leis Delegadas; Natureza jurisdicional – exercício do contencioso administrativo, não sendo uma função jurisdicional *stricto sensu*;
LEGISLATIVO	Legislar e fiscalizar;	Natureza executiva – definir sua organização, prover cargos e gerenciar servidores; Natureza jurisdicional – julgamento pelo Senado nos crimes de responsabilidade (art. 52, I e II da CF/88);
JUDICIÁRIO	Julgar;	Natureza legislativa – elaborar regimento interno para cada tribunal; Natureza executiva – administrativa, concessão de licença/férias para servidores.

2. FUNDAMENTOS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Os incisos do art. 1º da CF/88 apresentam os **valores fundamentais e estruturantes** da República Federativa do Brasil, que devem ser encarados como **postulados normativos interpretativos**.

São eles: soberania; cidadania; dignidade da pessoa humana; valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e o pluralismo político.

2.1. Soberania

A soberania foi idealizada, inicialmente, por **Jean Bodin**, na obra **"Os Seis Livros da República"**, em 1576, estando a ideia associada a um monarca, o soberano que não se submeteria a nenhum outro poder.

Em 1762, **Rousseau** deslocou a ideia de soberania de um monarca para o povo, afirmando-se, assim, a **soberania popular**.

Conforme Dirley da Cunha Jr., **"é um poder supremo em relação aos indivíduos e grupos que formam a população do Estado; é independente em relação ao poder de outros Estados"** (2019, p. 490).

A doutrina afirma que, tradicionalmente, a soberania se caracteriza por ser:

a) **una**, sendo um poder acima de todos os outros;

b) **indivisível**, ao ser aplicável a todos os acontecimentos internos ao Estado;

c) **inalienável**, sendo intrínseco à própria noção de Estado;

d) **imprescritível**, pois não há perda de soberania por mero decurso de tempo, durando tanto quanto a própria existência do Estado.

A soberania pode ser dividida em duas:

Soberania Externa	Nas relações recíprocas entre os Estados, não há subordinação ou dependência entre eles, mas sim igualdade;
Soberania Interna	É o poder mais elevado dentro do Estado, fixando-se a supremacia estatal perante a sociedade na ordem interna.

A soberania, numa visão contemporânea, vem sendo relativizada, passando por um processo de releitura, notadamente a partir dos novos arranjos globais que se impõem, a partir, por exemplo, da ideia de pluralismo político, globalização política, econômica, cultural etc.

2.2. Cidadania

A noção de cidadania deve ser encarada como **garantia de participação política das pessoas na condução dos negócios e interesses do Estado,** ou seja, uma participação ativa na formação da vontade política estatal.

Deve-se acrescer, ainda, a **necessidade de se resguardar a todas as pessoas, os direitos e garantias fundamentais e a tutela dos direitos e interesses difusos.**

Conforme Bernardo Gonçalves Fernandes, "podemos afirmar que a cidadania não é algo pronto e acabado, mas se apresenta como processo (***um caminhar para***) de participação ativa na formação da vontade política e afirmação dos direitos e garantias fundamentais, sendo ao mesmo tempo um ***status*** e um direito" (2020, p. 344).

2.3. Dignidade da Pessoa Humana

ATENÇÃO

Diante da importância do tema para os concursos públicos, especialmente para eventuais provas discursivas ou orais para membros do Ministério Público e da Magistratura, a análise do tema será mais aprofundada, recomendando-se a leitura atenta.

Para as provas da magistratura, inclusive, o tema pode vir associado à cobrança de Noções Gerais de Direito e Formação Humanística.

Luís Roberto Barroso, ao discorrer acerca da origem e da evolução da dignidade da pessoa humana, afirma que "a dignidade em seu sentido pré-moderno pressupunha uma sociedade hierarquizada, na qual a desigualdade entre diferentes categorias de indivíduos era parte constitutiva dos arranjos institucionais" (2016, p. 14).

Diversas culturas na Antiguidade afirmavam, assim, a dignidade como expressão da posição social ocupada por um determinado indivíduo e pelo grau de reconhecimento que era atribuído pelos demais componentes da sociedade àquele sujeito.

Barroso explica que o entendimento atual de dignidade humana possui origens religiosas e filosóficas que remontam a muitos séculos, iniciando-se com o pensamento clássico e tendo como marcos a tradição judaico-cristã, o Iluminismo e o período imediatamente posterior ao fim da Segunda Guerra Mundial (2016, p. 14-19).

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS MARCOS DE DESENVOLVIMENTO	
Marcos religiosos	Considera-se o **monoteísmo hebraico** como o ponto inicial, sendo a unidade da raça humana um corolário natural da unidade divina. "As ideias centrais que estão no âmago da dignidade humana podem ser encontradas no **Velho Testamento**, a Bíblia Judaica: **Deus criou o ser humano à sua própria imagem e semelhança (*Imago Dei*) e impôs sobre cada pessoa o dever de amar seu próximo como a si mesmo"**. Tais máximas foram repetidas no Novo Testamento cristão. Nos Evangelhos são encontrados elementos de **individualismo, igualdade e solidariedade**.
Marcos filosóficos	O primeiro uso registrado da expressão "dignidade do homem" é atribuído ao estadista e filósofo romano Marco Túlio Cícero, no seu tratado *De Officis* ("Sobre os Deveres"), de 44 a. C. O conceito surge, portanto, com contornos puramente filosóficos, derivados da tradição política romana, sem qualquer conotação religiosa. "Ao longo da Idade Média, a dignidade humana esteve entrelaçada com a religião; na civilização ocidental, as tradições éticas e religiosas tradicionalmente têm se sobreposto". A despeito das contribuições dos teóricos contratualistas como Hobbes, Locke e Rousseau e suas importantes ideias de direito natural, liberdade e democracia, o conceito de dignidade humana começou a ganhar impulso apenas com o **Iluminismo**. Fomentou-se, a partir de então, a **centralidade do homem**, o **individualismo**, o **liberalismo**, o **desenvolvimento da ciência**, da **tolerância religiosa** e o advento da **cultura dos direitos individuais**. O representante mais proeminente do Iluminismo foi Immanuel Kant, que merecerá comentários específicos, feitos a seguir.
Marcos históricos	Um marco histórico decisivo para o delineamento da noção atual de dignidade humana foram os horrores praticados pelo nazismo alemão e fascismo italiano e a reação provocada após a Segunda Guerra Mundial. "Na reconstrução de um mundo moralmente devastado pelo totalitarismo e pelo genocídio, **a dignidade humana foi incorporada ao discurso político dos vitoriosos como uma das bases para uma longamente aguardada era de paz, democracia e proteção dos direitos humanos".**

A noção contemporânea de dignidade humana que influencia a maioria dos teóricos do Direito Constitucional advém de **Immanuel Kant** que, na obra "**Fundamentos da Metafísica dos Costumes"** (1785), defendeu a autonomia moral do indivíduo e afirmou que o homem deve ser levado a sério, devendo sempre ser o fim maior das relações humanas e nunca o meio. Consagra-se, nesse contexto, a noção do **homem como um fim em si mesmo.**

> [...] o ser humano, e em geral todo ser racional, existe como finalidade em si mesmo, e não como um mero meio de uso arbitrário para essa ou aquela vontade; e em todas as suas ações, inclusive naquelas dirigidas a si mesmo e também a outros seres racionais, a todo momento, o ser humano precisa ser considerado ao mesmo tempo como finalidade. [...] se existir um princípio prático supremo e, em relação ao ser humano, um imperativo categórico, ele deve ser tal que, a partir da ideia do que é necessariamente uma finalidade para todos, porque é uma finalidade em si mesma, ele deve constituir um princípio objetivo

> da vontade, e portanto, servir como uma lei prática universal. O fundamento desse princípio é: a natureza racional existe como uma finalidade em si mesma. (KANT, 2018, pp. 70).

Assim, Kant firma o seguinte imperativo categórico: "Aja de modo a usar a humanidade, tanto na sua pessoa quanto na pessoa de outrem, a todo instante e, ao mesmo tempo como um fim, mas jamais como um meio" (2018, p. 71).

Frise-se que a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, diversos documentos internacionais passaram a contemplar expressamente a noção de dignidade da pessoa humana, como a Carta da Organização das Nações Unidas (1945), a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), além das Constituições Italiana (1948) e Alemã (1949).

Atualmente, a dignidade da pessoa humana é alçada à condição de **meta-princípio** e, por isso, **irradia valores e vetores de interpretação para todos os direitos fundamentais.**

Barroso propõe três elementos como conteúdo mínimo do princípio jurídico da dignidade da pessoa humana:

CONTEÚDO MÍNIMO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	
Valor intrínseco	Refere-se ao *status* especial do ser humano no mundo;
Autonomia	Expressa o direito de cada pessoa, como um ser moral e como um indivíduo livre e igual, tomar decisões e perseguir o seu próprio ideal de vida boa;
Valor comunitário	É convencionalmente definido como a interferência social e estatal legítima na determinação dos limites da autonomia pessoal.

> Essa dimensão comunitária da dignidade humana deve estar sob escrutínio permanente e estrito, devido aos riscos de o moralismo e o paternalismo afetarem direitos e escolhas pessoais legítimas. Na estruturação do raciocínio jurídico nos casos mais complexos e divisivos, afigura-se bastante útil identificar e discutir as questões relevantes que emergem de cada um desses três níveis de análise, o que confere mais transparência e controlabilidade social (accountability) para a argumentação e escolhas realizadas por juízes, tribunais e intérpretes em geral (BARROSO, 2016, p. 112).

Registre-se que estes três componentes – valor intrínseco, autonomia e valor comunitário – foram utilizados pelo STF na fundamentação de decisão sobre a **possibilidade de estrangeiro residente no país ter direito ao benefício da assistência social, prevista no art. 203, V, da CF/88.**

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE

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, Plenário, RE 587970/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 19 e 20/4/2017, repercussão geral, Info. 861).

Eis o trecho da decisão de Marco Aurélio que menciona os elementos:

"Em estudo, o ministro Luís Roberto Barroso destaca que o substrato do conceito de dignidade humana pode ser decomposto em três elementos, a saber: (i) valor intrínseco; (ii) autonomia; (iii) valor comunitário.

Como "valor intrínseco", a dignidade requer o reconhecimento de que cada indivíduo é um fim em si mesmo, nos termos do amplamente divulgado imperativo categórico kantiano: 'Age de modo a utilizar a humanidade, seja em relação à tua própria pessoa ou qualquer outra, sempre e todo o tempo como um fim, e nunca

meramente como um meio'. Impede-se, de um lado, a funcionalização do indivíduo e, de outro, afirma-se o valor de cada ser humano, independentemente das escolhas, situação pessoal ou origem.

Soa inequívoco que deixar desamparado um ser humano desprovido dos meios materiais para garantir o próprio sustento, tendo em vista a situação de idade avançada ou deficiência, representa expressa desconsideração do mencionado valor.

Como "autonomia", a dignidade protege o conjunto de decisões e atitudes relacionado especificamente à vida de certo indivíduo. O Supremo, ao emprestar interpretação conforme à Constituição aos dispositivos do Código Civil que disciplinam a união estável, para neles incluir a união homoafetiva, protegeu exatamente essa concepção de dignidade. No julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 132, relator o ministro Carlos Ayres Britto, argumentou que:

"O Estado existe para auxiliar os indivíduos na realização dos respectivos projetos pessoas de vida, que traduzem o livre e pleno desenvolvimento da personalidade. [...] A dignidade da vida requer a possibilidade de concretização de metas e projetos. Daí se falar em dano existencial quando o Estado manieta o cidadão nesse aspecto".

Continuando o seu voto, ressaltou, **como "valor comunitário"**, o fato de o estrangeiro residente no País, inserido na comunidade, participar do esforço mútuo na construção de um propósito comum*:* "Esse laço de irmandade, fruto, para alguns, do fortuito e, para outros, do destino, faz-nos, de algum modo, responsáveis pelo bem de todos, inclusive daqueles que adotaram o Brasil como novo lar e fundaram seus alicerces pessoas e sociais nesta terra".

Diante da dificuldade no que se refere à delimitação da concretização e densificação da dignidade da pessoa humana, alguns doutrinadores fixaram parâmetros mínimos para a sua consecução normativa (adequada).

Bernardo Gonçalves Fernandes elenca os seguintes vetores: 1) Não Instrumentalização; 2) Autonomia Existencial; 3) Direito ao Mínimo Existencial; 4) Direito ao Reconhecimento (2020, p. 351-352).

PARÂMETROS MÍNIMOS DE AFERIÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	
Não Instrumentalização	O ser humano não pode ser instrumentalizado (coisificado), não podendo ser tratado como um meio para a obtenção de determinado fim, conforme afirmado no imperativo categórico kantiano. Bernardo Gonçalves Fernandes menciona um caso em que o Tribunal Constitucional Federal Alemão julgou inconstitucional a Lei de Segurança Aérea (aprovada no contexto pós-11 de setembro, quando houve o atentado às torres gêmeas do *World Trade Center*), que autorizava que as forças armadas abatessem aviões de passageiros transformados em bombas, com a intenção de proteger o maior número de pessoas. O Tribunal firmou o entendimento de que o respeito à dignidade humana de cada pessoa proíbe o Estado de dispor de qualquer indivíduo apenas como meio para outro fim, mesmo se for para salvar a vida de muitas outras pessoas.
Autonomia Existencial	"Cada pessoa deve ter o direito de fazer suas escolhas essenciais de vida e agir de acordo com suas escolhas desde que elas não sejam práticas ilícitas (ou não prejudiquem de forma indevida direitos de terceiros" (2020, p. 351).

Direito ao Mínimo Existencial	Trata-se de garantir a cada indivíduo condições materiais básicas para a vida, pressuposto não apenas para a vida em si, mas para uma vida digna, até mesmo como condição para o exercício de liberdades privadas (autonomia existencial) e pública (direitos políticos). O próprio STF, lembra Fernandes, já reconheceu que em algumas situações não estaríamos submetidos à "reserva do possível", diante da necessidade proeminente de concretização de determinados direitos fundamentais sociais mínimos.
Direito ao Reconhecimento	As injustiças podem se dar não apenas no campo da redistribuição de bens, mas também no campo do reconhecimento, devendo-se respeitar as identidades singulares. Aqui, o autor remete para Axel Honneth, para quem os padrões de reconhecimento (interssubjetivo) ocorrem em três etapas: "a) na esfera das relações primárias (a forma de reconhecimento relaciona-se ao amor e à amizade); b) na dimensão das relações jurídicas (o reconhecimento se identifica com o direito. Com isso, direito acaba por construir uma etapa fundamental do reconhecimento intersubjetivo e de afirmação da visibilidade, enquanto a adjudicação de direitos representa uma dimensão indispensável da cidadania); e c) na comunidade valorativa (a maneira de reconhecimento é a solidariedade através da autocompreensão cultural de uma sociedade que determina critérios pelos quais se orienta a estima social das pessoas)".

Daniel Sarmento destaca, dentre as **múltiplas funções do princípio da dignidade da pessoa humana** no ordenamento jurídico brasileiro, as mais relevantes, que são:

- **fator de legitimação do Estado e do Direito**: a dignidade constitui princípio legitimador, que confere fundamento moral ao Estado e à ordem jurídica, ao estabelecer que eles existem em razão da pessoa humana, e não o contrário. O autor alerta que: depois do holocausto nazista, não é mais possível fundar a legitimidade do poder na mera forma jurídica, como sustentara Max Weber; devem-se buscar fundações para o Direito que não se reduzam a construções lógicas sem conteúdo, como a *Grundnorm* de Kelsen; também não é mais possível alicerçar a legitimidade do Direito e do Estado em doutrinas religiosas ou metafísicas, ou mesmo em compreensões comunitárias sobre a "vida boa", diante do pluralismo cosmovisivo que caracteriza as sociedades contemporâneas. Assim, o autor destaca que **a legitimidade do Estado e da ordem jurídica passa a se amparar em duas ideias fundamentais: democracia e respeito aos direitos humanos;**

- **norte para a hermenêutica jurídica**: a dignidade da pessoa humana deve guiar os processos de interpretação, aplicação e integração do Direito, permeando a aplicação não apenas das normas constitucionais, mas de todas as áreas, inclusive do Direito Privado, impondo a releitura de preceitos e institutos diversos;

- **diretriz para ponderação entre interesses colidentes**: A dignidade humana enseja a atribuição de um peso maior aos bens jurídicos mais importantes para a proteção e promoção da dignidade e um peso menor aos interesses mais afastados do princípio. Busca-se reduzir o arbítrio do intérprete e diminuir o risco de que a ponderação se converta em instrumento para o enfraquecimento dos direitos fundamentais diante dos interesses das maiorias;

- **fator de limitação de direitos fundamentais**: aqui, será considerada a noção de limitação do direito fundamental em razão da proteção da dignidade humana de um terceiro. Conforme Sarmento, "para se viabilizar a vida em sociedade, os direitos de cada pessoa devem ser restringidos a fim de que se compatibilizem com a atribuição de iguais direitos a todos os demais" (2016, p. 82). O princípio da dignidade

humana é dotado de eficácia horizontal (aplicação entre particulares) e o Estado tem o dever de proteger a dignidade humana das pessoas diante de ameaças que provenham de atores privados.

Neste ponto, transcreve-se importante trecho da Daniel Sarmento:

> Isso não quer dizer, todavia, que os comportamentos que lesam a dignidade alheia estejam necessariamente fora do âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Essa tese corresponde à teoria interna sobre limites dos direitos fundamentais, que nega a ocorrência de colisões entre eles, enjeitando o uso da técnica da ponderação. [...] considero mais adequada a chamada teoria externa, adotada pelo STF, que reconhece a possibilidade de conflito real entre direitos fundamentais e recorre à técnica da ponderação de interesses pautada pelo princípio da proporcionalidade para equacioná-los.
> Nessa perspectiva, quando o exercício de um direito conflita com o a dignidade humana de um terceiro – o que, no mais das vezes, envolve a tensão entre dois direitos fundamentais diferentes, ambos com algum conteúdo em dignidade – deve-se recorrer à ponderação de interesses para a solução da colisão. Essa ponderação pode ser feita de modo abstrato pelo legislador, ou pode ser realizada no caso concreto pelo intérprete – juiz ou não. Um caso de limitação legislativa legítima a um direito fundamental, movida pelo propósito de proteção à dignidade da pessoa humana, foi a criminalização do racismo, inclusive quando praticado através da publicação de livros. O legislador, através do art. 20 da Lei n.º 7.716/89, coibiu o chamado hate speech, instituindo limitação às liberdades de expressão e de imprensa quando utilizadas para a difusão do preconceito racional, que estigmatiza e humilha as suas vítimas. O STF reconheceu a validade dessa limitação às liberdades comunicativas no famoso caso Ellwanger, que tratou da condenação por racismo de editor que publicava sistematicamente livros com conteúdo antissemita. Entendeu a Corte que, na hipótese, a proteção da dignidade humana e do direito à igualdade dos judeus sobrepujava a tutela das liberdades expressivas (2016, p. 83-84).

- **Parâmetro para controle de validade de atos estatais e particulares:** o princípio da dignidade da pessoa humana é parâmetro de controle de validade de atos estatais – sejam eles normativos, administrativos ou jurisdicionais – e de atos particulares, como os contratos e negócios jurídicos em geral. Trata-se, conforme afirmado por Ana Paula de Barcellos, de eficácia negativa do princípio constitucional. Sarmento alerta que, no desempenho desse papel, a dignidade pode incidir diretamente, sem a necessidade da mediação concretizadora de outros direitos fundamentais ou de atos normativos infraconstitucionais;

- Critério para identificação de direitos fundamentais: a dignidade é essencial para o reconhecimento da fundamentalidade de direitos que não estejam inseridos no catálogo constitucional de direitos e garantias fundamentais. Aqui, abre-se espaço para a identificação de outros direitos fundamentais consagrados em partes diferentes do texto constitucional, ou até mesmo em outros documentos normativos. Tal princípio é o principal critério para identificação desses outros direitos fundamentais e partir dele justifica-se a concepção como direito fundamental, por exemplo, da fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF/88) e o meio ambiente (art. 225, CF/88).

ATENÇÃO

Pergunta-se: **o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser empregado para negar a fundamentalidade a direitos inseridos no catálogo constitucional de direitos e garantias fundamentais, mas que não tenham relação direta consigo?**

Daniel Sarmento afirma que o tema é polêmico e apresenta duas posições divergentes:

- **Para Ingo Wolfgang Sarlet, a resposta é não, pois a sua admissão exporia a graves riscos os direitos fundamentais, em razão da diversidade de filosofias constitucionais existentes, o que acabaria tornando o reconhecimento da fundamentalidade dependente da ideologia do juiz do caso concreto.** "Um juiz libertário, por exemplo, poderia adotar leitura que excluísse a fundamentalidade dos direitos sociais,

enquanto um marxista poderia fazê-lo em relação às liberdades civis tradicionais. Para evitar esse risco – afirma Sarlet – seria preferível tratar a todos os direitos inseridos no catálogo constitucional como fundamentais, independentemente de qualquer juízo acerca do seu conteúdo" (SARMENTO, 2016, p. 85).

- **Oscar Vilhena Vieira e Rodrigo Brandão, por outro lado, sustentam que apenas os direitos materialmente fundamentais são realmente fundamentais.** "Argumentam, em síntese, que não é compatível com o princípio democrático, que postula o direito de cada geração de se autogovernar, que se retirem determinados preceitos de menor importância do alcance do poder constituinte derivado, só pela sua localização no texto constitucional, por vezes equivocada" (SARMENTO, 2016, p. 86). **Daniel Sarmento concorda com essa tese!**

- fonte de direitos não enumerados: segundo Sarmento, "visa-se impedir que a pessoa humana fique desamparada diante de graves lesões e ameaças à sua dignidade, em razão de lacunas e incompletudes no rol de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados" (2016, p. 86).

2.4. Valores Sociais do Trabalho e da Livre Iniciativa

Ao estabelecer o valor social do trabalho como fundamento da República Federativa do Brasil, vê-se que foi adotado, como pano de fundo, o paradigma do Estado Social.

O constituinte, alinhado a tal ideia, estabeleceu que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano (art. 170), além de estabelecer que a ordem social tem como base o primado do trabalho (art. 193). Consagraram-se, ainda, inúmeros direitos dos trabalhadores (art. 7º ao 11), que é, dentre outros, um direito social (art. 6º).

Sobre a livre iniciativa, tendo como pano de fundo, desta feita, o paradigma do Estado Liberal, trata-se de expressão maior do liberalismo econômico e do capitalismo. A livre iniciativa é também reproduzida no plano da ordem econômica (art. 170), mas o uso de tal liberdade não é absoluta, devendo-se atentar sempre para a função social da empresa.

O STF já se manifestou no sentido de que, **por se tratar de uma cláusula de proteção destacada no ordenamento jurídico, é possível o controle judicial de atos normativos que afrontem as liberdades econômicas básicos.** A interferência estatal sobre o funcionamento da economia de mercado deve ser restringida. Tal raciocínio foi aplicado, por exemplo, no julgamento que afirmou a inconstitucionalidade de leis municipais que proíbem o serviço de transporte de passageiros mediante aplicativo.

> **Info. 939[8], STF -** São inconstitucionais leis municipais que proíbam o serviço de transporte de passageiros mediante aplicativo. A proibição ou restrição da atividade de transporte privado individual por motorista cadastrado em aplicativo é inconstitucional, por violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. (STF. Plenário. ADPF 449/DF, Rel. Min. Luiz Fux; RE 1054110/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, julgados em 8 e 9/5/2019 (repercussão geral). Info. 939).
> (...) 6. A liberdade de iniciativa garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira consubstancia cláusula de proteção destacada no ordenamento pátrio como fundamento da República e é característica de seleto grupo das Constituições ao redor do mundo, por isso que não pode ser amesquinhada para afastar ou restringir injustificadamente o

Disponível em:

[8] https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo939.htm

> controle judicial de atos normativos que afrontem liberdades econômicas básicas.
> 7. O constitucionalismo moderno se fundamenta na necessidade de restrição do poder estatal sobre o funcionamento da economia de mercado, sobrepondo-se o Rule of Law às iniciativas autoritárias destinadas a concentrar privilégios, impor o monopólio de meios de produção ou estabelecer salários, preços e padrões arbitrários de qualidade, por gerarem ambiente hostil à competição, à inovação, ao progresso e à distribuição de riquezas. [...]
> 8. A teoria da escolha pública (public choice) vaticina que o processo político por meio do qual regulações são editadas é frequentemente capturado por grupos de poder interessados em obter, por essa via, proveitos superiores ao que seria possível em um ambiente de livre competição, porquanto um recurso político comumente desejado por esses grupos é o poder estatal de controle de entrada de novos competidores em um dado mercado, a fim de concentrar benefícios em prol de poucos e dispersar prejuízos por toda a sociedade. [...]
> 9. O exercício de atividades econômicas e profissionais por particulares deve ser protegido da coerção arbitrária por parte do Estado, competindo ao Judiciário, à luz do sistema de freios e contrapesos estabelecidos na Constituição brasileira, invalidar atos normativos que estabeleçam restrições desproporcionais à livre iniciativa e à liberdade profissional. [...]
> 10. O sistema constitucional de proteção de liberdades goza de prevalência prima facie, devendo eventuais restrições ser informadas por um parâmetro constitucionalmente legítimo e adequar-se ao teste da proporcionalidade, exigindo-se ônus de justificação regulatória baseado em elementos empíricos que demonstrem o atendimento dos requisitos para a intervenção.

Ainda sobre a livre iniciativa, destaca-se, por fim, a edição da **Lei n.º 13.874/2019,** que institui a **Declaração de Direitos de Liberdade Econômica,** que estabeleceu normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador.

2.5. Pluralismo Político

Em uma sociedade complexa e multicultural, é notória a existência de convicções políticas e filosóficas distintas, pensamentos e projetos de vida variados, sendo o pluralismo político um desdobramento do princípio democrático.

O Estado e os particulares devem respeitar as diferenças entre as pessoas, a diversidade de pensamento. Intolerâncias são práticas que devem ser reprimidas pelo Estado.

Como decorrência do pluralismo político, a Constituição Federal consagra: a liberdade de expressão; a liberdade de pensamento; a liberdade religiosa etc.

Por fim, deve-se alertar para a noção de que pluralismo político é diferente de pluripartidarismo político, embora este decorra daquele.

Por pluripartidarismo político compreende-se a possibilidade de existência de variados partidos políticos, não havendo fixação de limites. Pluripartidarismo difere, por exemplo, do bipartidarismo (existência de apenas dois partidos políticos).

Na história brasileira, por exemplo, foi implementado o bipartidarismo durante o período ditatorial militar, quando havia a existência do partido representante do governo (ARENA – Aliança Renovadora Nacional) e o partido de oposição (MDB – Movimento Democrático Brasileiro).

3. OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

> **Art. 3º, CF/88 -** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
> **I** - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

> **II** - garantir o desenvolvimento nacional;
> **III** - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
> **IV** - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Os objetivos fundamentais estabelecidos na CF/88 são normas dirigentes e teleológicas que fixam **metas a serem alcançadas pelo Estado**, independente da ideologia assumida pelo governo. Todos os governantes, então, devem assumir o compromisso de empreender esforços para alcançar os objetivos traçados.

Trata-se de um **rol exemplificativo.**

Conforme explicitado por Bernardo Gonçalves Fernandes, "a noção dos objetivos deve ser eminentemente processual (sempre um caminhar para) e normativa (com medidas jurídicas e políticas concretas) para o cumprimento dos ditames constitucionais nele inseridos" (2020, p. 356).

Para a consecução dos objetivos elencados, podem ser mencionadas como exemplo: a criação de zonas específicas para atração de investimentos, com o intuito de reduzir as desigualdades regionais (a Zona Franca de Manaus, apesar de ter sido criada antes de 1988, ilustra o exemplo); a instituição do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, alinhada ao objetivo "erradicar a pobreza"; a criação de programas assistenciais, como o "Fome Zero", "Bolsa Família" e, mais recentemente, o "Auxílio Brasil"; diversas ações direcionadas ao combate de quaisquer formas de discriminação etc.

Destaca-se, ainda, a previsão constitucional do **Fundo Nacional de Desenvolvimento Regional**, que tem o **objetivo de reduzir as desigualdades regionais e sociais**, nos termos do art. 159-A da CF/88, inserido pela EC 132/2023, que tratou da reforma tributária.

Por se tratar de tema recente e com alta probabilidade de cobrança em concursos, reproduz-se o mencionado dispositivo:

> **Art. 159-A, CF/88.** Fica instituído o Fundo Nacional de Desenvolvimento Regional, com o objetivo de reduzir as desigualdades regionais e sociais, nos termos do art. 3º, III, mediante a entrega de recursos da União aos Estados e ao Distrito Federal para:
> **I** - realização de estudos, projetos e obras de infraestrutura;
> **II -** fomento a atividades produtivas com elevado potencial de geração de emprego e renda, incluindo a concessão de subvenções econômicas e financeiras; e
> **III -** promoção de ações com vistas ao desenvolvimento científico e tecnológico e à inovação.
> **§ 1º** É vedada a retenção ou qualquer restrição ao recebimento dos recursos de que trata o caput.
> **§ 2º** Na aplicação dos recursos de que trata o caput, os Estados e o Distrito Federal priorizarão projetos que prevejam ações de sustentabilidade ambiental e redução das emissões de carbono.
> **§ 3º** Observado o disposto neste artigo, caberá aos Estados e ao Distrito Federal a decisão quanto à aplicação dos recursos de que trata o caput.
> **§ 4º** Os recursos de que trata o caput serão entregues aos Estados e ao Distrito Federal de acordo com coeficientes individuais de participação, calculados com base nos seguintes indicadores e com os seguintes pesos:
> **I -** população do Estado ou do Distrito Federal, com peso de 30% (trinta por cento);
> **II -** coeficiente individual de participação do Estado ou do Distrito Federal nos recursos de que trata o art. 159, I, "a", da Constituição Federal, com peso de 70% (setenta por cento).
> **§ 5º** O Tribunal de Contas da União será o órgão responsável por regulamentar e calcular os coeficientes individuais de participação de que trata o § 4º.

4. PRINCÍPIOS REGENTES DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL EM SUAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Art. 4º, CF/88 - A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
I - independência nacional;
II - prevalência dos direitos humanos;
III - autodeterminação dos povos;
IV - não-intervenção;
V - igualdade entre os Estados;
VI - defesa da paz;
VII - solução pacífica dos conflitos;
VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
X - concessão de asilo político.
Parágrafo único. 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.

José Afonso da Silva afirma que tais princípios possuem quatro inspirações:

INSPIRAÇÕES DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM O BRASIL NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS	
NACIONALISTA	- Independência nacional (inciso I); - Autodeterminação dos povos (inciso III); - Não-intervenção (inciso IV); - Igualdade entre os Estados (inciso V).
INTERNACIONALISTA	- Prevalência dos direitos humanos (inciso II); - Repúdio ao racismo e terrorismo (inciso VIII).
PACIFISTA	- Defesa da paz (inciso VI); - Solução pacífica dos conflitos (inciso VII); - Concessão de asilo político (inciso X).
COMUNITARISTA	- Cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (inciso IX); - Formação de uma comunidade latino-americana (parágrafo único).

A **independência nacional** representa, nesse contexto, a **soberania externa**, ou seja, a representação do Estado na ordem internacional. O Brasil não se submete a normas emanadas de outro Estado ou de algum órgão internacional, salvo se tenha voluntariamente assumido tal compromisso. Ademais, o Brasil tem o dever de respeitar a independência dos demais Estados soberanos.

A **prevalência dos direitos humanos** está intrinsecamente relacionada à proteção da dignidade da pessoa humana, impondo ao Brasil obrigações na ordem interna e externa, a saber: **na ordem interna** - a integração de tratados e convenções internacionais de direitos humanos ao ordenamento jurídico brasileiro, o cumprimento e implementação dessas normas, que devem prevalecer sobre as normas infraconstitucionais; **na ordem externa**, o engajamento nos processos de elaboração de normas de direitos humanos, a participação nos processos políticos de ajuda humanitária e proteção e implementação de

direitos humanos e a adoção de posturas políticas contrárias aos Estados que não respeitam os direitos humanos.

A **autodeterminação dos povos** remete ao reconhecimento de que todos os povos têm o direito de definir o próprio rumo na condução da vida política, econômica, social e cultural, podendo realizar as suas próprias escolhas.

A **não intervenção** exige que o Brasil evite ao máximo intervir em outros países, seja militar, política, econômica ou culturalmente, seja de forma direta ou indireta, da mesma forma que o Brasil não pode admitir que outros países aqui intervenham, direta ou indiretamente, em questões internas ou externas. Saliente-se que **é admitida, contudo, intervenções humanitárias em alguns casos, notadamente quando autorizadas pelo Conselho de Segurança da ONU.**

A **igualdade entre os Estados** preconiza que o Brasil mostra-se contrário à distinção entre os países, independentemente da sua ideologia política, do seu modelo econômico etc. No plano jurídico, a igualdade entre os Estados se manifesta nos seguintes níveis: **igualdade formal**, de modo que todos os Estados sejam tratados igualmente nos órgãos judiciais internacionais; **igualdade legislativa**, afirmando-se que os Estados só estão obrigados àquilo que livremente se comprometeram e, ainda, que eles devem ter igual representação nas deliberações e decisões dos órgãos internacionais; **igualdade existencial**, traduzindo-se na integridade territorial, na independência política e no direito de participação no sistema internacional.

A **defesa da paz** exige que o Brasil conserve o estado de paz existente e adote medidas necessárias ao restabelecimento do estado de paz quando rompido.

A **solução pacífica dos conflitos** é corolário do princípio anterior, orientando o Brasil a resolver eventuais controvérsias sem a utilização do uso da força.

O **repúdio ao racismo e ao terrorismo** impõe que o Brasil busque, no plano internacional, combater tais práticas, não devendo compactuar com Estados que sejam complacentes com o terrorismo e o racismo. A Constituição Federal estabeleceu, inclusive, que o **terrorismo é crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia** (art. 5º, XLIII), enquanto a **prática do racismo é crime inafiançável e imprescritível** (art. 5º, XLII).

A **cooperação entre os povos para o progresso da humanidade** reflete a necessidade de os povos e países cooperarem em prol da melhoria de toda a humanidade, exigindo-se uma atuação harmônica, consensual e amistosa, sem sobreposição de interesses de uns povos sobre os outros. A observância de tal princípio contribuiria para o estado permanente de paz, sendo, portanto, um dos mais importantes princípios para as relações internacionais.

A **concessão de asilo político** merece uma análise especial.

Conforme Valério Mazzuoli:

> O instituto jurídico do asilo (que não se confunde com o refúgio) pertence ao Direito Internacional Público e se encontra atualmente regulamentado por convenções internacionais específicas. Também não se confunde com o que se chama de *exílio*, palavra que provém do latim *exilu*, que significa expatriação forçada ou por livre escolha, conotando um ato de *fuga* ou de *expulsão* (2011, p. 733).

Há duas modalidades de asilo político:

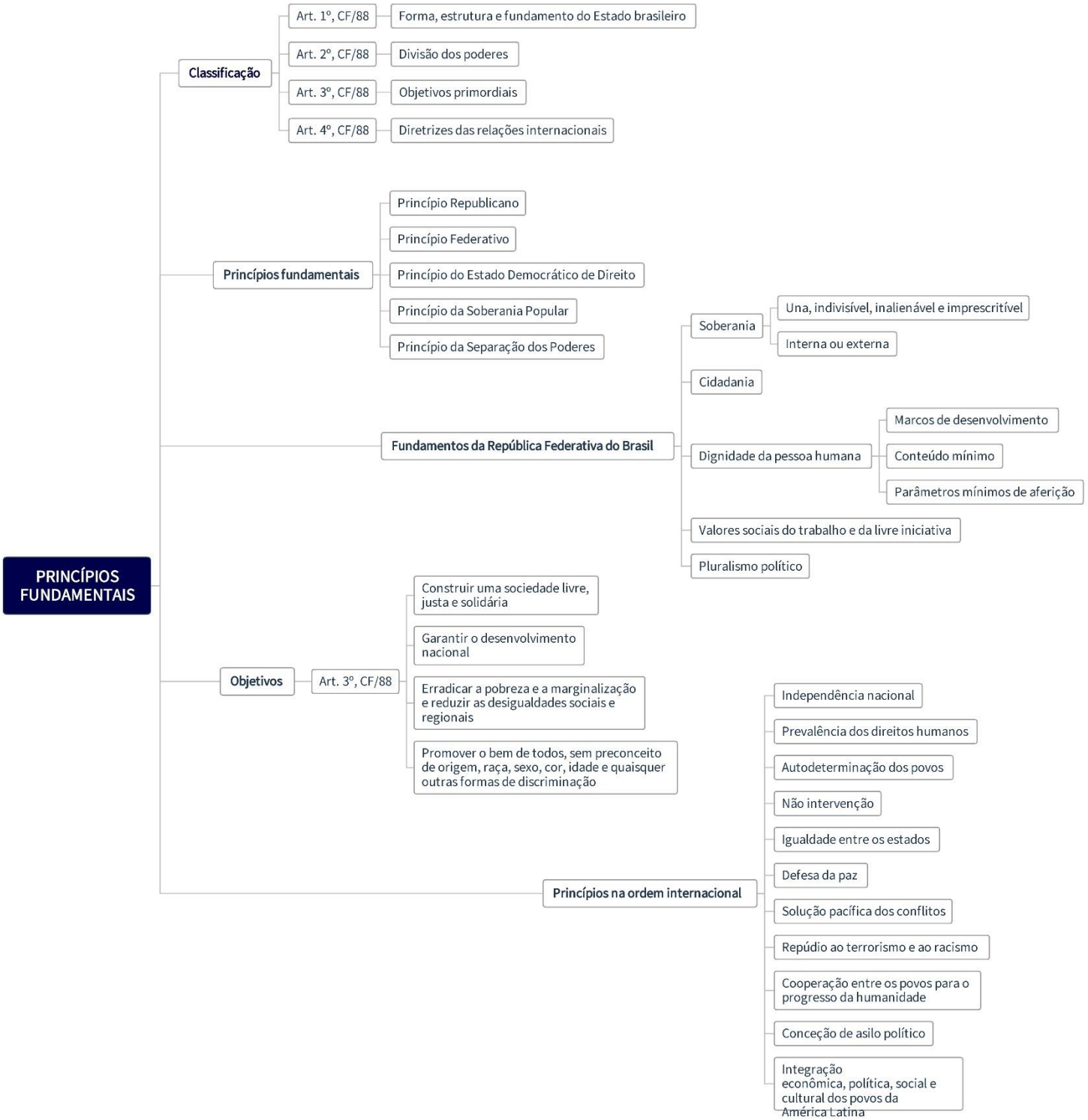
MODALIDADES DE ASILO POLÍTICO	
ASILO TERRITORIAL	Consiste na aceitação de um estrangeiro em nosso território, com o intuito de proteger sua incolumidade ou sua vida, em razão do grave risco apresentado no seu país. Trata-se do reconhecimento do estrangeiro no território nacional, sem os requisitos de ingresso, para evitar punição ou perseguição baseada em crime de natureza política, ou ideológica, geralmente cometida no seu país de origem.
ASILO DIPLOMÁTICO	Consiste em modalidade provisória e precária de asilo político, concedido pelo país fora do seu território (como em embaixadas e navios ou aeronaves). O instituto é admitido exclusivamente em países da América Latina.

Frise-se que **o asilo político não se confunde com refúgio.**

O **refúgio tem natureza humanitária**, enquanto o asilo tem natureza política. O refúgio **é concedido quando há perseguição religiosa, por opinião, nacionalidade ou no caso de grave violação de direitos humanos.**

Por fim, a **integração latino-americana de nações** fixa um programa de ação, um mandamento constitucional que deve ser cumprido pelo Estado brasileiro. Um exemplo de aproximação entre os países da América do Sul é o Tratado de Assunção (1991), assinado pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, com vistas a criar o MERCOSUL – Mercado Comum do Sul.

Em 2008, foi assinado o tratado que firmou a UNASUL – União de Nações Sul-Americanas, como organização dotada de personalidade jurídica internacional. O tratado ingressou no direito pátrio por força do Decreto n.º 7.667/2012.


PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS
Classificação
Art. 1º, CF/88
Forma, estrutura e fundamento do Estado brasileiro
Art. 2º, CF/88
Divisão dos poderes
Art. 3º, CF/88
Objetivos primordiais
Art. 4º, CF/88
Diretrizes das relações internacionais
Princípios fundamentais
Princípio Republicano
Princípio Federativo
Princípio do Estado Democrático de Direito
Princípio da Soberania Popular
Princípio da Separação dos Poderes
Fundamentos da República Federativa do Brasil
Soberania
Una, indivisível, inalienável e imprescritível
Interna ou externa
Cidadania
Dignidade da pessoa humana
Marcos de desenvolvimento
Conteúdo mínimo
Parâmetros mínimos de aferição
Valores sociais do trabalho e da livre iniciativa
Pluralismo político
Objetivos
Art. 3º, CF/88
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 preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação
Princípios na ordem internacional
Independência nacional
Prevalência dos direitos humanos
Autodeterminação dos povos
Não intervenção
Igualdade entre os estados
Defesa da paz
Solução pacífica dos conflitos
Repúdio ao terrorismo e ao racismo
Cooperação entre os povos para o progresso da humanidade
Conceção de asilo político
Integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina

8 TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A **centralidade dos direitos fundamentais** ganhou relevância máxima a partir dos estudos do novo Direito Constitucional – perspectiva do **neoconstitucionalismo** –, justamente quando a Constituição foi alçada ao centro do ordenamento jurídico.

Diante de um "desencantamento" em torno do positivismo ideológico, notadamente a partir das barbáries cometidas durante os regimes totalitaristas da Europa na primeira metade do século XX (nazismo e fascismo), foi desenvolvida uma nova corrente jusfilosófica, denominada **pós-positivismo**, cujo propósito inicial era inserir na ciência jurídica os valores éticos indispensáveis para a proteção da dignidade humana.

Conforme George Marmelstein:

> O pós-positivismo se caracteriza justamente por aceitar que os princípios constitucionais devem ser tratados como verdadeiras normas jurídicas, por mais abstratos que sejam os seus textos, bem como por exigir que a norma jurídica, para se legitimar, deve tratar todos os seres humanos com igual consideração, respeito e dignidade. Nesse sentido, o jurista alemão Robert Alexy, um dos principais expoentes desse novo movimento jusfilosófico, disse que o direito necessariamente deve ter uma "pretensão de correção", no sentido de se aproximar da ideia de justiça. E essa "pretensão de correção" se manifesta precisamente através dos direitos fundamentais: nenhum ato será conforme ao direito se for incompatível com os direitos fundamentais (2019, p. 10-11).

Pode-se afirmar que o reconhecimento da efetiva força jurídica dos princípios alçou a Constituição a um papel de destaque na ciência do Direito, já que ela é o ambiente mais propício para a existência dos princípios.

A ordem jurídico-constitucional de diversos países tornou-se centrada na dignidade da pessoa humana, fazendo surgir, dentro da comunidade jurídica, uma verdadeira teoria dos direitos fundamentais, que apresentava, em síntese, as seguintes premissas:

PREMISSAS PARA UMA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
a) Crítica ao legalismo e ao formalismo;
b) Defesa da positivação constitucional dos valores éticos;
c) Crença na força normativa da Constituição, inclusive nos seus princípios, ainda que potencialmente contraditórios;
d) Compromisso com os valores constitucionais, especialmente com a dignidade humana.

No Brasil, a teoria dos direitos fundamentais ganhou bastante destaque a partir da CF/1988, com relevantes questões sendo debatidas no âmbito do STF, por exemplo: pesquisa com células-tronco embrionárias; aborto de fetos anencefálicos; políticas de cotas em universidades públicas etc.

Alguns desses temas serão abordados ao longo dos estudos dos direitos fundamentais individuais, no próximo capítulo.

Antes, serão analisados temas relacionados à teoria geral dos direitos fundamentais, tais como conceito, características e diversos outros assuntos comumente cobrados nas diversas provas de concursos públicos.

2. CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Há um debate doutrinário quanto à correta conceituação dos direitos fundamentais e a sua distinção em relação aos direitos humanos. Trata-se de debate relacionado à sua delimitação terminológica. De forma sintética, podem-se distinguir, a princípio, os direitos fundamentais e os direitos humanos a partir da sua fonte normativa.

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet:

> Em que pese os dois termos ("direitos humanos" e "direitos fundamentais") sejam comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo "direitos fundamentais" se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão "direitos humanos" guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional) (2015, p. 29).

Assim, chama-se a atenção para o fato de que é comum na doutrina – tanto de Direito Constitucional quanto de Direito Internacional – a distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos partindo do seu aspecto meramente formal. Embora muito se utilize as expressões como sinônimas, a melhor doutrina costuma identificar a sua distinção partindo da análise da sua previsão (se em documentos do ordenamento jurídico nacional ou em documentos internacionais).

Explica-se: enquanto a expressão "direitos humanos" guardaria relação com os documentos de direito internacional (tratados e convenções internacionais, por exemplo), o termo "direitos fundamentais" se aplicaria para aqueles direitos previstos e reconhecidos na esfera do direito constitucional positivo do Estado.

Deve-se registrar que é inquestionável a **fundamentalidade material** atinente tanto aos direitos humanos quanto aos direitos fundamentais, que reside na ideia de dignidade da pessoa humana.

Quanto à fundamentalidade material dos direitos fundamentais, houve recente cobrança em prova para Delegado Civil do Rio de Janeiro:

QUESTÃO DE CONCURSO

(**CESPE/CEBRASPE – 2022 – PC-RJ – Delegado de Polícia)** A fundamentalidade material dos direitos fundamentais decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade.
Gabarito: Correto.

A distinção das expressões "direitos humanos" e "direitos fundamentais" será realizada sob a ótica da **fundamentalidade formal:**

DIREITOS HUMANOS VERSUS DIREITOS FUNDAMENTAIS	
DIREITOS HUMANOS	São **positivados na esfera do Direito Internacional**, como em tratados e convenções internacionais.
DIREITOS FUNDAMENTAIS	São **previstos no Direito Constitucional interno de cada Estado.**

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco apresentam interessante trecho explicativo acerca dos direitos humanos e direitos fundamentais, que abarca a distinção formal sem abandonar, contudo, uma distinção material entre os dois:

> Outra característica associada aos direitos fundamentais diz com o fato de estarem consagrados em preceitos da ordem jurídica. Essa característica serve de traço divisor entre as expressões direitos fundamentais e direitos humanos.
> A expressão "direitos humanos", ou direitos do homem, é reservada para aquelas reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem. São direitos postulados em bases jusnaturalistas, contam índole filosófica e não possuem como característica básica a positivação numa ordem jurídica particular.
> A expressão "direitos humanos", ainda, e até por conta da sua vocação universalista, supranacional, é empregada para designar pretensões de respeito à pessoa humana, inseridas em documentos de direito internacional.
> Já a locução "direitos fundamentais" é reservada aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado. São direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os consagra (2018, p. 147).

A Constituição Federal de 1988 adotou a distinção formal, uma vez que sempre que o documento se refere à previsão dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana no plano internacional, refere-se à expressão "direitos humanos". Pode-se mencionar como exemplos:

O art. 4º, II, CF/88, ao tratar dos princípios constitucionais que regem a República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais, faz menção ao termo "direitos humanos";

> **Art. 4º, II, CF/88 -** A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
> **II -** prevalência dos direitos humanos;

O §3º do art. 5º, da CF/88, ao tratar dos aspectos formais de aprovação de documentos para serem equivalentes às emendas constitucionais, utiliza a expressão "tratados internacionais de direitos humanos";

> **Art. 5º, § 3º, CF/88 -** 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.

O art. 109, V-A, CF/88, ao tratar do incidente de deslocamento de competência, faz referência à "finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte".

> **Art. 109, V-A, CF/88 -** Aos juízes federais compete processar e julgar:
> **V-A** as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;
> **§ 5º** Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o 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, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

Assim, pode-se afirmar que, embora os direitos humanos e os direitos fundamentais possuam o mesmo fundamento material (que é a dignidade da pessoa humana), há uma distinção formal que deve ser levada em consideração.

Ademais, frise-se que é possível que seja reconhecido um direito fundamental na ordem constitucional de um determinado país sem que ainda tenha ocorrido a sua positivação em documentos internacionais, bem como pode haver um direito previsto em tratados ou convenções internacionais sem que tenha previsão em uma ordem constitucional.

Observação: em provas de concursos públicos, já houve a cobrança expressa da distinção formal entre direitos humanos e direitos fundamentais, devendo o candidato estar atento a isso.

QUESTÕES DE CONCURSO

(**CESPE / CEBRASPE – 2021 – MPE – SC – Promotor de Justiça Substituto)** Os direitos humanos são todos os direitos previstos em legislação nacional ou acordos e tratados internacionais que dizem respeito à proteção da pessoa, ao passo que os direitos fundamentais são aqueles que têm como fundamento a dignidade da pessoa humana, estejam ou não positivados.

Gabarito: INCORRETO.

Resolução: a afirmativa confunde os conceitos, conforme analisado no presente tópico**.**

(CESPE / CEBRASPE – 2016 – MPE – SC – Promotor de Justiça) Conceitualmente, os direitos humanos são os direitos protegidos pela ordem internacional contra as violações e arbitrariedades que um Estado possa cometer às pessoas sujeitas à sua jurisdição. Por sua vez, os direitos fundamentais são afetos à proteção interna dos direitos dos cidadãos, os quais se encontram positivados nos textos constitucionais contemporâneos.

Gabarito: CORRETO.

(CESPE/CEBRASPE – 2022 – PC-RJ – Delegado de Polícia) A fundamentalidade material dos direitos fundamentais decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade.

Gabarito: CORRETO.

3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E AS DIMENSÕES/GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O processo de surgimento e afirmação histórica dos direitos fundamentais (e direitos humanos) perpassa por diversos fatores, como a tradição humanista, a recepção do direito romano e a tradição cristã. A compreensão contemporânea acerca de tais direitos demanda a análise de períodos pretéritos que contribuíram para a evolução dos sentidos atualmente estabelecidos.

De fato, o rol de direitos fundamentais hoje conhecido, foi gestado ao longo da história da humanidade, formatado em tempos e lugares distintos e a partir de fundamentos variados.

Os **povos da Antiguidade** já definiam normas essenciais à convivência humana e alguns documentos podem ser destacados, notadamente na Antiguidade Oriental, como o **Código de Hamurábi (1690 a. C.)**, considerado o primeiro código de condutas, o qual consagrava, por exemplo, direitos como a vida, a propriedade e a honra. Por outro lado, o povo judeu, importante referência para a formação do mundo

ocidental, definia alguns direitos nos **Dez Mandamentos**, que trazia, além de normas relativas à proteção da vida, da propriedade e da honra, inscrição voltada à proteção da família.

Na **Grécia Antiga**, verificou-se a relevância do **Direito Natural**, aplicando-se a ideia de existência de uma lei natural inerente a todos os homens, podendo-se falar, assim, em uma expressiva herança para a atual concepção dos direitos fundamentais. Valores como liberdade, igualdade e o direito de participação política (aqui, no contexto da **democracia ateniense**) foram fundamentais.

Na **República Romana**, por sua vez, a **Lei das Doze Tábuas** também conferia direitos como a igualdade e a propriedade aos cidadãos. Após o período republicano, deu-se lugar ao principado, época em que o direito romano alcançou um grau de desenvolvimento elevado, adotando-se a seguinte tripartição: *jus civile* (direito civil); *jus gentium* (direito das gentes) e *jus naturale* (direito natural).

Durante o período final do Império Romano (284 d.C. A 610 d.C.), cuja queda foi fortemente influenciada pela ascensão do cristianismo (fator interno) e pelas invasões dos bárbaros germânicos (fator externo), o pensamento desenvolvido por diversos pensadores (dentre eles, Santo Agostinho – 354 d.C. a 430 d.C) influenciou todo o ideário ocidental, formando-se um conjunto de ideias em relação ao mundo e a Deus. São Tomás de Aquino (1225 d.C. A 1274 d. C.), um dos filósofos católicos de maior destaque, defendeu a igualdade dos seres humanos e a aplicação justa da lei.

Todo esse período pode ser identificado como **Fase Pré-Estado Constitucional**, com base nas lições de André de Carvalho Ramos. Nesta fase, as normas não asseguravam ao indivíduo direitos de contenção ao poder estatal, embora houvesse um arcabouço de costumes e instituições sociais que destacavam o respeito a valores específicos, atualmente presentes nas normas de direitos fundamentais.

A Europa, posteriormente, passa por um processo de ascensão do regime absolutista, durante o qual é possível apontar como característica especial o poder ilimitado exercido pelos monarcas, uma vez que tal poder era fundado na vontade divina.

Na Inglaterra, contudo, a monarquia encontrou forte resistência ao exercício do seu poder, de modo que surgiram os primeiros movimentos de reivindicação das liberdades, pautando-se na necessidade de estabelecer mecanismos de frenagem aos atos do Rei. Nesse contexto, apresenta-se, inicialmente, a **Magna Carta de 1215,** do Rei João Sem-Terra, considerada por Fábio Konder Comparato como a "pedra angular para a construção da democracia moderna", uma vez que a partir de então são fixadas limitações ao poder do governante, não apenas por normas superiores, fundadas no costume ou na religião, mas também por direitos subjetivos dos governantes (2008, p. 80).

Nesse documento, há previsões fundamentais que hoje são amplamente conhecidas, como o devido processo legal, a liberdade de locomoção e o direito de propriedade.

QUESTÃO DE CONCURSO

(**VUNESP – 2013 – Investigador de Polícia)** "Dentre os documentos reconhecidos internacionalmente e que limitaram o poder do governante em relação dos direitos do homem, encontra-se o mais remoto e pioneiro antecedente que submetia o Rei a um corpo escrito de normas, procurava afastar a arbitrariedade na cobrança de impostos e implementava um julgamento justo aos homens".

A resposta correta referia-se justamente à Magna Carta Inglesa.

Na história inglesa, outros importantes documentos foram elaborados, como o ***Petition of Rights*****,** de 1628, o ***Habeas Corpus Act*****,** de 1679, o ***Bill of Rights*****,** de 1689, e o ***Act of Settlement,*** de 1701.

ATENÇÃO

Dentre os documentos acima mencionados, chama-se atenção para o ***Bill of Rights*** (1689), fruto da Revolução Gloriosa de 1688, sendo considerado um documento histórico relevante na evolução dos direitos fundamentais, elaborado no século XIII, que regulava diversas matérias, de sentido puramente local ou conjuntural, ao lado de outras que constituem as primeiras fundações da civilização moderna, que estabelece que o rei se encontra vinculado pelas próprias leis que edita. Tal documento, registre-se, traz a essência do princípio do devido processo legal em seu texto.

Na prova para Delegado de Polícia de São Paulo, em 2018, a VUNESP, tratando do *Bill of Rights*, apresentou a seguinte afirmativa: "Esse documento histórico de remota conquista dos direitos humanos foi editado com o escopo de assegurar a Supremacia do Parlamento sobre a vontade do Rei, controlando e reduzindo os abusos cometidos pela nobreza em relação aos seus súditos, em especial declarando, dentre outras conquistas, o direito de petição, eleições livres e a proibição de fianças exorbitantes e de penas severas".

O ideário do absolutismo foi fortemente influenciado por dois pensadores de destaque: Nicolau Maquiavel, em cuja obra "O Príncipe" (1512) aconselhava que o soberano, para se manter no poder, deveria fazer o possível na condução dos negócios públicos, utilizando-se das leis e da força; e Thomas Hobbes, cuja obra "Leviatã" (1651) descrevia o Estado como um mal necessário para impedir que os homens vivessem em constantes conflitos, uma vez que, para ele, o homem era o lobo do homem.

O absolutismo, todavia, começou a apresentar sinais de fraqueza, notadamente a partir da concepção de ideias iluministas que começaram a ser gestadas no período.

Alguns dos grandes pensadores da época que refutavam o Estado Absolutista, eram: John Locke (1632 d.C. a 1704 d. C.), para quem o Estado deveria existir para preservar os direitos dos homens, sendo ele um expoente do liberalismo; Montesquieu (1689 d.C. a 1755 d. C), que avançou nos estudos de Locke, estabelecendo, na obra "O Espírito das Leis" (1748), a clássica divisão de poderes atualmente conhecida; e Rousseau (1712 a 1778), que escreveu "Do Contrato Social" (1762), no qual defendeu a vida em sociedade baseada em um pacto social entre homens livres e iguais, com a existência de um governo representativo da vontade da maioria.

Tais ideais iluministas influenciaram as Revoluções burguesas do século XVIII – Inglesa, Americana e Francesa –, as quais geraram como importante produto documentos de natureza constitucional que tinham como fim principal a limitação do poder do Estado. São eles: ***Bill of Rights*****, de 1689**, já mencionado acima; a **Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787**; e a **Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (e, posteriormente, a Constituição Francesa, de 1791).**

Já se afirmou no capítulo referente ao constitucionalismo que o traço fundamental do **movimento norte-americano** foi a revolta dos colonos contra a metrópole inglesa, causada pelo aumento do controle colonial, por imposições tributárias elevadas e restrições às atividades econômicas e ao comércio.

O recrudescimento da relação entre metrópole e colônia conduziu a uma série de fatos que ficou registrado historicamente como **Revolução Americana**, com a **independência das treze colônias da América do Norte** e a **formação dos Estados Unidos da América.**

Apesar de fortemente influenciada pelo movimento iluminista, que pregava ideais de liberdade e igualdade de direitos, o processo revolucionário foi conduzido pela elite colonial, a qual tinha como fim a garantia dos interesses e privilégios da classe.

Deve-se frisar, contudo, a existência de indícios do movimento norte-americano antes mesmo da Constituição de 1787, a partir de importantes documentos, como os **"contratos de colonização"** ***(Compact,*** de 1620, e as ***Fundamental Orders of Connecticut,*** de 1639) e a ***Declaration of Rights*** **do Estado de Virgínia** (1776).

A Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, inclusive, é considerada a primeira Carta de Declaração de Direitos no sentido moderno, por conferir às suas normas eficácia jurídico-positiva mais elevada, inserindo as garantias das liberdades individuais em documento constitucional que delimitava a própria atuação reformadora do Poder Legislativo. Tal afirmação já foi, inclusive, alvo de cobrança na prova de Promotor de Justiça do MPE-SP, em 2017, conforme já apresentado no capítulo referente ao constitucionalismo.

O **movimento francês**, por sua vez, apresenta como marca principal a **oposição ao absolutismo monárquico** reinante à época. A crise financeira do Estado e o descontentamento da burguesia (classe representante do Terceiro Estado, formada por banqueiros, comerciantes, profissionais liberais e proprietários) contra os privilégios do clero e da nobreza (representantes do Primeiro e Segundo Estados) conduziram a uma série de ocorrências que culminaram na **Revolução Francesa,** com a derrubada da monarquia do Rei Luís XVI e a formação de uma Assembleia Nacional Constituinte, em 9 de julho de 1789.

A **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão** (1789) foi o primeiro passo para a elaboração da **Constituição Francesa de 1791**, decretando-se, finalmente, o fim do absolutismo.

A partir do fim do absolutismo, inaugura-se o período apresentado, no capítulo referente ao constitucionalismo, como constitucionalismo moderno. Viu-se que tal período distingue-se em duas fases: a fase do constitucionalismo liberal ou clássico; e a fase do constitucionalismo social.

Por opção didática e alinhada às cobranças nas provas de concursos públicos acerca do processo de afirmação histórica dos direitos fundamentais, apresenta-se, a partir de então, o tema das gerações/dimensões dos direitos fundamentais, que perpassará pelo Estado Liberal (e os direitos fundamentais de 1ª geração), o Estado Social (e os direitos fundamentais de 2ª geração) e o Estado Constitucional de Direito (e os direitos fundamentais de 3ª geração).

3.1. As gerações ou dimensões dos direitos fundamentais

A doutrina analisa o processo de afirmação histórica dos direitos fundamentais a partir de um progressivo movimento de conquistas que, cronologicamente, foi identificada pelo jurista tcheco-francês Karel Vasak, em 1979, como gerações.

Tradicionalmente, afirma-se a existência de direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração, os quais vêm associados ao lema da Revolução Francesa: Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

Conforme Dirley da Cunha Jr. (2019, p. 535):

> As gerações dos direitos revelam a ordem cronológica do reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais, que se proclamam gradualmente na proporção das carências do ser humano, nascidas em função da mudança das condições sociais. A dizer, o desenvolvimento da técnica, a transformação das condições econômicas e sociais, a ampliação dos conhecimentos e a intensificação dos meios de comunicação poderão causar substanciais alterações na organização da vida humana e das relações sociais a propiciar o surgimento de novas carências, suscitando novas reivindicações de liberdade e de poder (2019, p. 535).

É necessário, contudo, uma prévia (e breve) explicação sobre a terminologia "geração".

A doutrina majoritária afirma que o emprego do termo “geração” pode dar a falsa impressão de que há uma substituição gradativa de uma geração por outra, quando na verdade o que ocorre é um reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais sem a supressão de direitos anteriormente conquistados, tratando-se de uma característica de tais direitos, denominada complentaridade ou cumulabilidade, a ser estudada posteriormente. Assim, privilegia-se o termo “dimensão” dos direitos fundamentais.

Além disso, Willis Santiago Guerra Filho (1999, p. 26) apresenta outro argumento para a utilização do termo “dimensões”: os direitos reconhecidos em uma geração assumem outra dimensão quando em relação com os novos direitos gestados posteriormente. Um claro exemplo é o direito de propriedade, típico direito individual de primeira geração que, diante dos novos direitos de segunda geração, assumiu uma nova dimensão, que é a ideia de função social da propriedade e, posteriormente, ante os direitos de terceira geração, assumiu a dimensão da função ambiental. Ou seja: um mesmo direito pode ser enxergado em distintas dimensões.

Inicialmente, surgem os **direitos fundamentais de primeira geração/dimensão,** reconhecidos por meio das Declarações e Constituições escritas no século XVIII, sendo fruto do pensamento liberal-burguês à época. Tratam-se de **direitos de defesa,** que garantem a proteção da esfera jurídica individual do cidadão perante o Estado; têm como lema a **liberdade** e são associados à ideia de **Estado absenteísta**, ou seja, o Estado que não intervém na vida dos cidadãos. Daí falar-se em **liberdades negativas dos cidadãos,** traduzidas em obrigações de não fazer por parte do Estado. São, tradicionalmente, **os direitos civis e políticos,** podendo ser mencionado, como exemplos, as liberdades (de consciência, de crença, de reunião, de expressão, de associação etc.) e as inviolabilidades (de domicílio, de sigilo das correspondências, de dados etc.).

Diante de significativas transformações sociais e econômicas ocorridas ao longo do século XIX, o Estado Liberal passava a demonstrar sinais de fracasso. Alterações profundas nas relações sociais e na estrutura política e econômica passaram a exigir um papel mais intervencionista por parte do Estado. Nesse contexto, surgem os **direitos fundamentais de segunda geração/dimensão,** reconhecidos ao longo do século XX, sobretudo a partir da Primeira Guerra Mundial, como resposta às desigualdades cada vez mais profundas. Consistem em **direitos de prestação,** que exigem a atuação positiva do Estado (antes, liberal; agora, social e intervencionista); têm como lema a **igualdade.** São, tradicionalmente, **os direitos sociais, econômicos e culturais,** que passaram a ser reconhecidos por três importantes documentos: a **Constituição Mexicana (1917);** a **Constituição Russa (1918);** e **a Constituição de Weimar (1919).** No Brasil, a influência foi significativa na Constituição de 1934.

Apesar de haver positivação formal dos direitos de segunda dimensão em normas constitucionais, verifica-se que um dos grandes desafios do constitucionalismo atual é a sua concretização. A realização dos direitos sociais, econômicos e culturais demanda atuação positiva do Estado e, quando não efetivados, verifica-se uma verdadeira omissão, que implica sentimento de frustração constitucional diante do insucesso do atendimento das diversas demandas. Nos estudos nacionais, chama-se atenção para a **doutrina brasileira da efetividade,** que busca, justamente, garantir eficácia social a direitos sociais de suma importância, tais como o direito à saúde (art. 196, CF/88) e à educação (art. 205, CF/88), constitucionalmente assegurados como direito de todos e dever do Estado.

Os direitos fundamentais de terceira geração/dimensão, por sua vez, resultam de novas reivindicações do gênero humano, destinando-se à proteção do ser humano não mais na sua individualidade, mas sim em coletividade social. Daí falar-se que são **direitos de titularidade coletiva ou difusa,** tais como o **direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito à segurança, direito à paz, direito à autodeterminação dos povos** etc. São os chamados **direitos de fraternidade ou solidariedade,** que vêm

sendo reconhecidos também ao longo do século XX, notadamente a partir da Segunda Guerra Mundial e em diversos documentos internacionais.

O ex-Ministro do STF, Celso de Mello, hoje aposentado, em breve síntese, afirma:

> 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 (MS 22.164[9], rel. min. Celso de Mello, j. 30-10-1995, P, DJ de 17-11-1995.).

A Constituição Federal de 1988 foi um importante passo na garantia dos direitos fundamentais de terceira dimensão, consagrando, por exemplo: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225); o direito à paz mundial (art. 4º, VI e VII); o direito à autodeterminação dos povos (art. 4º, III); e o direito ao desenvolvimento (art. 3º, II).

QUESTÃO DE CONCURSO

(**CESPE/CEBRASPE – 2021 – MPE-SC – Promotor de Justiça Substituto)** Os direitos fundamentais associados à solidariedade são marcados pela titularidade transindividual, caracterizada pela proteção de bens jurídicos de grupos sociais, como o patrimônio histórico e cultural e o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Gabarito: CORRETO.

Além das clássicas três gerações/dimensões dos direitos fundamentais, a doutrina mais recente apresenta ainda os direitos fundamentais de quarta e quinta dimensão.

Os **direitos fundamentais de quarta dimensão,** de acordo com Paulo Bonavides, são resultado da globalização dos direitos fundamentais, universalizando-se tais direitos no plano institucional, correspondendo à última fase da institucionalização do Estado Social. Compreendem os **direitos à democracia direta, ao pluralismo e à informação,** que constituem a base de legitimação de uma possível globalização política e deles depende a concretização da sociedade aberta no futuro, na sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência (BONAVIDES, 2008, p. 578).

Há autores, contudo, que reconhecem como quarta geração/dimensão os novos direitos frente às novas tecnologias, como **os direitos relacionados à biotecnologia e ao biodireito,** podendo-se mencionar o direito ao patrimônio genético e o respeito à identidade genética, além da proteção contra manipulações genéticas. Mencionam-se, ainda, **os direitos da informática e do ciberdireito.**

Outros autores defendem, ainda, a existência dos **direitos fundamentais de quinta dimensão,** dentre eles o próprio Paulo Bonavides, que elenca o **direito à paz,** destacando-o dos direitos de terceira dimensão,

---

Disponível em:

[9] https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691

alçando-o à categoria independente, por alcançar um patamar superior e específico de fundamentalidade no início do século XXI (BONAVIDES, 2008, p. 580).

Por fim, há autores ainda que categorizam os **direitos fundamentais de sexta dimensão, que seria o direito fundamental à água potável.**

Bernardo Gonçalves Fernandes explica que o fundamento seria o de que o direito à água potável, devido às suas particularidades, está destacado e alçado a um plano justificador de nascimento como nova dimensão de direitos e que, por isso, não estaria abarcado na terceira geração (dos direitos ambientais) e sim de forma autônoma, em uma sexta geração. O autor registra, porém, que entende que o direito à água potável já se encontra protegido com base na terceira geração/dimensão (2020, p. 369).

Síntese das dimensões dos direitos fundamentais

	1ª DIMENSÃO	2ª DIMENSÃO	3ª DIMENSÃO	4ª DIMENSÃO
Momento histórico	Séc. XVIII e XIX (Estado Liberal)	Séc. XIX e XX (Estado Social)	Séc. XX e XXI (Estado Constitucional e Democrático de Direito)	x
Lema ou ideal de inspiração	Liberdade	Igualdade	Fraternidade / Solidariedade	x
Gênero de direitos	Direitos civis e políticos	Direitos econômicos, sociais e culturais	Direitos difusos e coletivos – direitos transindividuais	Democracia Direta, pluralismo e informação; biotecnologia e biodireito
Espécies de direitos	Liberdade de reunião, associação, crença e consciência, inviolabilidade de domicílio	Saúde, educação, trabalho, assistência, moradia, sindicalização, direitos de greve	Meio ambiente, consumidor, progresso, desevolvimento tecnológico	Direito de mudança de sexo, contra manipulação genética
Características	Absenteísmo estatal, liberdades negativas, obrigações de não fazer, direitos de defesa	Intervencionismo, liberdades positivas, obrigações de fazer, direitos de prestação	Pela primeira vez, o homem passa a ser visto como membro de uma coletividade	Resultado da globalização dos direitos fundamentais

4. AS FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A TEORIA DOS QUATRO STATUS DE JELLINEK

Os direitos fundamentais exercem funções diversas na ordem jurídica, sendo que tal multifuncionalidade será analisada à luz da teoria do *status* de Georg Jellinek.

Para Jellinek, todo indivíduo, além de sua esfera privada de atuação, pode fazer parte de uma esfera pública enquanto membro da comunidade política, dependente apenas do reconhecimento estatal. Como membro dessa comunidade, vincula-se ao Estado, adquirindo personalidade e relacionando-se com este por quatro espécies de situações jurídicas (*status*), abaixo descritas:

a) *Status subjectionis* ou *status* passivo, pelo qual o indivíduo está subordinado aos poderes estatais, sujeitos a um conjunto de deveres;

b) *Status negativus* ou *status libertatis*, pelo qual é reconhecida ao indivíduo uma esfera jurídica individual de liberdade que está imune às interferências por parte do Estado;

c) *Status positives* ou *status civitatis*, pelo qual são franqueadas ao indivíduo as instituições estatais para exigir prestações positivas do Estado para a satisfação de certas necessidades;

d*) Status activus*, pelo qual é assegurada ao indivíduo a possibilidade de participar ativamente da formação da vontade política estatal, como membro da comunidade política.

A partir da teoria de Jellinek, podem ser esclarecidas as variadas funções dos direitos fundamentais, a saber:

a) Função de defesa ou de liberdade – com raízes no constitucionalismo liberal, verifica-se que os direitos fundamentais foram concebidos como **garantias de defesa do cidadão perante o Estado,** senso assegurando às pessoas um conjunto de direitos e liberdades que as protegiam contra arbítrios estatais;

b) Função de prestação – com raízes no constitucionalismo social, verifica-se o surgimento dos direitos fundamentais sociais, os quais exigem uma **atuação positiva (prestação material) por parte do Estado, para a satisfação de necessidades** que seriam supridas através do dever de fazer estatal;

c) Função de proteção perante terceiros – aqui, prega-se que não basta que o Estado assegure os direitos fundamentais nas relações que mantém diretamente com os indivíduos, sendo que os poderes estatais devem **assegurar o exercício dos direitos fundamentais, também, em face de atividades de terceiros** nas quais eles possam ser afetados;

d) Função de não discriminação – os direitos fundamentais atuam como proibições de discriminação, devendo ser assegurado igual tratamento a todas as pessoas. **Os direitos fundamentais reconhecidos a um grupo devem também ser garantidos para os demais grupos.** Observa-se, assim, um trunfo das minorias contra a vontade das maiorias. Por exemplo: se houve o reconhecimento de união estável para casais heteroafetivos, deve haver o reconhecimento estatal também para os casais homoafetivos.

e) Função de participação – assegura-se às pessoas o direito de participação ativa na formação da vontade política do Estado, por meio da escolha de representantes e governantes e influenciando decisões da comunidade política que integra.

5. CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na doutrina, não se observa um consenso acerca das características dos direitos fundamentais, seja acerca de quais seriam as principais, seja ainda quanto ao seu elenco.

Aqui serão vistas as principais características com probabilidade de cobrança em provas de concurso público, ressaltando que o tema pode aparecer também em provas específicas de Direitos Humanos (provas de promotor de justiça e carreiras de delegado, por exemplo) como característica dos direitos humanos.

Inicialmente, serão apresentadas cinco características elencadas por Robert Alexy (2014, p. 146), elencando-as como características dos direitos humanos, que são: universalidade; fundamentalidade; abstração; moralidade; e prioritariedade.

a) UNIVERSALIDADE – os direitos humanos (e acrescentamos, fundamentais) são universais, o que significa afirmar que tais direitos pertencem a todos os seres humanos, sem quaisquer distinções baseadas em atributos inerentes a cada um especificamente ou com base na posição social que cada um dos membros de uma dada sociedade ocupe.

Partindo-se de uma visão kantiana, a única condição exigida para que alguém seja titular de Direitos Humanos é sua condição de ser humano.

A concepção universal de direitos humanos vem elencada, por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, nos seguintes termos:

> **Artigo I, Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948** - Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Trata-se, assim, de uma concepção consagrada em documentos internacionais, por isso a referência como direitos humanos.

Todavia, tal característica é bastante polêmica e sofre diversas críticas, notadamente pelos adeptos do “Relativismo Cultural”, corrente de pensamento minoritária que encara os direitos humanos como fruto do processo evolutivo dos valores inerentes à civilização ocidental. Essa corrente afirma que ao ser conferido caráter de norma cogente ao direito internacional dos direitos humanos, está-se, em verdade, impondo uma determinada cultura aos demais povos.

André de Carvalho Ramos afirma que o grande desafio do Direito Internacional dos Direitos Humanos é a tentativa de ser universal na diversidade, equalizando decisões nacionais com os conteúdos sedimentados nas normas internacionais (2016, p. 190).

b) FUNDAMENTALIDADE – os direitos humanos são fundamentais enquanto não protegem todas as fontes e condições do bem-estar, mas tão-somente os interesses e necessidades considerados fundamentais para o ser humano.

c) ABSTRAÇÃO – os direitos fundamentais são direitos abstratos, uma vez que a sua significação pode ocorrer, no caso concreto, após uma intensa e longa disputa, apesar de todos os seres humanos serem detentores de um direito.

d) MORALIDADE – os direitos humanos possuem validade apenas moral e sua existência não depende de positivação. A sua validade é a sua existência. Reconhece-se, contudo, que a sua positivação pode servir para serem mais bem garantidos institucionalmente.

e) PRIORITARIEDADE – os direitos humanos são prioritários, pois, enquanto morais, não podem ter a sua força invalidada por normas jurídico-positivas, sendo também um padrão de interpretação das normas positivadas.

Além dessas cinco características iniciais, propostas por Robert Alexy, serão apresentadas outras características essenciais, aqui já referenciando os "direitos fundamentais", devendo o leitor estar atento apenas à distinção quanto ao seu aspecto formal, apresentados no início do capítulo, quando da apresentação do conceito (direitos humanos quando positivados na ordem jurídica internacional e direitos fundamentais quando positivados na ordem jurídica interna).

f) INALIENABILIDADE – os direitos fundamentais não podem ser alienados, transferidos ou cedidos pelo seu titular, uma vez que eles são inegociáveis. Qualquer manifestação do titular nesse sentido será considerada nula de pleno direito.

Deve-se destacar, por outro lado, os casos de eventuais efeitos patrimoniais decorrentes de tais direitos, por exemplo, a comercialização de uma composição musical, em que resta resguardado o direito autoral do autor.

g) IRRENUNCIABILIDADE – os direitos fundamentais são irrenunciáveis e qualquer manifestação do seu titular nesse sentido será considerada nula de pleno direito.

h) IMPRESCRITIBILIDADE – os direitos fundamentais não podem ser fulminados pelo decurso do tempo. Ainda que o titular possa estar há décadas sem exercê-lo, não ocorre a perda do direito pelo decurso do tempo. Chama-se a atenção, contudo, para o fato de que a reparação do dano pode estar sujeita à prescrição.

ATENÇÃO

No ano de 2002, a República Federativa do Brasil incorporou ao direito brasileiro, por meio do Decreto 4.388/2022, o Estatuto de Roma, o qual elenca como imprescritíveis os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra, o genocídio e a agressão.

Explica-se.

O art. 29 do aludido Estatuto consigna que **os crimes da competência do Tribunal Penal Internacional não prescrevem.**

O art. 5º, por sua vez, assim estabelece:

Art. 5º. Crimes da competência do Tribunal

1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:

a) O crime de genocídio;

b) Crimes contra a humanidade;

c) Crimes de guerra;

d) O crime de agressão.

Com isso, pode-se afirmar que **o rol constitucional dos crimes imprescritíveis previstos no art. 5º da CF/88 é meramente exemplificativo, admitindo-se uma leitura ampliativa** por se tratar de texto que estabelece uma proteção mínima aos direitos humanos.

i) INDIVISIBILIDADE – os direitos fundamentais são indivisíveis, no sentido de que deve ser considerado o conjunto de normas protetivas de tais direitos, não se podendo trabalhar com a ideia de proteção da dignidade humana de forma compartimentada. Só se pode falar em dignidade da pessoa humana se todos os direitos previstos estiverem a ser respeitados (civis, políticos, econômicos, sociais, culturais etc).

Nesse sentido, a Proclamação de Teerã, por exemplo, traz um enunciado que sintetiza a ideia de indivisibilidade dos direitos humanos (e na esfera jurídica interna, dos direitos fundamentais):

> **13. Como os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais resulta impossível.** A realização de um progresso duradouro na aplicação dos direitos humanos depende de boas e eficientes políticas internacionais de desenvolvimento econômico e social.

j) INTERDEPENDÊNCIA – a interdependência dos direitos fundamentais deriva da sua indivisibilidade, uma vez que se pode afirmar que a observância plena dos direitos humanos depende necessariamente da realização simultânea de todo o conjunto.

A Convenção de Viena de 1993, inclusive, traz prescrição acerca da interdependência dos direitos humanos, bem como da própria indivisibilidade, uma vez que são características que devem ser analisadas conjuntamente. Assim, reproduz-se o excerto:

> **5. Todos os Direitos Humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados.** A comunidade internacional deve considerar os Direitos Humanos, globalmente, de forma justa e equitativa, no mesmo pé e com igual ênfase. Embora se deva ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os diversos antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os Direitos Humanos e liberdades fundamentais.

QUESTÃO DE CONCURSO

(VUNESP – 2018 - Delegado de Polícia de São Paulo) O princípio da interrelacionariedade dispõe que os direitos humanos e os sistemas de proteção se inter-relacionam, permitindo às pessoas escolher entre os mecanismos de proteção global ou regional, pois não há hierarquia entre eles.

Gabarito: CORRETO.

k) HISTORICIDADE – os direitos fundamentais decorrem de um longo processo de afirmação histórica, gestados a partir de fatos específicos em épocas e lugares distintos.

Conforme já analisado, lutas e revoltas contra as arbítrios estatais conduziram à exigência de um perfil absenteísta de Estado (o Estado liberal), com a consagração dos direitos de primeira geração/dimensão (direitos civis e políticos).

Posteriormente, desenvolveram-se os direitos de segunda geração/dimensão (direitos econômicos, sociais e culturais), a partir do momento em que o Estado Liberal não mais atendia aos anseios da sociedade, exigindo-se um perfil de Estado intervencionista.

Por fim, sentiu-se a necessidade de institucionalização dos chamados direitos difusos e coletivos, assegurados a toda uma coletividade, com base na ideia de solidariedade e fraternidade, consagrando-se os direitos de terceira geração/dimensão.

Assim, percebe-se que a definição dos direitos fundamentais se dá ao longo do tempo e da história, a partir de contextos específicos.

l) APLICABILIDADE IMEDIATA – no estudo do Direito Constitucional, verifica-se que os direitos fundamentais possuem aplicabilidade direta e imediata, diante do quanto afirmado no art. 5º, §1º da CF/88, abaixo transcrito:

> **Art. 5º, § 1º** As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

No âmbito internacional, contudo, André de Carvalho Ramos afirma que as normas internacionais devem ser avaliadas conforme a intenção das partes (*mens legislatoris*), sendo que estas podem ser autoaplicáveis (*self-executing*) ou não autoaplicáveis (*not-self executing*) (2016, p. 265).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, reconheceu a autoaplicabilidade da Convenção Americana de Direitos Humanos, na Opinião Consultiva n.º 7, de 29 de agosto de 1986, solicitada pelo governo da Costa Rica sobre o direito de resposta nele estabelecido. **Segundo a Corte, quando a Convenção estiver em vigor no Estado, deve haver aplicabilidade imediata, até pelos Tribunais, sem qualquer necessidade de integração legislativa.**

m) VEDAÇÃO AO RETROCESSO – os Estados não podem retroceder na proteção dos direitos fundamentais: uma vez assegurada a proteção, não há que se falar na sua redução.

A vedação ao retrocesso também pode ser chamada de proibição de regresso ou efeito *cliquet*.

Tal princípio decorre de conceito de progressividade previsto em documentos internacionais, como no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e no Protocolo de San Salvador.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece:

> **Artigo 2º, Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais** - 1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

O Protocolo de San Salvador, por sua vez, assim explana:

> **Artigo 1, Protocolo de San Salvador -** Obrigação de Adotar Medidas
> Os Estados-Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo.

n) RELATIVIDADE – os direitos fundamentais não são, em regra, absolutos. Portanto, podem ser relativizados.

A relativização dos direitos fundamentais pode ocorrer, por exemplo, quando estiverem a ser utilizados para acobertar práticas ilícitas ou para evitar que sejam anulados direitos de terceiros.

Apenas para apresentar um exemplo no âmbito do direito interno, o próprio direito à vida, que é um direito fundamental, pode ser relativizado, conforme a própria Constituição Federal de 1988. É que o art. 5º, XLVII da CF/88 afirma que não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX, da CF/88.

QUESTÃO DE CONCURSO

(CESPE/CEBRASPE – 2021 – MPE-SC – Promotor de Justiça Substituto) Os direitos fundamentais não são absolutos e podem ser restringidos ou limitados por previsão constitucional ou legal, em benefício do interesse social e em observância às bases de proporcionalidade.

Gabarito: CORRETO.

o) EFETIVIDADE – pela característica da efetividade, deve-se afirmar que o simples reconhecimento estatal dos direitos fundamentais não é o suficiente. Deve-se verificar a implementação de medidas efetivas para a sua concretização.

p) ABERTURA OU INEXAURIBILIDADE – o rol de direitos humanos previstos nos tratados e convenções internacionais é meramente exemplificativo, havendo sempre a possibilidade de ampliação.

A abertura dos direitos humanos (ou inexauribilidade) é prevista tanto no âmbito interno quanto no âmbito internacional.

Internamente, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, §2º, prescreve:

> **Art. 5º, § 2º, CF/88 -** 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.

No âmbito externo, a Convenção Americana de Direitos Humanos, no seu art. 29, *c*, estabelece:

> **Art. 29, c, Convenção Americana de Direitos Humanos** - Normas de Interpretação
> Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:
> **c.**excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo;

QUESTÃO DE CONCURSO

(FUMARC - 2018 - PC-MG - Delegado de Polícia Substituto) A Constituição da República de 1988 cuidou expressamente dos direitos humanos, enumerando-os no Título que trata dos direitos e garantias fundamentais. Existem, entretanto, outros direitos humanos não enumerados no texto, mas cuja proteção a própria Constituição assegura, PORQUE:

a) decorrem do regime e dos princípios adotados pela própria Constituição.

b) o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional.

c) são criados pelo Poder Judiciário, após o trânsito em julgado das decisões.

d) surgem de necessidades que não foram previstas pelo legislador constituinte.

Gabarito: LETRA A.

Ademais, em concurso público elaborado pela FAPEC, em 2021, para Delegado de Polícia em Mato Grosso do Sul, foi considerada correta a seguinte assertiva:

Os Direitos Humanos são essenciais por natureza, tendo por conteúdo os valores supremos do ser humano e a prevalência da dignidade humana (conteúdo material), revelando-se essenciais, também, pela sua especial posição normativa (conteúdo formal), permitindo-se a revelação de outros direitos fundamentais fora do rol de direitos expresso nos textos constitucionais.

6. AS DIMENSÕES SUBJETIVA E OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na **dimensão subjetiva**, os direitos fundamentais compreendem **direitos públicos subjetivos**, quer dizer, a possibilidade de os indivíduos invocarem a norma jurídica contra o Estado, dele exigindo uma atuação positiva ou uma atuação negativa.

Tem-se a exigência de uma atuação positiva (ação), por exemplo, quando alguém judicializa o acesso à saúde ou à educação, direitos sociais cuja observância exige uma ação por parte do Estado. Por outro lado, vislumbra-se a exigência de uma atuação negativa (abstenção) quando, por exemplo, o indivíduo ajuíza uma ação solicitando que o Estado não pratique atos contra o seu direito de propriedade, em uma hipótese de esta estar a ser violada.

Assim, **pela dimensão subjetiva, os direitos fundamentais possibilitam que o seu titular exija dos poderes públicos a sua concretização.**

Por outro lado, na **dimensão objetiva**, os direitos fundamentais atuam como **parâmetros da ordem jurídica** que, como tal, devem ser seguidos por todos os poderes públicos. A dimensão objetiva está intimamente relacionada à ideia de **eficácia irradiante dos direitos fundamentais**, que significa a aptidão para a produção de efeitos em todo o sistema jurídico.

Assim, **pela dimensão objetiva, os direitos fundamentais são verdadeiros parâmetros da ordem jurídica dotados de eficácia irradiante, devendo ser observados por todos os poderes públicos.**

QUESTÃO DE CONCURSO

(MPE-RS – 2021 – MPE-RS – Promotor de Justiça) A doutrina dos deveres estatais de proteção é derivada da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e uma de suas principais consequências jurídicas é a imposição, ao Estado, da obrigação de editar leis que permitam superar um estado de proteção insuficiente de bens constitucionais fundamentais.

Gabarito: CORRETO.

7. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: VERTICAL, HORIZONTAL E DIAGONAL

Os direitos fundamentais, originalmente, foram concebidos como verdadeiros limites ao exercício do poder estatal. De matriz eminentemente liberal, os direitos fundamentais foram gestados para proteger a esfera jurídica individual dos cidadãos contra eventuais arbítrios do Estado. Trata-se da ideia de **eficácia vertical dos direitos fundamentais,** em que se observa a relação entre Estado e particular.

Além dessa perspectiva clássica, verificou-se a necessidade de observância dos direitos fundamentais também nas relações privadas, ou seja, nas relações entre particulares que se encontram em pé de igualdade, numa relação horizontal. Por isso, fala-se em **eficácia horizontal dos direitos fundamentais.**

Acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, surgiram três teorias:

a) as **teorias negativas,** que rejeitam a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, afirmando que os direitos fundamentais vinculam apenas o poder público, jamais os particulares.

Dirley da Cunha Jr. (2019, p. 563) registra que as teorias negativas foram responsáveis pela criação, nos Estados Unidos, da doutrina do *state action*, que, fundada na intangibilidade da autonomia privada, recusa a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Todavia, tal doutrina passou a ser mitigada pela jurisprudência da Suprema Corte a partir da década de 40, passando a adotar a chamada *public function theory* (teoria da função pública), que afirma que os direitos fundamentais vinculam os particulares quando estes exercem funções públicas;

b) a **teoria da eficácia direta e imediata,** pela qual os direitos fundamentais têm aplicabilidade direta e imediata nas relações entre particulares, independente de prévia atividade legislativa. Estado e particulares estariam, dessa forma, vinculados à Constituição;

c) a **teoria da eficácia indireta e mediata,** que defende a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, desde que haja uma atuação do legislador infraconstitucional, que possui o dever de conformar as relações privadas à luz de normas constitucionais definidoras de direitos.

No Brasil, há uma tendência pela adoção da teoria da eficácia direta ou imediata, tanto pela jurisprudência quanto pela doutrina. Mas Bernardo Gonçalves Fernandes adverte que ainda não há, na jurisprudência do STF, uma fundamentação teórica sobre os limites e alcances dessa aplicação (2020, p. 413).

Ressalte-se, porém, que boa parte da doutrina referencia a decisão do STF no RE 158.215/RS, de relatoria do Min. Marco Aurélio, em que se decidiu que a exclusão de associado de uma cooperativa decorrente de conduta contrária ao estatuto deve observar as garantias fundamentais do devido processo legal e a ampla defesa, tendo proferido outras decisões no sentido de reconhecer a eficácia direta e imediata aos direitos fundamentais nas relações privadas.

ATENÇÃO

Bernardo Gonçalves Fernandes (2020, p. 412) adverte para a existência de **teorias alternativas**, que não advogam a tese da dicotomia eficácia direta/imediata e eficácia indireta/mediata. Cita como exemplo o quanto defendido por Robert Alexy, para quem se deveria buscar uma teorização que tenha como objetivo explicar de forma mais satisfatória e mais completa a incidência de direitos fundamentais nas relações privadas. Alexy trabalha um modelo de complementaridade entre as eficácias indireta e direta e acrescenta nesse modelo a **"teoria dos deveres de proteção".** Tem-se, aqui, o **modelo dos três níveis de efeitos** (nível dos deveres do Estado; nível dos direitos frente ao Estado; e o nível da relação entre sujeitos privados):

- No primeiro nível (deveres do Estado), tem-se a teoria da eficácia direta e imediata, devendo o juiz buscar inicialmente interpretar o direito privado à luz da Constituição;

- No segundo nível (direitos frente ao Estado), têm-se os deveres de proteção, ou seja, um dever de proteção do Estado na relação entre os particulares com outros particulares, devendo o Judiciário, ao dirimir conflitos interpretativos, sempre levar em consideração os direitos fundamentais;

- No terceiro nível (relação entre sujeitos privados), tem-se a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais sendo aplicada e trabalhada.

Interessante questão acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no concurso para Defensor Público do Estado do Pará, em 2022, elaborado pela banca CESPE/CEBRASPE, trazia o seguinte enunciado:

> A eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais (unmittelbare Drittwirkung) é uma teoria atribuída ao jurista Hans Carl Nipperdey, o qual buscava superar a teoria clássica e demonstrar novas modalidades de violações de direitos fundamentais, até então não reconhecidas pela teoria mais tradicional, como a defendida por Jellinek.

A questão seguia exigindo do candidato a identificação da situação que configurasse exemplo de aplicação inovadora da teoria da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais, conforme abaixo explanado:

QUESTÃO DE CONCURSO

(**CESPE/CEBRASPE – 2022 - DPE-PA - Defensor Público)** Constitui exemplo de aplicação inovadora da teoria da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais: a exigência para que uma escola particular tenha de observar o contraditório e a ampla defesa ao expulsar um aluno, mesmo que o contrato entre as partes estabeleça o contrário.

Gabarito: CORRETO.

Por fim, importante registrar a **teoria da eficácia diagonal dos direitos fundamentais.** Ela pode ser definida como uma espécie de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, havendo, contudo, uma posição de elevada desigualdade entre elas, uma vez que uma das partes é a relação hipossuficiente, estando em alto grau de vulnerabilidade técnica, econômica ou jurídica).

É possível mencionar como exemplo algumas relações trabalhistas e consumeristas.

Sobre o tema da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, em concurso para Juiz Substituto do TJ-RJ, aplicada em 2023, pela VUNESP, foi apontada como correta a seguinte assertiva:

QUESTÃO DE CONCURSO

(**VUNESP – 2023 – TJ-RJ – Juiz Substituto)** O tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, tambpem denominado pela doutrina de eficácia privada ou externa dos direitos fundamentais, surge como importante contraponto à ideia de eficácia vertical dos direitos fundamentais.

Gabarito: CORRETO.

8. LIMITES (RESTRIÇÕES) AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E TESE DOS LIMITES DOS LIMITES

Já se viu que uma das características dos direitos fundamentais é a sua relatividade. Ou seja, os direitos fundamentais não são absolutos, possuindo, assim, limites.

Os limites (ou restrições) aos direitos fundamentais podem ser analisados a partir de duas teorias: a teoria interna; e a teoria externa.

A) TEORIA INTERNA: para esta, os limites de um direito fundamental são encontrados no próprio direito, sendo, portanto, limites internos, sem sofrer delimitações impostas por outros direitos. O direito e as suas restrições, então, formam um só objeto e, assim sendo, possui um caráter definitivo, assumindo a estrutura de regra, aplicando-se no modo tudo ou nada.

Por isso, pode-se afirmar que a teoria interna não admite a possibilidade de conflitos entre os direitos fundamentais, não se falando em sopesamento ou ponderação entre esses direitos.

De acordo com Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 165), a principal tese que sustenta tal postura é a **"teoria dos limites imanentes"**, justamente a que não admite restrições externas a um direito fundamental.

Classicamente, apenas o texto constitucional poderia conferir limites aos direitos fundamentais (os limites inerentes).

Bernardo Gonçalves Fernandes referencia Ana Paula de Barcellos, trazendo a seguinte citação:

> cada direito apresenta limites lógicos, *imanentes*, oriundos da própria estrutura e natureza do direito e, portanto, da própria distinção que o prevê. Os limites já estão contidos no próprio direito, portanto, não se cuida de uma restrição imposta a partir do exterior. (BARCELLOS *apud* FERNANDES, p. 393)

B) TEORIA EXTERNA: já para a teoria externa, verifica-se a existência de dois objetos (e não um direito e suas limitações como um objeto só): o próprio direito e, destacado dele, as suas restrições. Admitem-se, então, restrições aos direitos fundamentais.

Para que as restrições ao direito se operem validamente, contudo, devem ser observados alguns requisitos, criando-se limites para as limitações. Trata-se de tese que representa um mecanismo de defesa dos direitos fundamentais contra eventuais atos abusivos provenientes dos Poderes Legislativo e Executivo.

Nesse contexto, surge a **teoria dos limites dos limites (*Schranken-Schranken*)**, que busca, como o próprio nome sugere, estabelecer limitações às restrições de direitos fundamentais. Para restrição legítima de um direito dessa natureza, devem ser observadas as seguintes condições:

deve-se preservar, ao menos, o núcleo essencial do direito restringido, mantendo-se inabalada a noção de dignidade da pessoa humana, aspecto material dos direitos fundamentais;

a restrição deve ostentar clareza e precisão, privilegiando-se a segurança jurídica. A limitação, dessa forma, deve vir estabelecida de forma explícita no texto normativo infraconstitucional;

para não vulnerar a isonomia, as restrições devem ser de cunho geral e abstrato, evitando-se limitações casuísticas que gerem discriminações absurdas e arbitrárias;

as limitações devem obedecer à regra da proporcionalidade, atentando-se para os postulados da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

QUESTÃO DE CONCURSO

(**FGV – 2022 - MPE-GO - Promotor de Justiça Substituto)** Maria e Joana, ativistas de direitos humanos, travaram intenso debate a respeito da forma de coexistência dos direitos fundamentais e destes com certas medidas de interesse coletivo. Maria defende que, de acordo com a teoria interna, os pontos de tensão entre direitos devem ser superados no processo de interpretação, estando lastreada na dicotomia entre direito e restrição, que direciona a atuação do intérprete. Joana, por sua vez, entende que a teoria externa está lastreada na concepção de limite imanente, a qual direciona a resolução dos conflitos entre direitos fundamentais, sendo comum o uso da técnica da ponderação de interesses. À luz dessa narrativa, é correto afirmar que Maria e Joana estão parcialmente erradas, pois a teoria interna se afasta da dicotomia entre direito e restrição, e a externa não se baseia na concepção de limite imanente.

Gabarito: CORRETO.

9. COLISÕES ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na hipótese de uma eventual colisão entre direitos fundamentais em um caso concreto, deve-se utilizar da **ponderação de valores (ou de interesses)** realizada pela **regra da proporcionalidade,** através do qual um direito fundamental será restringido em razão de outro direito fundamental.

A regra da proporcionalidade é composta por três sub-regras, que são:

A) ADEQUAÇÃO – deve-se investigar qual é a maneira mais adequada, ou mais efetiva, que melhor realizará o princípio cujo peso deva prevalecer no caso concreto;

B) NECESSIDADE – deve-se buscar o meio menos gravoso para a solução do caso concreto, trazendo menos prejuízo possível;

C) PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO – aqui, verifica-se o sopesamento propriamente dito, fazendo-se uma relação entre os benefícios atingidos pelo princípio prevalecente diante os malefícios observados com o princípio cedente.

Deve-se, portanto, buscar a medida mais adequada, necessária e que atenta à proporcionalidade em sentido estrito.

QUESTÃO DE CONCURSO
(**CESPE/CEBRASPE – 2022 - PC-RJ - Delegado de Polícia)** O método de solução de conflitos entre direitos fundamentais constitucionalmente previstos, em caso de colisão, é a ponderação de interesses; o legislador, contudo, por força do princípio democrático, pode resolver conflitos por meio de lei, efetuando a ponderação em abstrato. **Gabarito: CORRETO.**

10. DEVERES FUNDAMENTAIS

O estudo dos deveres fundamentais decorre da necessária observância dos direitos fundamentais, uma vez que não há direitos sem deveres. Ou seja, a partir do momento em que se atribui direitos a alguém, há uma contrapartida lógica de imposição de deveres a outrem, seja às pessoas, à sociedade ou ao Estado.

Linhas atrás se afirmou a existência de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, em que estes atuam como **parâmetros da ordem jurídica** que, como tal, devem ser seguidos por todos os poderes públicos. A dimensão objetiva está intimamente relacionada à ideia de **eficácia irradiante dos direitos fundamentais**, que significa a aptidão para a produção de efeitos em todo o sistema jurídico. Isso reafirma a noção de que assegurar direitos fundamentais a uns implica reconhecer a existência de deveres fundamentais a outros.

Apesar de se tratar de tema ainda pouco explorado pela doutrina, pode-se identificar ao menos três classificações das tipologias dos deveres fundamentais na Constituição Federal de 1988. Eduardo Brandão (2022, p. 423-424), por exemplo, elenca:

DEVERES CONEXOS OU CORRELATOS *VERSUS* DEVERES AUTÔNOMOS	
Deveres Conexos ou Correlatos	**Deveres Autônomos**
São aqueles que decorrem materialmente de um direito fundamental, residindo na lógica de que não há direitos sem deveres. Ex.: ao se reconhecer o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, CF/88) reconhece-se uma série de deveres fundamentais às pessoas, à sociedade e ao Estado de proteção e promoção do meio ambiente.	São aqueles que não estão relacionados diretamente à conformação de um direito fundamental, sendo estabelecidos na Constituição de forma autônoma, por exemplo, o dever fundamental de prestar serviço militar obrigatório (art. 143, CF/88).
DEVERES EXPRESSOS *VERSUS* DEVERES IMPLÍCITOS	

Deveres Expressos	Deveres Implícitos
São aqueles expressos na Constituição, como o dever fundamental de prestar serviço militar obrigatório, anteriormente mencionado.	São aqueles que não se encontram expressos na Constituição, decorrendo direta e materialmente de um direito fundamental. No Brasil, tem-se como regra.
DEVERES DEFENSIVOS (OU NEGATIVOS) *VERSUS* DEVERES PRESTACIONAIS (OU POSITIVOS)	
Deveres Defensivos (ou Negativos)	**Deveres Prestacionais (ou Positivos)**
São aqueles que estabelecem ao seu destinatário um comportamento negativo, omissivo, de abstenção de conduta em relação ao direito do titular.	São aqueles que impõem ao seu destinatário um comportamento positivo, um fazer, uma prestação em relação ao direito do titular, como o dever da saúde e da educação.

11. JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

A Justiça de Transição desponta como uma ferramenta necessária para a construção do Estado Democrático de Direito em sociedades pós-conflituosas ou recém-saídas de regimes autoritários.

Na América Latina, por exemplo, diversos Estados passaram por regimes autoritários durante os anos 70 e 80, período sucedido por um processo de redemocratização, surgindo, neste contexto, desafios relacionados aos direitos de memória, verdade e justiça.

No Brasil, os destaques relacionados à Justiça de Transição deram-se apenas a partir de 2007, com a publicação do relatório "Direito à Memória e à Verdade", que registra a história de 479 militantes políticos vitimados pela ditadura civil-militar brasileira.

Devem ser registrados os esforços regionais e internacionais para a consolidação, nos países, de uma Justiça de Transição, a exemplo da jurisprudência desenvolvida no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de acordo com balizas definidas pela ONU.

De acordo com Bernardo Gonçalves Fernandes (2022, p. 439):

> [...] a justiça de transição está intimamente ligada aos direitos das vítimas, à verdade, à memória, à reparação, visando reformas que garantam a não repetição dos fatos, de tal forma que se possa avançar nos processos de consolidação da democracia e da paz.
> [...] a justiça transicional é condição mínima para a promoção da reconciliação da nação com um passado recente e sombrio de sua história, de tal forma que se terna pertinente ressaltar que, no Brasil, foram empregadas algumas ferramentas, tais quais a criação de comissões da verdade, a promoção de caravanas itinerantes de Anistia e o pagamento de indenizações às famílias dos mortos e desaparecidos políticos, o qual foi possibilitado em função da Lei n.º 9.140/95. Dessa percepção, salienta-se que a Justiça de Transição faz uso de diversas ferramentas, que dizem respeito, portanto, ao processamento dos violadores de direitos humanos, à investigação e revelação da verdade acerca dos crimes ora cometidos, ao fornecimento de reparações às vítimas e à reforma das instituições que possibilitaram as violações, de tal forma que possa ser promovida a reconciliação.

Os pilares fundamentais da Justiça de Transição são:

a) Justiça – a exigência de responsabilidade dos perpetradores das violações é elemento essencial para o fornecimento de reparação eficaz às vítimas, sendo o combate à impunidade dos perpetradores de direitos humanos fundamental para que se possa garantir um sistema de justiça minimamente efetivo e para que se possa promover a reconciliação e a estabilidade da população com a sua própria história.

O ciclo vicioso de repressão só pode ser interrompido a partir do reconhecimento afirmativo da obrigação estatal de investigar e punir graves violações de direitos humanos.

b) Verdade e Memória – o direito à verdade e à memória pode ser entendido como a imprescindibilidade de dar publicidade aos acontecimentos do passado, evitando-se a repetição de graves violações de direitos humanos no futuro. Tem-se uma forma de reparação, pois permite o reconhecimento da importância valorativa das pessoas como indivíduos, vítimas e sujeitos de direitos.

Uma das principais ferramentas é a constituição das Comissões da Verdade, organismos de inquérito oficiais, temporários e não judiciais que investigam os padrões de abuso aos direitos humanos. Tais comissões podem contribuir amplamente com o Poder Judiciário, em um possível processo jurisdicional.

c) Reparação das vítimas e de suas famílias – os Estados têm o dever de reparar as vítimas de graves violações de direitos humanos. Têm-se como medidas pertinentes à reparação:

- a **restituição**, ou seja, restaurar a situação anterior da vítima, restaurando os seus direitos;
- a **compensação**, sendo que as medidas tomadas sejam em termos de quantificação dos danos materiais, morais, físicos e psicológicos;
- a **reabilitação**, devendo ser oferecido às vítimas assistência médica, psicológica e jurídica;
- a **satisfação e garantia de não repetição**, que envolve a investigação de fatos, desculpas oficiais, sentenças, revelação da verdade etc.

Por fim, frise-se que, no Brasil, as primeiras medidas de justiça de transição foram tomadas durante o próprio processo de redemocratização, no período final do regime militar, podendo-se indicar como marco inicial a Lei n.º 6.683/1979 – Lei da Anistia. Tal lei previu hipóteses de readmissão em serviço público e de restituição de direitos políticos a cidadãos que tinham sofrido sanções políticas a partir de 1964. Mas a mesma lei, contudo, anistiou também agentes de repressão do período ditatorial, tornando-se obstáculo às iniciativas de investigação e de persecução penal dos responsáveis pela prática de crimes de Estado.

Na sequência, a CF/88 trouxe o seguinte dispositivo na ADCT:

> **Art. 8º, ADCT -** É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.

O art. 8º do ADCT pode ser considerado como o marco jurídico-político da justiça de transição no Brasil.

Posteriormente, grandes passos foram dados no programa de reparações dentro da política de justiça transicional no Brasil: em 1995, foi criada a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP); e em 2002, foi constituída a Comissão de Anistia, no Ministério da Justiça.

Diversas outras ações foram verificadas: a partir de 2007, a Justiça de Transição foi crescendo no debate público, crescendo as demandas por revisão da Lei de Anistia e pela criação de uma Comissão da Verdade; em 2008, a OAB ajuizou a ADPF n.º 153, questionando a validade da interpretação do dispositivo da Lei de Anistia que estendia os seus efeitos aos agentes da repressão; em 2009, foi lançado o Plano Nacional de Direitos Humanos que dedicou um dos eixos à promoção do direito à memória e à verdade; em 2010, foi julgada a ADPF n.º 153, decidindo-se pela validade da autoanistia e, posteriormente, no caso Gomes Lund e outros vs. Brasil, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Estado brasileiro pelo desaparecimento de 70 militantes na guerrilha de Araguaia. Entre as resoluções da Corte IDH, destaca-se a afirmação de incompatibilidade de leis de autoanistia com a Convenção Americana de Direitos Humanos e a determinação de que a Lei de Anistia brasileira não pode servir de obstáculo ao cumprimento das obrigações do Estado de investigar, julgar e punir os responsáveis pela prática de graves violações de direitos humanos.

Em 2011, foi promulgada a Lei de Acesso à Informação e, em outro momento, foi criada a Comissão Nacional da Verdade, no âmbito da Casa Civil da Presidência da República.

Verifica-se, assim, que diversas medidas foram tomadas no âmbito da Justiça de Transição, nos últimos anos, no Estado brasileiro.

Há, ainda, tentativas de responsabilização penal contra os agentes da repressão em curso na Justiça pátria, conduzidas por membros do Ministério Público Federal, especialmente integrantes do Grupo de Trabalho de Justiça de Transição, que têm apresentado denúncias contra agentes responsáveis por crimes da ditadura.

Por fim, destaca-se que, em 10/03/2021, foi aprovada a Súmula nº 647 do STJ, com o seguinte teor:

> **Súmula n.º 647, STJ.** São imprescritíveis as ações indenizatórias por danos morais e materiais decorrentes de atos de perseguição política com violação de direitos fundamentais ocorridos durante o regime militar.

12. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (ECI)

Acerca do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), Carlos Alexandre de Azevedo Campos esclarece:

> Trata-se de decisão que busca conduzir o Estado a observar a dignidade da pessoa humana e as garantias dos direitos fundamentais uma vez que esteja em curso graves violações a esses direitos por omissão dos poderes públicos. O juiz constitucional depara-se com uma realidade social necessitada de transformação urgente e, ao mesmo tempo, com falhas estruturais e impasses políticos que implicam, além do estado inconstitucional em si mesmo, a improbabilidade de o governo superar esse estágio de coisas contrário ao sistema de direitos fundamentais, sem que o seja a partir de uma forte e ampla intervenção judicial (2019, p. 102).

Surgido na Colômbia, em 1997, o ECI ocorre quando se verifica a **existência de um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais**, causado pela **inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura**, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público e a atuação de uma pluralidade de autoridades podem modificar a situação inconstitucional.

Há, então, uma construção de soluções a partir de litígios estruturais destinadas à superação de violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais.

São pressupostos do ECI:

- violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais;
- inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura;
- situação que exige a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades para resolver o problema.

O ECI é uma técnica que não está expressamente prevista na Constituição ou em qualquer outro instrumento normativo, mas que só deve ser manejada em hipóteses excepcionais.

No Brasil, o ECI ganhou destaque a partir do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347/DF, ajuizada no ano de 2015 pelo Partido Socialismo e Liberdade, para que fosse reconhecida a violação de direitos fundamentais da população carcerária, com o fim de que fossem adotadas providências por parte do Poder Público com vistas a sanar lesões a preceitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

O STF acolheu parcialmente pedido de medida de urgência, quando foi afirmado o cenário de violação sistemática de direitos fundamentais do preso, diante de falhas estruturais e falência de políticas públicas referentes ao setor prisional.

A Suprema Corte reconheceu, dessa forma, que o sistema penitenciário brasileiro vive um "Estado de Coisas Inconstitucional", pois as penas aplicadas acabam sendo penas cruéis e desumanas. No entanto, o STF entendeu que não pode substituir o papel dos Poderes Legislativo e Executivo na consecução das suas tarefas próprias, visto que não lhe incumbe definir o conteúdo próprio dessas políticas.

Por outro lado, é **lícito ao Poder Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer**, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais, para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, não podendo falar em princípio da reserva do possível, tampouco em violação à separação de poderes, conforme se depreende da leitura do Informativo 794.

Em setembro de 2015, o STF concedeu parcialmente medida cautelar determinando que:

- juízes e Tribunais de todo o país implementassem, no prazo máximo de 90 dias, a audiência de custódia;
- a União liberasse, sem qualquer tipo de limitação, o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização na finalidade para o qual foi criado, proibindo a realização de novos contigenciamentos.

Interessante que, durante a tramitação desta ADPF, diversas entidades foram admitidas na qualidade de *amicus curiae*, dentre elas o “Instituto de Defesa do Direito de Defesa – Márcio Thomaz Bastos – IDDD”.

Em 16/03/2020, tal Instituto peticionou nos autos da ação argumentando que o país sofria com os efeitos da pandemia da Covid-19 e que há uma vulnerabilidade da população prisional, considerando as péssimas condições em que ficam os presos, aliadas à falta de mecanismos de contenção da disseminação da enfermidade. Solicitou, assim, que o STF determinasse que juízes e magistrados adotassem uma série de medidas para proteger a população carcerária dessa doença, analisando a possibilidade de concessão de liberdade condicional, regime domiciliar, progressão de pena e outros benefícios aos presos, especialmente para aqueles que se encontravam no grupo de risco.

Em 18/03/2020, o Ministro Relator Marco Aurélio negou, monocraticamente, seguimento ao pedido formulado pelo ID em virtude de ele não ser parte, mas sim terceiro interessado, o que foi posteriomente referendado pelo Plenário do STF, decidindo que: **o *amicus curiae* não tem legitimidade para propor ação**

direta; logo, também não possui legitimidade para pleitear medida cautelar. Assim, a entidade que foi admitida como amicus curiae em ADPF não tem legitimidade para, no curso do processo, formular pedido para a concessão de medida cautelar (STF. Plenário. ADPF 347 TPI-Ref/DF, rel. Orig. Min. Marco Aurélio, redator para o acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgado em 18/3/2020, Info. 970).

Ademais, o Ministro Marco Aurélio, como relator, tinha determinado de ofício algumas medidas com o intuito de evitar o avanço da Covid-19 dentro de presídios. Mas o Plenário do STF decidiu que **relator não pode de ofício, na ADPF que trata sobre o Estado de Coisas Inconstitucional dos presídios, determinar medidas para proteger os presos da Covid-19,** conforme abaixo explanado:

A decisão do Ministro Relator que, de ofício, na ADPF que trata sobre o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional, determina medidas para proteger os presos da Covid-19 amplia indevidamente o objeto da ação.

> **Info. 970[10], STF** - É certo que no controle abstrato de constitucionalidade, a causa de pedir é aberta. No entanto, o pedido é específico.
> Explicitou não ser possível a ampliação do pedido cautelar já apreciado anteriormente. A Corte está limitada ao pedido. Aceitar a sua ampliação equivale a agir de ofício, sem observar a legitimidade constitucional para propositura da ação.
> Ademais, em que pese a preocupação de todos em relação ao Covid-19 nas penitenciárias, a medida cautelar, ao conclamar os juízes de execução, determina, fora do objeto da ADPF, a realização de megaoperação para analisar detalhadamente, em um único momento, todas essas possibilidades e não caso a caso, como recomenda o Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Nenhum dos pedidos da ADPF 347 está relacionado com as questões inerentes à prevenção do Covid-19 nos presídios.

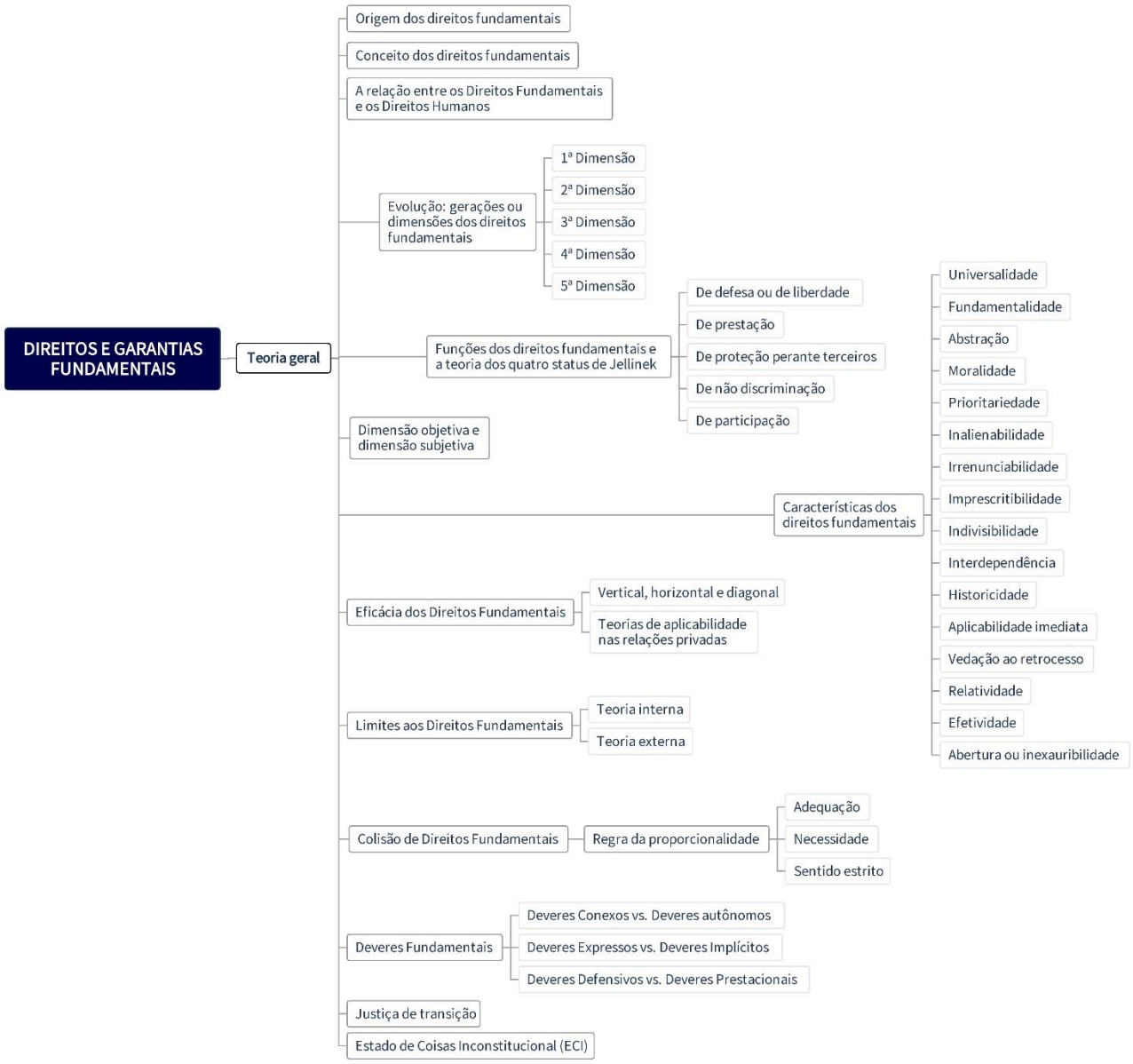
O STF entendeu que, neste momento, o Poder Judiciário deve seguir as recomendações sobre a questão emitidas pelo Conselho Nacional de Justiça, CNJ e por portaria conjunta dos Ministérios da Saúde e da Justiça.

Para evitar a disseminação do novo coronavírus nas prisões, o CNJ recomendou a análise de situações de risco caso a caso.

A Recomendação 62/2020 do CNJ traz orientações aos Tribunais e aos magistrados quanto à adoção de medidas preventivas contra a propagação do Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo.

Disponível em:

[10] https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo970.htm


DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS
Teoria geral
Origem dos direitos fundamentais
Conceito dos direitos fundamentais
A relação entre os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos
Evolução: gerações ou dimensões dos direitos fundamentais
1ª Dimensão
2ª Dimensão
3ª Dimensão
4ª Dimensão
5ª Dimensão
Funções dos direitos fundamentais e a teoria dos quatro status de Jellinek
De defesa ou de liberdade
De prestação
De proteção perante terceiros
De não discriminação
De participação
Dimensão objetiva e dimensão subjetiva
Características dos direitos fundamentais
Universalidade
Fundamentalidade
Abstração
Moralidade
Prioritariedade
Inalienabilidade
Irrenunciabilidade
Imprescritibilidade
Indivisibilidade
Interdependência
Historicidade
Aplicabilidade imediata
Vedação ao retrocesso
Relatividade
Efetividade
Abertura ou inexauribilidade
Eficácia dos Direitos Fundamentais
Vertical, horizontal e diagonal
Teorias de aplicabilidade nas relações privadas
Limites aos Direitos Fundamentais
Teoria interna
Teoria externa
Colisão de Direitos Fundamentais
Regra da proporcionalidade
Adequação
Necessidade
Sentido estrito
Deveres Fundamentais
Deveres Conexos vs. Deveres autônomos
Deveres Expressos vs. Deveres Implícitos
Deveres Defensivos vs. Deveres Prestacionais
Justiça de transição
Estado de Coisas Inconstitucional (ECI)

9 DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CF/88

1.1. Destinatários dos Direitos Fundamentais

> **Art. 5º, CF/88 -** 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:

Nos termos do *caput* do art. 5º da CF/88, **todos os brasileiros – incluindo os brasileiros natos e os naturalizados – são titulares de direitos fundamentais.**

Ademais, **os estrangeiros também estão contemplados como titulares de direitos fundamentais.** Apesar de o texto fazer referência apenas aos estrangeiros residentes no Brasil, já é pacífico o entendimento do STF de que os estrangeiros que não residem no Brasil também são titulares de tais direitos, excepcionando-se algumas situações específicas, como o direito de ajuizar uma ação popular, já que o texto constitucional exige a condição de cidadão, que não se aplica aos estrangeiros.

Modernamente, **as pessoas jurídicas também são titulares de alguns direitos fundamentais,** reconhecendo-se, por exemplo, o direito à indenização por danos morais, o direito à imagem, o direito de propriedade e o direito de sigilo de correspondência. Alguns direitos, inclusive, vêm expressos no rol do art. 5º da CF/88, como o de não interferência estatal no funcionamento das associações (inciso XVIII) e o de não serem dissolvidas compulsoriamente (inciso XIX).

Bernardo Gonçalves Fernandes (2020, p. 390) entende que, embora os direitos fundamentais sejam oponíveis ao Estado (poderes públicos), o próprio poder público pode ser alvo de proteção fazendo uso deles, por exemplo, a impetração de mandado de segurança por um município.

1.2. Aplicabilidade Imediata dos Direitos Fundamentais

> **Art. 5º, § 1º, CF/88 -** As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Sobre o dispositivo acima, Pedro Lenza (2021, p. 1165-1166) resgata a lição de José Afonso da Silva para explicar que o termo "aplicação" não se confunde com "aplicabilidade".

Ter "aplicação imediata" significa que as normas constitucionais são dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua pronta incidência aos fatos, situações, condutas ou comportamentos por elas regulados.

As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são, por regra, de aplicabilidade imediata. Contudo, as normas definidoras de direitos sociais, culturais e econômicos nem sempre o são, pois exigem uma ação positiva por parte do Estado, dependendo de providências posteriores que lhes completem a eficácia e possibilitem a sua aplicação.

Partindo dessa explanação, José Afonso da Silva explica o sentido do art. 5º, §1º da CF/88, afirmando que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais são: em primeiro lugar, aplicáveis até onde

possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento; em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantidas, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado.

Pedro Lenza lembra, então, da existência de duas ações constitucionais aptas a combater a omissão de medidas que tornem efetiva norma constitucional: o mandado de injunção, regulamentado pela Lei n.º 13.300/2016, a ser estudado no capítulo referente aos remédios constitucionais; e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, regulamentada pela Lei n.º 12.063/2009, a ser estudada no capítulo referente ao controle de constitucionalidade. São ações voltadas a combater a **síndrome da inefetividade** das normas constitucionais de eficácia limitada.

Na doutrina, há debates acerca do alcance e significado do art. 5º, §1º da CF/88. Afirmar que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata é uma previsão óbvia, uma vez que a Constituição existe para ser aplicada.

Luis Roberto Barroso (2000, p. 142-143) vem afirmar que, no caso de descumprimento do quanto previsto, remanesce a competência do Poder Judiciário para a sua aplicação. E afirma ainda que eventual ausência de lei integradora de uma norma constitucional de direito fundamental não deve inviabilizar a aplicação integral do preceito constitucional, devendo o juiz concretizá-la, mesmo à luz do direito positivo vigente, conforme art. 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito brasileiro, que afirma: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso conforme a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Dirley da Cunha Jr. (2019, p. 576-579) afirma que a intenção do legislador era nítida em evitar que os direitos fundamentais ficassem ao obséquio do legislador infraconstitucional, tendo o Poder Judiciário, em caso de descumprimento de direito fundamental por omissão legislativa, o poder-dever de aplicar diretamente o preceito definidor do direito em questão, em um verdadeiro controle judicial das omissões do Poder Público. O autor alerta ainda que é sabida a existência de normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais que fixam programas, finalidades e tarefas a serem implementadas pelos órgãos de direção política e que reclamam mediação legislativa, que atribuem a qualidade de norma de eficácia limitada. Contudo, não significa afirmar que tais normas são destituídas de aplicação imediata, mas sim que é exigível apenas um maior esforço de complementação por parte dos órgãos do Poder Judiciário, no exercício da atividade de garantia e efetivação dos direitos fundamentais. O autor assim encerra:

> [...] sublinhamos que, hodiernamente, no âmbito de uma dogmática constitucional transformadora e emancipatória, a questão não está mais em discutir se há ou não aplicação imediata dos direitos fundamentais, que é pressuposta, mas, sim, em como realizar e tornar efetiva essa aplicação imediata. Assim, o problema real que temos de enfrentar é o das medidas imaginadas e imagináveis para a efetivação e concretização imediata desses direitos (CUNHA JR., 2019, p. 580).

1.3. Cláusula de Abertura dos Direitos Fundamentais

> **Art. 5º, § 2º, CF/88 -** 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.

Pelo dispositivo acima transcrito, pode-se afirmar que os direitos fundamentais não se resumem aos tipificados na Constituição Federal. Trata-se, assim, de uma **cláusula de abertura material dos direitos fundamentais,** reconhecendo-se a sua existência para além daqueles formalmente positivados no texto constitucional. Fala-se, assim, em **direitos fundamentais atípicos.**

No Brasil, a cláusula esteve presente em todas as Constituições Republicanas pretéritas (1891, 1934, 1937, 1946, 1967/69), mas foi a atual Constituição que instituiu a mais ampla cláusula de abertura a novos direitos fundamentais na história do constitucionalismo brasileiro.

Conforme Eduardo dos Santos (2022, p. 388-389), **os direitos fundamentais atípicos podem advir diretamente de três fontes:**

- **a) do regime constitucional –** aqui, pode-se falar em regime constitucional *lato sensu*, referindo-se às normas gerais que regulamentam a ordem constitucional como um todo, e regime constitucional *stricto sensu*, referindo às normas gerais do sistema de direitos e garantias fundamentais;
- **b) dos princípios constitucionais** – aqui, faz-se referência aos Princípios Fundamentais do Título I da CF/88, com especial destaque para o princípio da dignidade da pessoa humana, principal matriz jurídico-axiológica dos direitos fundamentais atípicos;
- **c) dos tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil seja signatário –** o tema será abordado adiante, quando da análise do art. 5º, §3º da CF/88, sendo aqueles mais fáceis de identificação.

Ainda de acordo com Eduardo dos Santos (2022, p. 389-392), das três fontes estabelecidas, podem-se apontar quatro possibilidades constitucionais de construção e identificação de direitos fundamentais atípicos:

- **a) direitos e garantias fundamentais positivados expressamente na Constituição**, mas fora do Título II – chamados de direitos fundamentais não enumerados, pois, apesar de se encontrarem na Constituição Federal de 1988, não constam do título específico. Têm-se como exemplos: direito de igual acesso aos cargos públicos (art. 37, I); garantia à motivação das decisões judiciais (art. 93, IX); direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225); direito ao transporte público coletivo gratuito aos maiores de 65 anos (art. 230, §2º), dentre outros;
- **b) direitos e garantias fundamentais não positivados expressamente na Constituição**, mas implicitamente nela contidos – chamados de direitos fundamentais implícitos, pois, apesar de não estarem positivados expressamente na Constituição, decorrem de interpretação extensiva de algum direito expressamente posto. Têm-se como exemplos: a garantia fundamental do duplo grau de jurisdição, implícita ao devido processo legal (previsto no art. 5º, LIV, da CF/88), ao contraditório e a ampla defesa; direito fundamental ao sigilo dos dados bancários, implícito ao direito à privacidade e ao direito à intimidade (ambos positivados no art. 5º, X, da CF/88), dentre outros;
- **c) direitos e garantias fundamentais decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição** – chamados de direitos fundamentais atípicos *stricto sensu*, advindos do reconhecimento e criação judicial de direitos e garantias fundamentais decorrentes direta e exclusivamente do regime e dos princípios adotados pela Constituição. São exemplos: os direitos fundamentais à resistência e à desobediência civil e o direito fundamental à busca da felicidade, dentre outros;
- **d) direitos e garantias fundamentais advindos dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte** – são os direitos humanos fundamentais, bastando estarem previstos em tratados ou convenções internacionais de direitos humanos do qual o Brasil seja signatário. Serão tratados no tópico a seguir, mencionando-se, como exemplo, o direito a não ser

submetido à prisão civil por dívida, salvo pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia; e o direito ao nome.

Assim, pode-se sintetizar os direitos fundamentais atípicos nos seguintes moldes:

DIREITOS FUNDAMENTAIS ATÍPICOS "LATO SENSU"	
Direitos Fundamentais não enumerados	Previstos na Constituição Federal, mas foram do título específico;
Direitos Fundamentais implícitos	Não estão positivados expressamente na CF/88, mas decorrem de interpretação extensiva;
Direitos Fundamentais atípicos "stricto sensu"	Advêm do reconhecimento e criação judicial de direitos e garantias fundamentais
Direitos Humanos Fundamentais	São previstos nos tratados e convenções internacionais de direitos humanos

QUESTÃO DE CONCURSO

(**MPE-RS – 2021 – MPE-RS – Promotor de Justiça)** A cláusula de abertura do sistema de direitos fundamentais da Constituição Federal, prevista no artigo 5º, § 2º, incorporou o conceito material de direitos fundamentais, permitindo a dedução hermenêutica de direitos fundamentais a partir de normas que estejam dispersas no texto constitucional.

Gabarito: CORRETO.

1.4. Tratados Internacionais de Direitos Humanos

> **Art. 5º, § 3º, CF/88 -** 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.

O Poder Constituinte Derivado Reformador, por meio da Emenda Constituição n.º 45/2004, inseriu o art. 5º, §3º, ao texto constitucional, estabelecendo que as normas previstas em tratados internacionais de direitos humanos devem ingressar no ordenamento jurídico brasileiro com hierarquia de normas constitucionais.

Assim, têm-se um requisito material e um requisito formal para que os tratados internacionais sejam equivalentes às emendas constitucionais:

- como **requisito material:** que o tratado verse sobre direitos humanos;

- como **requisito formal:** que seja aprovado em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, pela maioria qualificada de três quintos dos respectivos membros.

Atribuindo-se a tais tratados o *status* formal constitucional, pode-se afirmar que tais documentos podem ser parâmetro de controle de constitucionalidade, compondo o chamado **bloco de constitucionalidade.**

Contudo, inúmeras discussões foram geradas acerca da natureza dos tratados incorporados antes da promulgação da EC nº 45/2004.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 349.703, pacificou a questão ao firmar os seguintes entendimentos:

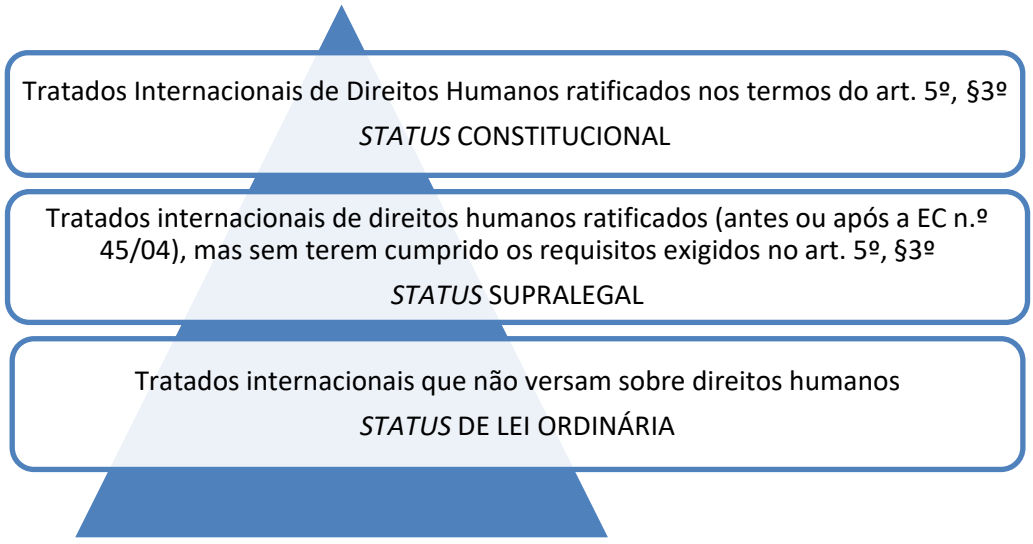
Os tratados internacionais de direitos humanos ratificados nos termos do art. 5º, §3º, da CF/88, possuem status constitucional. Por tal motivo, integram o chamado bloco de constitucionalidade, por servirem de parâmetro para aferição da constitucionalidade das normas infraconstitucionais;

Os tratados internacionais de direitos humanos ratificados antes da Emenda Constitucional n.º 45/2004 não foram recepcionados como normas constitucionais, possuindo *status* de norma supralegal (tese da supralegalidade). Ou seja, tais tratados são hierarquicamente superiores à lei, encontrando-se, contudo, abaixo da Constituição. Com isso, elas são dotadas de eficácia paralisante, impedindo a vigência das leis que porventura contrariem as suas disposições. Frise-se que tais tratados, por não possuírem *status* de norma constitucional, não podem ser parâmetro de controle de constitucionalidade;

Os tratados internacionais de direitos humanos ratificados após a EC nº 45/2004, mas que não cumpriram os requisitos estabelecidos pelo art. 5º, §3º, da CF/88, também possuem *status* de norma supralegal;

Por fim, os tratados internacionais que não versam sobre direitos humanos, equiparam-se às leis ordinárias.

Assim, em síntese, tem-se que:



QUESTÃO DE CONCURSO

(**FGV – 2022 – MPE-GO – Promotor de Justiça Substituto)** A República Federativa do Brasil celebrou tratado internacional, direcionado à proteção de determinado grupo minoritário. Nesse ajuste, os Estados-partes assumiram a obrigação de adotar medidas internas voltadas ao reconhecimento de direitos de liberdade e de direitos prestacionais. À luz da sistemática vigente, mais especificamente do entendimento do Supremo Tribunal Federal, esse tratado internacional, após a aprovação do Congresso Nacional, pode ser incorporado à ordem interna: apenas como emenda constitucional ou norma supralegal.

Gabarito: CORRETO.

1.4.1. Incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos ao Direito brasileiro

O processo de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos ao Direito brasileiro baseia-se na **teoria dos atos complexos** (ou teoria da junção de vontades), uma vez o procedimento contempla a participação dos Poderes Executivo e Legislativo. Tratam-se de dois Poderes atuando na formação de vontade.

O procedimento é baseado nos seguintes dispositivos constitucionais:

> **Art. 84, CF/88 -** Compete privativamente ao Presidente da República:
> **VII** - manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos;
> **VIII** - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;
>
> **Art. 49, CF/88 -** É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
> **I** - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

O procedimento de incorporação dos tratados internacionais passa por quatro fases:

1) FASE DE ASSINATURA

A fase de assinatura tem início com as negociações acerca do conteúdo do documento a ser celebrado. Não vem disciplinado expressamente na Constituição, mas pode-se afirmar que é decorrência implícita do art. 84, VIII, do texto constitucional, que afirma que compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais.

A assinatura do tratado ainda não vincula o Estado ao cumprimento do quanto proposto, nem na esfera nacional, nem na esfera internacional. Contudo, o Estado, pautado pelo princípio da boa-fé, deve abster-se da prática de atos que frustrem o objeto e a finalidade do tratado.

2) FASE CONGRESSUAL

A fase congressual será iniciada na Câmara dos Deputados, levando-se em consideração o tratamento analógico extraído a partir da leitura do art. 64 da CF/88, que afirma que a discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República terão início naquela Casa.

Após o processo de votação, verificando-se a aprovação da matéria em ambas as Casas Legislativas – Câmara dos Deputados e Senado Federal – será publicado o decreto legislativo, que segue acompanhado pelo texto do tratado. A publicação dá-se no Diário Oficial da União.

Caso a matéria seja rejeitada, comunica-se o Presidente da República mediante mensagem.

3) FASE DE RATIFICAÇÃO

A ratificação é ato discricionário do Presidente da República. No caso de tratados que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, exige-se autorização prévia do Congresso Nacional. Registre-se que não precisam passar pelo Congresso Nacional os chamados Acordos Executivos, como os tratados interpretativos, os tratados suplementares etc.

Prevalece o entendimento de que o Congresso Nacional pode fazer reservas ao tratado, que vincularia o Presidente da República. Não pode, contudo, realizar emendas.

O Presidente da República, no momento da ratificação, também pode opor reservas ao tratado, sem necessidade, contudo, de submetê-las ao Congresso Nacional.

Verifica-se, assim, que a ratificação no ordenamento pátrio consiste em um ato complexo, uma vez que dois órgãos devem se manifestar. O instrumento hábil para a autorização da ratificação dada pelo Congresso Nacional é o decreto-legislativo. Já a ratificação em si se dá por decreto presidencial.

4) FASE DE PROMULGAÇÃO

Por fim, tem-se a fase de promulgação, exteriorizada mediante a publicação do decreto presidencial. A partir do decreto de promulgação, o tratado internacional entra em vigor no plano interno.

Por fim, frise-se que, até a presente data, foram incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro as seguintes Convenções internacionais:

1) Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e do seu Protocolo Facultativo;

2) Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso;

3) Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância.

QUESTÕES DE CONCURSO

(**CESPE/CEBRASPE – 2022 - PC-RJ - Delegado de Polícia)** Os tratados internacionais de direitos humanos, após a EC n.º 45/2004, devem seguir o mesmo procedimento de emenda à Constituição para que possam ser incorporados ao direito brasileiro.

Gabarito: ERRADO.

Resolução: os tratados internacionais de direitos humanos podem ou não ser incorporados ao ordenamento jurídico pátrio de acordo com os procedimentos previstos para a emenda constitucional. Caso cumpram tal procedimento, eles serão, conforme art. 5º, §3º, da CF/88, equivalentes às emendas constitucionais. Do contrário, serão considerados normas supralegais.

(FGV – 2022 - MPE-GO - Promotor de Justiça Substituto) A República Federativa do Brasil celebrou tratado internacional, direcionado à proteção de determinado grupo minoritário. Nesse ajuste, os Estados-partes assumiram a obrigação de adotar medidas internas voltadas ao reconhecimento de direitos de liberdade e de direitos prestacionais. À luz da sistemática vigente, mais especificamente do entendimento do STF, esse tratado internacional, após a aprovação do Congresso Nacional, pode ser incorporado à ordem interna: apenas como emenda constitucional ou norma supralegal.

Gabarito: CORRETO.

1.5. O Tribunal Penal Internacional

> **Art. 5º, § 4º, CF/88 -** O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

O Tribunal Penal Internacional (TPI) foi criado pelo Estatuto de Roma e possui sede em Haia (Países Baixo), sendo uma instituição permanente com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de

maior gravidade com alcance internacional, como instituição complementar às jurisdições penais internacionais.

O art. 5º do Estatuto de Roma fixa as competências do TPI, informando que se restringirá aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, prevendo os seguintes:

- crime de genocídio;

- crime contra a humanidade;

- crimes de guerra;

- crime de agressão.

São estabelecidas, ainda, as condições prévias ao exercício da jurisdição da TPI, afirmando, inicialmente, que:

- o Estado que se torne parte no Estatuto aceitará a jurisdição da TPI relativamente aos crimes da sua competência;

- os crimes devem ter ocorrido após 1º de julho de 2002, data de entrada em vigor do Estado, o que demonstra a adoção do **princípio da anterioridade (irretroatividade);**

- devido à característica da subsidiariedade **(princípio da subsidiariedade ou complementaridade)** da TPI, as instâncias judiciais internas devem ter falhado durante o procedimento de persecução penal no caso;

- os crimes devem ter sido cometidos no território de um Estado parte ou por um nacional de um Estado parte, podendo, ainda, esta aderência se dar mediante declaração específica por Estado não contratante caso o crime tenha ocorrido no seu território ou for cometido por seu nacional, ou ainda, ter o Conselho de Segurança das Nações Unidades adotado resolução vinculante adjudicando o caso ao TPI, independentemente de o Estado onde ocorreu o crime ou do qual o autor é nacional ter ratificado o Estatuto de Roma.

Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, nos termos do Estatuto, a menos que a sua conduta constitua, no momento em que tiver lugar, um crime da competência do Tribunal ***(nullum crimen sine lege).*** Além disso, qualquer pessoa condenada pelo Tribunal só poderá ser punida em conformidade com as disposições do Estatuto ***(nulla poena sine lege).***

Ademais, outros princípios – além dos já mencionados – regem o TPI:

a) Responsabilidade penal internacional individual – o TPI será competente para julgar pessoas físicas, sendo que quem cometer um crime da competência do Tribunal, será considerado individualmente responsável, podendo ser punido de acordo com o Estatuto;

b) Imprescritibilidade – os crimes de competência do TPI não prescrevem;

c) Universalidade – não são admitidas reservas ao Estatuto. Assim, ou os Estados se submetem à íntegra do Estatuto de Roma, ou não se submetem a ele, não sendo possível fazerem reservas sobre certos casos ou certas normas;

d) *Ne bis in idem* – sobre tal princípio, reproduz-se o art. 20 do Estatuto de Roma:

Art. 20, Estatuto de Roma - Ne bis in idem

> 1. Salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido.
> **2.** Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal.
> **3.** O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos artigos 6o, 7o ou 8o, a menos que o processo nesse outro tribunal:
> **a)** Tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou
> **b)** Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça.

e) Exclusão da Jurisdição Relativamente a menores de 18 anos – o TPI não terá jurisdição sobre pessoas que, à data da alegada prática do crime, não tenham ainda completado 18 anos de idade.

f) Irrelevância da função oficial – aplica-se o Estatuto de Roma de forma igual a todas as pessoas, sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do Estatuto, nem constituirá de per se motivo de redução da pena. O Estatuto afirma ainda que as imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa, nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o TPI exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa.

1.5.1. A Entrega (Surrender)

A entrega é um ato pelo qual um determinado Estado entrega uma pessoa para ser julgada pelo TPI, quando competente para julgá-lo ou puni-lo em virtude do cometimento de crimes previstos no Estatuto de Roma.

A entrega diferencia-se da extradição. Enquanto esta – a extradição – se dá entre Estados soberanos, a entrega se dá de um Estado soberano para um Tribunal Internacional do qual esse Estado faz parte. O Estado pode entregar, portanto, tanto estrangeiros quanto nacionais, pois não há ruptura da soberania, já que houve adesão voluntária ao tratado internacional do qual faça parte.

Sobre a extradição, será estudado adiante que o art. 5º, LI, da CF/88, proíbe a extradição de brasileiros natos, admitindo-se a extradição de brasileiros naturalizados apenas em casos de crime comum praticado antes da naturalização ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. É vedado, portanto, a extradição de brasileiros, admitindo-se hipóteses excepcionais no caso de brasileiro naturalizado.

Deve-se questionar: **é possível a entrega de brasileiro ao TPI?**

Bernardo Gonçalves Fernandes esclarece: “no caso de entrega, podemos ter brasileiros, mesmo natos, sendo conduzidos ao TPI. Certo é que, caso exista concorrência de pedidos (entrega e extradição), a entrega deverá ter preferência sobre a extradição” (2020, p. 730).

2. DIREITO À VIDA

Art. 5º, III, CF/88 - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou

degradante;

O direito à vida é previsto de forma genérica no *caput* do art. 5º da CF/88 e abrange o **direito de não ser morto (dimensão negativa),** exigindo-se que Estado e particulares não intervenham no seu âmbito de proteção e o **direito de ter uma vida digna (dimensão positiva),** exigindo-se que o Estado e toda a sociedade assegurem a todos os indivíduos o acesso a bens fundamentais e a condições minimamente dignas de vida).

A CF/88 não dispõe expressamente sobre o início da vida humana. A Convenção Americana de Direitos Humanos, por outro lado, determina que o direito à vida deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção.

Consectário lógico do direito à vida é a proibição de pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX, da CF/88. Não poderia haver instituição de pena de morte no Brasil por emenda constitucional, tratando-se de um limite material ao poder constituinte derivado reformador.

Aliás, conforme estudado em Poder Constituinte, verifica-se a existência de limites até mesmo ao Poder Constituinte Originário (estabelecidos por princípios de Justiça – suprapositivos e supralegais – e por princípios de direito internacional – autodeterminação, observância dos direitos humanos etc.), o que impossibilitaria a instituição de pena de morte até mesmo no caso de elaboração de uma nova Constituição, conforme entendimento compartilhado, por exemplo, por J. J. Gomes Canotilho.

Sobre o direito de ter uma vida digna, o texto constitucional garante as necessidades vitais básicas do ser humano, proibindo, por exemplo, a tortura e o tratamento desumano ou degradante.

Há algumas questões controvertidas no que se refere ao direito à vida que merecem análise.

2.1. Questões Controvertidas sobre o Direito à Vida

Alguns temas polêmicos já foram submetidos ao STF, envolvendo pautas que podem ser entendidas como **desacordos morais razoáveis**, que são questões complexas e polêmicas existentes no tecido social para as quais há possibilidade de se admitir solução diametralmente oposta. Tais desacordos morais razoáveis ganham maior relevância, sobretudo, nas chamadas sociedades complexas e plurais.

Nesse sentido, seguem as considerações sobre questões controversas relacionadas ao direito à vida:

a) Células-tronco embrionárias – na ADI 3.510, discutia-se a constitucionalidade de alguns dispositivos da Lei da Biossegurança, a qual regulamenta pesquisas com células-troncos e o uso de embriões humanos. O STF, no julgado, definiu:

não há que se falar em titularidade de um direito à vida antes do nascimento com vida, havendo, porém, uma proteção constitucional da vida intrauterina decorrente da dignidade da vida humana em potencial;

para a vida extrauterina, ou seja, embriões derivados de fertilização artificial, não há que se falar em aborto, uma vez que não se encontram no interior do útero da mulher;

as pesquisas com células-tronco embrionárias foram consideradas constitucionais, desde que atendidas as exigências estabelecidas na Lei de Biossegurança, destacando-se que:

sejam para fins de pesquisa e terapia;

apenas aquelas fertilizadas *in vitro*;

realizadas em embriões inviáveis ou congelados há três anos ou mais;

haja o consentimento dos monitores;

sujeitem-se à apreciação e aprovação de comitês de ética em pesquisa;

vedando-se a comercialização, consistindo em crime a sua prática.

b) Interrupção de gravidez nos casos de gestação de feto anencéfalo – na ADPF 54, o STF, enaltecendo o direito à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, julgou procedente pedido formulado para declarar a inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção de gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada no Código Penal. Ou seja: **não é crime a interrupção de gravidez nos casos de gestação de feto anencéfalo.**

Posteriormente, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução 1.989/2012, dispondo sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto, sendo este o pressuposto fático fundamental para a realização do procedimento.

c) Interrupção voluntária de gestação no primeiro trimestre – no HC 124.306, discutiu-se a constitucionalidade da tipificação penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. A 1ª Turma do STF, em decisão capitaneada pelo Min. Luís Roberto Barroso, decidiu que, neste caso, a tipificação do aborto é inconstitucional por: violar os direitos fundamentais da mulher (notadamente os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, a autonomia da mulher, a integridade física e psíquica da mulher e a igualdade da mulher); violar o princípio da proporcionalidade; pelo fato de a criminalização impactar sobretudo as mulheres pobres; e por ir contrariamente às políticas sociais, econômicas e de saúde pública dos países desenvolvidos e democráticos.

Sobre o marco definido, Barroso afirmou que "durante esse período, o córtex cerebral – que permite que o feto desenvolva sentimentos e racionalidade – ainda não foi formado, nem há potencialidade de vida fora do útero".

Deve-se atentar, contudo, ao fato de que a interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre não deixou de ser considerada crime no direito brasileiro, pois se está diante de uma questão incidental decidida pela 1º Turma do STF como fundamento para a concessão de *habeas corpus* de ofício para o afastamento de prisão preventiva. Não se fala, então, em caráter vinculante da decisão.

O tema é polêmico e delicado, devendo os estudiosos estarem atentos à evolução da jurisprudência do STF ou eventual alteração legislativa contemplando a hipótese.

A legislação infraconstitucional, por enquanto, só contempla duas hipótese em que o aborto não é considerado crime, fixando, assim, causas especiais de exclusão de ilicitude (aborto legal):

- aborto necessário ou terapêutico, praticado por médico por ser o único meio de salvar a vida da gestante, nos termos do art. 128, I, do Código Penal;

- aborto sentimental ou humanitário, praticado por médico no caso de gravidez resultante de estupro, nos termos do art. 128, II do Código Penal, devendo haver consentimento da gestante ou, quando incapaz, do seu representante legal.

d) Distanásia, esutanásia, suicídio assistido e ortotanásia – algumas questões estão relacionadas ao direito a uma vida digna, abarcando o direito de dispor sobre a própria vida e de "morrer com dignidade".

Abaixo, seguem os casos explanados, alertando-se que são temas demasiadamente polêmicos:

DIREITO À VIDA DIGNA E EVENTUAL DIREITO À MORTE DIGNA	
DISTANÁSIA	Também chamada de obstinação terapêutica, caracteriza-se por um excesso de medidas que impõem sofrimento e dor à pessoa doente, sendo que as ações médicas não são capazes de interromper ou modificar o grave quadro em que se encontra. Seria, assim, um tratamento inútil que retarda a morte e prolonga o sofrimento do paciente. A Resolução 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina permite ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou do seu representante legal.
EUTANÁSIA	Consiste em abreviar a vida de doente incurável ou terminal, diminuindo a sua dor ou sofrimento. Pode ser: a) voluntária, quando há expresso e informado consentimento; b) não voluntária, quando se realiza sem o conhecimento da vontade do paciente; c) involuntária, quando se realiza contra a vontade do paciente, sendo consenso jurídico que aqui há um ato criminoso. Pode ser ainda: ativa, quando há ação deliberada de matar, utilizando-se, por exemplo, algum medicamento ou suprimindo tratamento já iniciado; passiva, consistente na omissão de algum tratamento que poderia assegurar a continuidade da vida, caso ministrado. Atualmente, a eutanásia é considerada crime no Brasil, previsto no art. 121, §1º, do Código Penal, definido como homicídio privilegiado, sendo causa de diminuição de pena. O STF ainda não apreciou a matéria da eutanásia.
SUICÍDIO ASSISTIDO	Trata-se de situação em que o paciente encontra-se em estágio terminal e é assistida para a implementação da morte, praticando ela mesma todos os atos necessários que a levarão à morte.
ORTOTANÁSIA	Trata-se da morte no seu tempo adequado, não combatida como os métodos excepcionais e desproporcionais utilizados na distanásia, nem apressada por ação externa interncional, como na eutanásia. Trata-se de uma aceitação da morte, considerada, por alguns doutrinadores, como prática sensível ao processo de humanização da morte.

Interessante questão foi cobrada na prova de concurso para Defensor Público do Paraná, em 2022:

QUESTÃO DE CONCURSO

(**INSTITUTO AOCP – 2022 – DPE-PR – Defensor Público)** Considere o seguinte excerto:

"O direito à vida engloba diferentes facetas que vão desde o direito de nascer, de permanecer vivo, e de defender a própria vida e, com discussões cada vez mais agudas em virtude do avanço da medicina, sobre o ato de obstar o nascimento do feto, decidir sobre embriões congelados e ainda optar pela própria morte. Tais discussões envolvem aborto, pesquisas científicas, suicídio assistido e eutanásia[...]" RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 6ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

Em relação ao tema expresso no excerto, analise as assertivas a seguir e assinale a alternativa correta.

I. Apesar de a Constituição Federal não dispor expressamente sobre o início da vida humana, a Convenção Americana de Direitos Humanos determina que o direito à vida deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção.

Gabarito: CORRETO.

II. De acordo com o Supremo Tribunal Federal, é inconstitucional a interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefálico é conduta tipificada nos arts. 124, 126, e 128, I e II do Código Penal Brasileiro (que tipificam o crime de aborto provocado pela gestante, aborto provocado por terceiro com consentimento da gestante, aborto necessário e aborto no caso de gravidez resultante de estupro, respectivamente).

Gabarito: CORRETO

III. A eutanásia, conhecida como o ato de dar fim à vida de pessoa que esteja acometida por enfermidade em estado terminal, no intuito de se interromper os sofrimentos a que está submetida por longo período, é permitida no Brasil, por se tratar de "morte doce", não havendo que se falar, nesse caso, de violação ao direito à vida previsto no caput do art. 5º da Constituição Federal.

Gabarito: INCORRETO

Justificativa: atualmente, a eutanásia é considerada crime no Brasil, previsto no art. 121, §1º, do Código Penal, definido como homicídio privilegiado, sendo causa de diminuição de pena.

O STF ainda não apreciou a matéria da eutanásia.

IV. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal já concedeu *habeas corpus* considerando que o aborto realizado até o terceiro mês de gravidez deve ser considerado fato atípico, pois a sua criminalização violaria os direitos sexuais reprodutivos da mulher, a liberdade da mulher, a integridade física e psíquica da gestante e a igualdade da mulher, visto que os homens não engravidam.

Gabarito: CORRETO

3. DIREITO À PRIVACIDADE

> **Art. 5º, X, CF/88** - 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;

O direito à privacidade abrange o direito de estar só, a proteção contra a exposição, o direito de ter a sua vida íntima e privada protegida contra intromissões, o direito ao segredo, ao sigilo, além da proteção à honra, à imagem e aos dados pessoais.

A partir da leitura do inciso X do art. 5º, depreende-se que a privacidade é gênero, do qual são espécies a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem.

Além destes, serão analisados ainda, neste tópico, os seguintes temas: a inviolabilidade domiciliar; o direito ao sigilo de correspondência, de dados e das comunicações telefônicas; e a proteção aos dados pessoais.

3.1. Direito à intimidade

A intimidade está relacionada à própria essência da pessoa, ao seu círculo mais reservado. Reflete as opções, ações e relações mais íntimas e pessoais do indivíduo, envolvendo a sua própria identidade, autoestima, autoconfiança, suas relações sexuais, amorosas e afetivas como um todo.

Compõem, enfim, a parte interna (nuclear) do direito à privacidade.

3.2. Direito à vida privada

A vida privada refere-se à relação do indivíduo com o meio social no qual se insere, englobando as relações familiares, afetivas, negociais etc. Os seus aspectos individuais são estendidos às pessoas com as quais o titular opta por ter relações.

Compõem, enfim, a parte externa (periférica) do direito à privacidade.

Quanto menos interesse público recair sobre a vida privada, mais proteção ela recebe.

Sob a ótica da proteção aos direitos à intimidade e à privacidade, inclusive, o STF definiu que é inconstitucional norma estadual que determina a hospitais, casas de saúde e maternidades a coleta compulsória de material genético de mães e bebês na sala de parto e o subsequente armazenamento à disposição da Justiça para o fim de evitar a troca de recém-nascidos nas unidades de saúde.

Tal previsão, além de violar os direitos à intimidade e à privacidade, viola também os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, na dimensão da proibição do excesso.

Assim, o STF fixou a seguinte tese:

> **ADI 5.545/RJ[11], STF** - É inconstitucional a lei estadual que preveja o arquivamento de materiais genéticos de nascituros e parturientes, em unidades de saúde, com o fim de realizar exames de DNA comparativo em caso de dúvida. (STF. Plenário. ADI 5.545/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 13/4/2023, Info 1090)

3.3. Direito à honra e imagem

Sobre o direito à honra, Bernardo Gonçalves Fernandes esclarece:

> O direito à honra está ligado ao valor moral do sujeito, bem como à consideração social, seu nome, fama, refletindo, assim, a própria dignidade pessoal através dos outros. É comum a

Disponível em:

[11] https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4998973

> divisão entre **honra subjetiva**, representando o sentimento de autoestima do indivíduo, e **honra objetiva**, significando, por sua vez, o conceito social que o indivíduo possui (reputação no meio social) (FERNANDES, 2020, p. 575).

Assim, o **direito à honra** recebe um tratamento bipartido:

- **honra subjetiva –** representa o sentimento de autoestima do indivíduo;

- **honra objetiva –** significa o conceito social que o indivíduo possui, a sua reputação no meio social;

O **direito à imagem**, ainda segundo Bernardo Gonçalves Fernandes (2020, p. 575), também recebe um tratamento bipartido, a saber:

- **imagem-retrato** – direito à reprodução gráfica do sujeito, seja total, seja parcial;

- **imagem-atributo –** conjunto de atributos cultivados pelo indivíduo e reconhecidos pelo meio social.

Mas acrescente-se que a doutrina apresenta, ainda, o direito à **imagem-voz**, que se relaciona com o timbre sonoro que serve para a identificação da pessoa, podendo-se mencionar o caso do saudoso locutor Lombardi, que fazia parte do progama de Sílvio Santos.

ATENÇÃO

DIREITO AO ESQUECIMENTO

Um dos recentes e importantes temas relacionados à proteção do direito à imagem, honra, privacidade e outros aspectos dos direitos fundamentais (como o direito à liberdade de expressão e pensamento) é o chamado direito ao esquecimento.

Abaixo, são reproduzidos dois importantes julgamentos:

1) **No âmbito do STF,** fixou-se a seguinte tese: "É 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 das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível" (Plenário. STF. RE 1010606/RJ, julgado em 11/02/2021);

2) **No âmbito do STJ**, extrai-se o seguinte excerto: "Existindo evidente interesse social no cultivo à memória histórica e coletiva de delito notório, incabível o acolhimento da tese do direito ao esquecimento para proibir qualquer veiculação futura de matérias jornalísticas relacionadas ao fato criminoso cuja pena já se encontra cumprida. O chamado direito ao esquecimento, apesar de ser reconhecido pela jurisprudência, não possui caráter absoluto. Em caso de evidente interesse social no cultivo à memória histórica e coletiva de delito notório, não se pode proibir a veiculação de matérias jornalísticas relacionados com o fato criminoso, sob pena de configuração de censura prévia, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio. Em tal situação, não se aplica o direito ao esquecimento" (STJ, 3ª Turma. Resp 1.736.803-RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 28/04/2020, Info. 670).

QUESTÕES DE CONCURSO

(**FCC – 2021 - DPE-AM - Defensor Público)** Em 2004, foi veiculado um programa televisivo que dramatizava um brutal assassinato ocorrido em 1958, o que levou familiares da vítima a ajuizar uma ação com a pretensão de reparação de danos morais, materiais e à imagem decorrentes da exibição do programa, sustentando o direito ao esquecimento em relação à tragédia familiar ocorrida há tanto tempo. O pedido foi indeferido em primeira e segunda instância e, em recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal firmou a tese em repercussão geral que o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal, se 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, mas 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.

Gabarito: CORRETO.

(MPE-SP – 2022 – MPE-SP – Promotor de Justiça Substituto) Para o Supremo Tribunal Federal, o direito ao esquecimento não se coaduna com a Constituição, assim compreendido como o poder de obstar, em razão da passagem de tempo, a divulgação de fatos ou dados, verídicos ou não, publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais.

Gabarito: INCORRETO.

Resolução: a jurisprudência do STF faz referência à divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social, analógicos ou digitais. Fatos inverídicos não estão amparados, o que torna a assertiva incorreta.

3.4. Inviolabilidade domiciliar

> **Art. 5º, XI, CF/88** - 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, durante o dia, por determinação judicial;

Quando se trata da cláusula de inviolabilidade domiciliar, deve-se realizar uma leitura ampliativa do termo “casa”, não se restringindo à residência do indivíduo. A proteção ao domicílio é ampla, abrangendo todo espaço físico onde o indivíduo exerça sua privacidade de diversas formas possíveis, seja através do uso como moradia, repouso ou exercício da profissão, desde que se trate de compartimento não aberto ao público.

Assim, **o conceito de domicílio envolve**:

Pátio, quintal, área de lazer e congêneres - uma vez que são partes integrantes da casa, são protegidas pela inviolabilidade domiciliar, ainda que não estejam cercadas por muros ou cercas. A proteção não engloba, por outro lado, campos abertos, terrenos baldios e congêneres;

***Trailers*, *motor homes*, cabine de caminhão, cabine de barcos, barracas e afins –** quando destinados à moradia e ao descanso privado, ainda que transitoriamente, serão protegidos pela inviolabilidade domiciliar. Interessante registrar que, quando os veículos estiverem em movimento, poderão passar pelas revistas e inspeções gerais a que se submetem todos os veículos;

Quartos de hotel, motel, pensão, hospedaria e similares – quando ocupados, são considerados domicílios para fins de proteção constitucional;

Escritório, consultório, gabinete de trabalho e similares direcionados ao exercício profissional – quando ocupados, são protegidos pela cláusula de inviolabilidade domiciliar. Segundo a jurisprudência do stf, contudo, se esses locais não estiverem ocupados por alguma pessoa no momento da diligência, não serão equiparadas a domicílio. Nesse sentido, por exemplo, a suprema corte julgou válida a implantação de escutas ambientais, pela polícia, em cumprimento à ordem judicial, realizada no período noturno (stf, inquérito 2.424/rj). A escuta ambiental não se submete às mesmas situações que a busca, sendo que, para sua legalidade, basta a existência de uma ordem judicial fundamentada.

O próprio constituinte estabeleceu hipóteses excepcionais em que são permitidas violações ao domicílio, a saber:

Em caso de flagrante delito, desastre e para prestar socorro, durante o dia e a noite – quanto ao flagrante delito, há uma ordem de sucessão de fatos que deve ser respeitada, a saber: primeiro, deve ocorrer o flagrante; após, pode ocorrer a entrada em domicílio. Neste sentido, não se admite que a autoridade invada o domicílio para, só após, verificar se houve ou não conduta criminosa. Sendo ilícita a invasão, as provas dela decorrentes também o serão.

QUESTÃO DE CONCURSO

(**FCC – 2019 – MPE-MT – Promotor de Justiça Substituto)** A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial 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.

Gabarito: CORRETO.

Mas lembre-se que a proteção constitucional à inviolabilidade domiciliar pressupõe que a pessoa a utilize para fins de moradia, ainda que de forma transitória. Nesse contexto, **o STJ afirmou que não é nula a invasão feita sem mandado judicial se há suspeitas de que o local é usado exclusivamente para armazenar e/ou traficar drogas e armas, não havendo a sua utilização como moradia** (STJ, HC 588.445 e HC 675.314);

O STJ já decidiu também que, havendo elementos suficientes da prática de crime permanente, é legítima a entrada de policiais em domicílio particular sem mandado judicial, mas com autorização de parente hospedado no local (STJ, RHC 141.544).

durante o dia, por determinação judicial – a mitigação da cláusula de reserva domiciliar por meio de mandado judicial só se aplica durante o dia.

Por dia, a doutrina e a jurisprudência fixaram os seguintes critérios:

a) critério físico-astronômico – equivalente ao lapso temporal entre o crepúsculo e a aurora;

b) critério cronológico – há duas situações: aquela aplicada por analogia ao CPC, considerando-se das 6h às 20h; e outra considerada das 06h às 18h;

c) critério misto – junção dos dois critérios anteriores.

Há divergência quanto à adoção do critério mais adequado.

3.5. Direito ao sigilo de correspondência, de dados e das comunicações telefônicas

Art. 5º, XII, CF/88 - 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;

O **sigilo da correspondência** é fundamental na proteção do direito à privacidade e da liberdade de expressão, devendo-se resguardar o segredo e a intimidade das informações trocadas, não podendo sofrer intromissões de terceiros particulares, mesmo que no exercício de uma função ou serviço público, e até mesmo do Estado.

As encomendas estão abrangidas pela correspondência, sendo inconstitucional a obtenção de prova mediante abertura de carta, telegrama, pacote e encomendas em geral, sem autorização judicial ou fora das hipóteses admitidas no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, o STF afirmou que a administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, excepcionalmente, e desde que respeitado o art. 41 da Lei de Execução Penal (LEP), interceptar a correspondência dos presos, uma vez que a inviolabilidade do sigilo de correspondência não pode ser instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.

Ressalte-se, ainda, o art. 240, §1º do CPP, verificando-se que, em casos de busca e apreensão domiciliar autorizadas pelo Poder Judiciário, é possível a apreensão de todos os objetos necessários à prova do crime.

Assim, e conforme destacado por Eduardo dos Santos (2022, p. 534), é possível a restrição ao direito à privacidade do alvo da investigação, mediante a abertura de correspondência e encomenda (STJ, REsp. 1.486.187), acesso à mensagem em computador (STF, RE 418.416) ou de celular (STJ 75.800), sem a necessidade de nova autorização judicial específica para isso, uma vez que o próprio mandado de busca e apreensão constituiu autorização para a quebra do sigilo.

Quanto ao **sigilo de dados**, verifica-se a proteção constitucional conferida aos dados sensíveis, com vistas à proteção do sigilo de informações telefônicas, bancárias, fiscais e outros dados referentes à sua intimidade e vida privada.

Faz-se necessário algumas considerações acerca do sigilo de dados bancários, dados fiscais, dados telefônicos e dados informáticos (telemáticos).

SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS

Conforme Eduardo dos Santos, "é direito fundamental atípico implícito aos direitos fundamentais à privacidade (art. 5º, X, da CF/88) e ao sigilo de dados pessoais (art. 5º, XII, da CF/88), podendo-se afirmar que se trata de exigência implícita a esses direitos" (2022, p. 535).

Quando à proteção do sigilo de dados bancários, destacam-se os seguintes entendimentos do STF:

- **é inconstitucional a quebra de sigilo de dados bancários sem autorização judicial em processos penais,** o que torna a prova ilícita (HC 90.298);

- **é constitucional a quebra do sigilo fiscal de contribuintes sem autorização judicial por órgãos da administração tributária,** nos termos da LC 105/2001. Para a Suprema Corte, não se trata, em verdade, de quebra de sigilo bancário, mas sim transferência de informações entre bancos e Fisco (ADIs 2.286, 2.397, 2.859 e RE 601.314);

- **em regra, o MP não pode quebrar o sigilo de dados bancários sem ordem judicial, contudo, excepcionalmente, o MP pode requisitar diretamente informações de contas bancárias, sem a necessidade**

de ordem judicial, em casos que guardem envolvimento de dinheiro público ou verbas públicas ou em casos em que a quebra recaia sobre contas bancárias de entes públicos, cuja finalidade seja a proteção de patrimônio público (MS 21.729/95 e RHC 133.118/2017);

- **em regra, o TCU não pode quebrar o sigilo bancário sem ordem judicial. Excepcionalmente, contudo, o TCU pode requisitar diretamente informações de contas bancárias, sem a necessidade de ordem judicial, de contas que tenham recebido recursos de origem pública** (MS 33.340/2015);

- **as Comissões Parlamentares de Inquérito, desde que de forma fundamentada em legítimas razões, possuem poder para determinar a quebra de sigilo de dados bancários** (MS 23.466, 23.452 e outros).

SIGILO DE DADOS FISCAIS

Recai sobre as informações econômico-financeiras e sobre negócios e demais atividades do contribuinte e terceiros, obtidas pelos agentes da Fazenda Pública no exercício de suas atribuições.

O sigilo de dados fiscais só pode ser quebrado por ordem judicial fundamentada ou por determinação das CPIs, fundamentada em legítimas razões.

Sobre o sigilo de dados bancários e fiscais, em interessante questão, o STF decidiu, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, que:

> **ADI 4709/DF[12], STF** - É constitucional a requisição, sem prévia autorização judicial, de dados bancários e fiscais considerados imprescindíveis pelo Corregedor Nacional de Justiça para apurar infração de sujeito determinado, desde que em processo regularmente instaurado mediante decisão fundamentada e baseada em indícios concretos da prática do ato.
> (STF. Plenário. ADI 4709/DF, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/5/2022).

No caso concreto, discutiu-se, em ADI ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), pela Associação Nacional dos Magistrados na Justiça do Trabalho (ANAMATRA) e pela Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE), a constitucionalidade do art. 8º, V, do Regimento Interno do CNJ. A norma prevê que o Corregedor Nacional de Justiça possui competência para "requisitar das autoridades fiscais, monetárias e de outras autoridades competentes informações, exames, perícias ou documentos, sigilosos ou não, imprescindíveis ao esclarecimento de processos ou procedimentos submetidos à sua apreciação, dando conhecimento ao Plenário".

A Suprema Corte entendeu que tal previsão regimental tem por fundamento a probidade patrimonial dos agentes públicos.

A legitimidade para requisição pode ser por decisão singular do Corregedor por conta da função constitucional por ele exercida, de fiscalização da integridade funcional do Poder Judiciário. É preciso assegurar, contudo, a existência de garantias ao contribuinte, de modo que não há espaço para devassa ou

Disponível em:

[12] https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351694324&ext=.pdf

varredura, buscas generalizadas e indiscriminadas na vida das pessoas, com o propósito de encontrar alguma irregularidade.

Frise-se que a requisição em questão é hipótese de transferência de sigilo justificada diante do papel institucional do CNJ e do Corregedor Nacional de Justiça, é constitucional desde que decretada: em processo regularmente instaurado para apuração de infração por sujeito determinado; mediante decisão fundamentada; baseada em indícios concretos da prática do ato.

SIGILO DE DADOS TELEFÔNICOS

Recai sobre os registros dos números de telefone para os quais a pessoa fez ou dos quais recebeu ligações, incluindo a data, o horário e o tempo de duração da ligação.

O sigilo de dados telefônicos só pode ser quebrado por ordem judicial fundamentada ou em casos previstos em lei que justifiquem constitucionalmente a quebra, como por determinação de CPIs fundamentada em legítimas razões.

Quando ao sigilo de dados informáticos ou telemáticos, importante tecer algumas considerações.

Os dados telemáticos são arquivos de textos, som e imagem que circulam por meio de serviços de telefonia, fibra ótica, satélite etc., bem como de informática, tais como os fornecidos pela internet e sistemas de rede de modo geral.

SIGILO DE DADOS INFORMÁTICOS OU TELEMÁTICOS

É possível a quebra do sigilo dos dados telemáticos (sobre os registros telemáticos, com dados sobre as contas, os usuários e o uso) e do sigilo das comunicações em si (sigilo das conversas, das mensagens, da informação transmitida), desde que por ordem judicial, na forma do art. 7º, II e III, da Lei n.º 12.965.

Aqui, destacam-se duas importantes decisões do STJ:

- **o Facebook não é obrigado a fornecer os dados de todos os usuários que compartilharam *post* contendo *fakenews*, sendo vedado ao provedor de aplicações de internet fornecer dados de forma indiscriminada dos usuários que tenham compartilhado determinada postagem, em pedido genérico e coletivo, sem a especificação mínima de uma conduta ilícita realizada** (REsp 1.859.665[13]);

- **a determinação judicial de quebra de sigilo de dados informáticos estatísticos (registros) para identificação dos usuários que operaram em determinada área geográfica, suficientemente fundamentada, não ofende a proteção à privacidade e à intimidade, podendo o magistrado, nessas condições, determinar que o Google forneça a identificação de pessoas que pesquisaram determinado endereço no Waze ou no Google Maps** (RMS 61.302[14]).

Disponível em:

13 https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1205778042/inteiro-teor-1205778050

14 https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1101116385/inteiro-teor-1101116393

Já no que tange ao **sigilo das comunicações**, a CF/88 garante o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas, podendo-se reconhecer ainda, como direito fundamental atípico, a inviolabilidade do sigilo de dados telemáticos (informáticos).

De acordo com o STF, **o sigilo compreende apenas a comunicação de dados e não os dados em si.**

Abaixo, algumas considerações sobre o sigilo das comunicações telegráficas, telefônicas e telemáticas:

a) SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEGRÁFICAS - exige-se ordem judicial para a quebra do sigilo das comunicações telegráficas.

b) SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS - trata-se da interceptação telefônica, que consiste na captação e gravação de conversa telefônica no momento em que ela ocorre, feita por terceiros, sem o conhecimento dos interlocutores.

Difere da quebra de sigilo de dados telefônicos, que consiste na requisição às operadoras de telefone de extrato de ligações, com os respectivos números, data, horário e duração.

Para a realização da interceptação telefônica, devem-se observar os seguintes requisitos: a) ordem judicial; b) na forma e nas hipóteses previstas na Lei n.º 9.296/96; c) para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Alguns importantes julgados do STF:

Não é necessária a gravação integral das escutas, bastando que, dos autos, constem excertos suficientes para o oferecimento da denúncia (RMS 28.774);

Não se pode decretar a interceptação telefônica exclusivamente com base em denúncia anônima, sem a investigação preliminar (HC 108.147);

Os dados e provas obtidas por meio de interceptação telefônica podem ser utilizados como prova emprestada em processo administrativo disciplinar (Inq. 2424, MS 26.249, MS 30.361);

A prova obtida mediante interceptação telefônica, quando referente à infração penal diversa da investigada (crime achado), deve ser considerada lícita se presentes os requisitos constitucionais e legais (HC 129.678);

O art. 5º da lei n.º 9.296/96 afirma que a decisão que deferir a interceptação será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova. Quanto à renovação do prazo de quinze dias, o STF já afirmou ser possível a renovação sucessiva por diversas vezes, desde que respeitada a razoabilidade, a necessidade da medida e os requisitos constitucionais e legais (HC 133.148 e outros).

c) SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEMÁTICAS (INFORMÁTICAS) - as comunicações telemáticas são realizadas à distância mediante transferência e armazenamento de arquivos de texto, som e imagem diversos através de serviços de telecomunicação, como os serviços de telefonia, fibra ótica, satélite etc., bem como de informática, tais como os fornecidos pela internet e sistemas de rede de modo geral.

A Lei n.º 12.965/2014 – Marco Civil da Internet –, art. 7º, contempla:

a) inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

b) inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

c) inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial.

Atenção para o tema da proteção às mensagens de aplicativos de conversa, como o *Whatsapp*.

O candidato deve estar atento às decisões referentes à quebra do sigilo das comunicações telemáticas de aplicativos de conversas e a ilicitude da prova.

Com o intuito de proteger a privacidade dos usuários, as comunicações telemáticas são abrigadas pelo sigilo. Assim, terceiros só poderão acessar tais conversas se houver consentimento dos participantes ou autorização judicial, sendo ilícita a divulgação pública de mensagens privadas sem consentimento.

Destacam-se alguns entendimentos do STJ acerca do tema:

1) Os dados armazenados nos aparelhos celulares, por dizerem respeito à intimidade e à vida privada do indivíduo, são invioláveis, consoante inciso X do art. 5º da CF/88 (STJ, HC 609.221);

2) A divulgação pelos interlocutores ou por terceiros de mensagens trocadas via *Whatsapp* pode ensejar a responsabilização por eventuais danos decorrentes da difusão do conteúdo (STJ, REsp 1.903.273);

3) Sabe-se que, em casos de busca e apreensão domiciliar autorizadas pelo Poder Judiciário, e com base no art. 240, §1º do CPP, é possível a apreensão de todos os objetos necessários à prova do crime. Com isso, é possível a restrição do direito à privacidade do alvo da investigação, mediante a abertura de correspondência e encomenda (STJ, REsp. 1.486.187), acesso a mensagens em computador (STF, RE 418.416) ou de celular – *Whatsapp* (STJ, 75.800), sem a necessidade de nova autorização judicial específica para isso, uma vez que o próprio mandado de busca e apreensão constitui autorização para a quebra do sigilo;

4) Em casos de prisão em flagrante, contudo, não havendo ordem judicial pretérita, o entendimento atual é de que é necessária a autorização judicial específica para a quebra do sigilo, sendo ilícito o acesso da autoridade policial a dados do celular (whatsapp) apreendido em flagrante, quando ausente ordem judicial (STJ, HC 598.960-AgRg; RHC 67.379; HC 595.956 – AgRg);

5) Mesmo sem autorização judicial, a polícia pode acessar conversas do Whatsapp da vítima morta, cujo celular foi entregue pela esposa (STJ, RHC 86.076);

6) Mesmo sem autorização judicial, é permitido o acesso ao Whatsapp se o celular foi encontrado no interior de estabelecimento prisional (STJ, HC 546.830);

7) É ilegal a decisão judicial que autoriza a apreensão do celular do suspeito e o espelhamento para monitoramento das conversas do *Whatsapp* via *Whatsapp Web* (STJ, RHC 99.735);

8) Não podem ser usadas como prova as mensagens obtidas por *print screen* da tela do Whatsapp Web (STJ, RHC 133.430-AgRg);

9) É ilegal a quebra do sigilo telefônico e do fluxo da comunicação telemática (*Whatsapp*) mantida pelo usuário mediante a habilitação de chip da autoridade policial em substituição ao do investigado titular da linha (STJ, REsp 1.806.792);

10) Não é possível aplicar multa contra o *Whatsapp* pelo fato da empresa não conseguir interceptar as mensagens trocadas pelo aplicativo e que são protegidas por criptografia de ponta a ponta (STJ. RMS 60.531).

ATENÇÃO

Algumas considerações devem ser feitas acerca da gravação clandestina.

Gravação clandestina é aquela feita por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro interlocutor, podendo ocorrer por meio de telefone ou de forma ambiental (gravação ambiental).

O STF, no RE 402.717[15], afirmou que **não há ilicitude no uso de gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro com a intenção de produzir prova do intercurso, especialmente para defesa própria em procedimento criminal, se não pesar, contra tal divulgação, alguma razão jurídica específica de sigilo ou de reserva, por exemplo, a que decorra de relações profissionais ou ministeriais, de particular tutela da intimidade, ou doutro valor jurídico superior. Aqui, a gravação é clandestina, mas não é ilícita.**

3.6. Proteção dos dados pessoais

> **Art. 5º, LXXIX, CF/88 -** é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

Atualmente, a Lei n.º 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoas natural ou jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

4. DIREITO À IGUALDADE

> **Art. 5º, I, CF/88** - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Ao se falar em direito à igualdade, para além do aspecto meramente formal (consectário da concepção liberal clássica), deve-se buscar a igualdade material, propiciada por uma atuação estatal em prol da garantia do equilíbrio entre os menos vulneráveis e os mais vulneráveis.

Os ideais iniciais do princípio da igualdade são encontrados desde a Antiguidade, quando se apresenta a noção aristotélica de justiça, referindo-se à necessidade de tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual na medida da sua desigualdade.

A igualdade comporta, assim, uma medida de diferenciação, desde que positiva, justamente em prol da igualdade material entre os indivíduos.

Tal noção fundamenta, por exemplo, a adoção de ações afirmativas no direito brasileiro, tais como quotas para ingresso em universidades públicas, tratamento diferenciado para pessoas com deficiência ou

---

Disponível em:

[15] https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=575931

distintas regras para as mulheres em determinadas circunstâncias, sempre com a ideia de amparar os indivíduos mais vulneráveis em determinadas relações sociais.

É possível afirmar, portanto, que o princípio da igualdade não veda o tratamento discriminatório, o qual só é admitido quando houver razoabilidade para discriminação, ou seja, uma discriminação positiva.

Acerca das pessoas com deficiência, há dois recentes e importantes julgados, no âmbito do STF, envolvendo a análise dos seus direitos, ambos esposados no Informativo 1.099.

O primeiro deles afirmou que **é constitucional lei estadual que obriga empresas do setor têxtil a identificarem as peças de roupa com etiquetas em braile ou outro meio acessível que atenda as pessoas com deficiência visual.** O STF afirmou que tal lei não viola os princípios da livre iniciativa (art. 1°, IV; e 170, "*caput*"), da livre concorrência (art. 170, IV), da propriedade privada (art. 170, II) e da isonomia (arts. 5°, *"caput"*; e art. 19, III). Afirmou, ainda, que a norma não invade a competência privativa da União para legislar sobre comércio interestadual (art. 22, VIII). (STF. Plenário. ADI 6.989/PI, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 19/6/2023, Info 1099).

O segundo julgado afirmou que **é inconstitucional lei estadual que**:

a) reduza o conceito de pessoas com deficiência previsto na Constituição, na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de estatura constitucional, e na lei federal de normas gerais;

b) desconsidere, para a aferição da deficiência, a avaliação biopsicossocial por equipe multiprofissional e interdisciplinar prevista pela lei federal; ou

c) exclua o dever de adaptação de unidade escolar para o ensino inclusivo.

A competência legislativa suplementar (art. 24, XIV e § 2º, da CF/88) não autoriza que determinada unidade federativa restrinja o conteúdo de lei federal quanto ao alcance da proteção destinada às PcD — seja com a segregação daqueles com tipo de deficiência específica, seja com a modificação dos critérios para aferição da deficiência — ou, ainda, no que diz respeito à valorização e priorização do ensino inclusivo. (STF. Plenário. ADI 7.028/AP, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 19/6/2023, Info 1099).

Deve-se diferenciar, no tocante ao tema da igualdade, as discriminações positivas das discriminações negativas, nos seguintes termos:

DISCRIMINAÇÃO POSITIVA	É a discriminação adequada, razoável, apresentando-se como instrumento para proteção e promoção de minorias excluídas do processo de participação dos centros decisórios estatais;
DISCRIMINAÇÃO NEGATIVA	É a discriminação arbitrária, absurda, apresentando-se como ações que violam frontalmente o princípio da igualdade, sendo, portanto, vedadas no ordenamento jurídico.

Nos tópicos seguintes, destacam-se algumas questões especiais relacionadas ao direito à igualdade:

4.1. Igualdade entre homens e mulheres

O próprio texto constitucional contempla situações em que há tratamento desigual entre homens e mulheres, como medida de diferenciação, a exemplo do inciso L do art. 5º ("às presidiárias serão asseguradas condições para quem possam permanecer com os seus filhos durante o período de amamentação"), o §2º

do art. 143 (as mulheres são isentas do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitas, contudo, a outros encargos que a lei lhes atribuir), dentre outros.

Além do texto constitucional, diversas diferenciações foram estabelecidas em nível infraconstitucional, tendo o STF sido provocado para se manifestar em diversas situações. Neste ponto, destacam-se os seguintes julgados:

> a adoção de critérios diferenciados para o licenciamento dos militares temporários, em razão do sexo, não viola o princípio da isonomia (STF, RE 489.064);
> não afronta o princípio da isonomia a adoção de critérios distintos para a promoção de integrantes do corpo feminino e masculino da aeronáutica (STF, RE 498.900);
> viola a igualdade entre homens e mulheres o edital de concurso público para curso de formação de oficiais da polícia militar que prevê a possibilidade de participação apenas de concorrentes do sexo masculino (STF, RE 528.684);
> é constitucional lei municipal que impede a nomeação a cargos públicos de condenados pela Lei Maria da Penha (STF, RE 1.308.883).

4.2. Igualdade e critérios de admissão em concursos públicos

O art. 39, §3º da CF/88 prevê a possibilidade de a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão em concurso público quando a natureza do cargo o exigir. Frise-se que os requisitos diferenciados, contudo, devem estar previstos em lei e devem ser compatíveis com a natureza do cargo.

Sobre o tema, importante destacar, desde já, duas súmulas no âmbito do STF:

> **Súmula n.º 683, STF -** O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificada pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.
> **Súmula Vinculante n.º 44, STF** - Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público.

Ademais, outros entendimentos foram firmados pelo STF, dentre os quais se destacam:

A exigência de experiência profissional prevista apenas em edital importa em ofensa constitucional (STF, AgRg RE 558.833);

A fixação de limite de idade via decreto não tem o condão de suprir a exigência constitucional de que tal requisito seja estabelecido por lei (STF, agrg RE 404.656);

É inconstitucional a exigência de teste de esforço físico em concurso público com critérios diferenciados em razão da faixa etária (STF, RE 523.737);

É constitucional cláusula de edital que veda a remarcação de teste de aptidão física em concurso público em razão de problema temporário de saúde, por se tratar de cláusula editalícia que confere eficácia ao princípio da isonomia à luz dos postulados da impessoalidade e da supremacia do interesse público, inexistindo direito constitucional à remarcação de provas em razão de circunstâncias pessoais dos candidatos (STF, RE 630.733);

É constitucional a remarcação de teste de aptidão física de candidata que esteja grávida à época da sua realização, independentemente da previsão expressa em edital do concurso público (STF, RE 630.733);

No âmbito da polícia, ao contrário do que ocorre com o agente em si, é inconstitucional a exigência de altura mínima, considerados homens e mulheres, de um metro e sessenta para a habilitação ao cargo de escrivão, cuja natureza é estritamente escriturária;

Editais de concurso público não podem estabelecer restrição a pessoas com tatuagem, salvo situações excepcionais em razão de conteúdo que viole valores constitucionais, como tatuagens que exteriorizem valores excessivamente ofensivos à dignidade dos seres humanos (como a suástica nazista), ao desempenho da função pública pretendida (como a tatuagem de palhaço assassino em concursos para carreiras policiais), incitação à violência iminente, ameaças reais ou que representem obscenidades (STF, RE 898.450);

É inconstitucional a cláusula de edital de concurso público que restrinja a participação de candidato pelo simples fato de responder a inquérito ou a ação penal, salvo se essa restrição for instituída por lei e se mostrar constitucionalmente adequada (STF, RE 560.900);

É inconstitucional a fixação de critérios de desempate em concursos públicos que favoreçam candidatos que pertencem ao serviço público de determinado ente federativo, estabelecendo-lhe preferência, na ordem de classificação (STF, ADI 5.358);

É inconstitucional a interpretação que exclui o direito de candidatos com deficiência à adaptação razoável em provas físicas de concursos públicos, bem como 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, por ferir o bloco de constitucionalidade composto pela CF/88 e pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

4.3. Igualdade e ações afirmativas

As ações afirmativas são instrumentos de compensação que visam assegurar oportunidades, condições e acesso a bens e direitos a grupos historicamente marginalizados, estigmatizados, que se encontram em situação de maior vulnerabilidade social. São, assim, ações estatais que materializam a discriminação positiva, com o intuito de concretizar a igualdade material, por meio da redistribuição de bens e oportunidades.

Conforme Eduardo dos Santos (2022, p. 506-507), **para serem consideradas legítimas, as ações afirmativas devem observar, ao menos, os seguintes critérios**:

a) identificação da minoria e das circunstâncias atuais do grupo, para fins de verificar se o grupo em questão é realmente vulnerável, discriminados de forma sistêmica, alijados do processo de participação política e configurando-se, portanto, como minoria política;

b) necessidade da medida, de modo que, se houver outra medida menos gravosa para a correção do problema, não seria legítima a adoção da ação afirmativa, sob pena de discriminação inversa;

c) observância do conteúdo do princípio da igualdade, devendo consistir em uma medida que implemente a discriminação positiva;

d) respeito à integridade e coerência do sistema jurídico, exigindo-se a convivência harmônica, independente e complementar entre os direitos fundamentais de todas as pessoas, formando um sistema uno, adotando-se a dignidade da pessoa humana como matriz e objetivo primordial a ser protegido e promovido;

e) caráter precário e temporário da medida como regra, sendo que, uma vez alcançada a igualdade material buscada pela ação afirmativa, ela deve ser reduzida constantemente, até a sua extinção. Há ações, contudo, que não possuem caráter precário ou temporário, como as medidas implementadas em favor de pessoas com deficiência.

Como ações afirmativas adotadas no ordenamento jurídico brasileiro e julgadas pelo STF, destacam-se:

1) cotas étnico-raciais para seleção de estudantes em universidades públicas, julgadas constitucionais pelo STF na ADI 186 e no RE 597.285;

2) a instituição do PROUNI e a concessão de bolsas de estudos em universidades privadas a alunos que tenham cursado o ensino médio completo em escola pública ou em instituição privada na condição de bolsista integral e que tenha baixa renda familiar, julgado constitucional pelo STF na ADI 3.330;

3) a reserva de vagas para pessoas negras em concursos públicos federais, estabelecida pela Lei n.º 12.990/2014, julgada constitucional pelo STF na ADC 41.

Sobre discriminação racial, racismo institucional e diante da decisão proferida pelo STF em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 41), o Ministério Público do Trabalho trouxe questão no concurso público de 2020, no qual apresentava como corretas as seguintes assertivas:

- O STF entendeu que **a desequiparação promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia, se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira e garantir a igualdade material entre os cidadãos. Entendeu, ainda, que a incorporação do fator "raça" como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, contribui para sua realização em maior extensão, criando uma "burocracia representativa", capaz de garantir que os pontos de vista e de interesses de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais**;

- a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial dispõe que **não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de Direitos Humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos**;

- **o racismo institucional ou estrutural pode ser entendido como um sistema institucionalizado que, apesar de não ser explicitamente "desenhado" para discriminar, afeta, em múltiplos setores, as condições de vida, as oportunidades e a percepção de mundo que pessoas, negras e brancas, adquirirão ao longo de suas vidas. Pode ser revelado através de mecanismos presentes nas instituições públicas, explícitos ou não, que dificultam a presença dos negros nesses espaços.**

4.4. Igualdade e direitos da comunidade LGBTQIAPN+

Diversas questões foram enfrentadas pelo STF acerca da comunidade LGBTQIAPN+, cujo esquema de proteção vem a avançar, ainda que de forma insatisfatória.

No histórico de evolução jurisprudencial, pode-se mencionar como importante marco o julgamento da ADPF 132, em 2011, quando o STF reconheceu as uniões homoafetivas, resguardando-lhes todos os direitos assegurados às uniões heteroafetivas.

Na ADI 5.543, o STF julgou que a restrição à doação de sangue por homossexuais é inconstitucional, por violar a autonomia privada, a igualdade e a dignidade da pessoa humana.

Mais recentemente, o STF, no julgamento da ADO 26 e MI 4.733, criminalizou a homotransfobia como racismo. Transcreve-se o resumo do julgado, da relatoria do Min. Celso de Mello:

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE

1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08.01.1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, "in fine");

2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero;

3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.

STF. Plenário. ADO 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello; MI 4733/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgados em em 13/6/2019 (Info 944[16]).

Outros importantes avanços relacionados à comunidade LGBTQIAPN+:

O direito dos casais homoafetivos adotarem (STF, RE 846.102 e STJ, resp 1.525.714), independentemente da idade do adotando, seja a pessoa solteira ou estando ela em união estável ou

Disponível em:

[16] https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo944.htm

casamento (STJ, resp 1.540.814), seja a adoção unilateral ou bilateral (STJ, resp, 1.281.093), assegurando-lhes o direito à licença maternidade e licença paternidade;

O direito à paternidade e à maternidade por meio de reprodução assistida, o que inclui as técnicas de inseminação intrauterina e de fertilização *in vitro*;

O direito fundamental subjetivo do transgênero de alterar o seu prenome e a sua classificação de gênero no registro civil, independente de realização de cirurgia de redesignação sexual, qualquer outro procedimento hormonal ou cirúrgico, exigindo-se apenas manifestação da vontade do indivíduo. Tal alteração deve ser averbada à margem no assento de nascimento, sendo vedada a inclusão do termo "transexual" (STF, RE 670.422 e ADI 4.275);

O direito de as presas transexuais e travestis com identidade de gênero feminina optar por cumprir pena em estabelecimento prisional feminino ou masculino (mas em área reservada que garanta sua segurança).

5. DIREITO À LIBERDADE

Conforme Dirley da Cunha Jr., "o direito à liberdade consiste na prerrogativa fundamental que investe o ser humano de um poder de autodeterminação ou de determinar-se conforme a sua própria consciência. Isto é, consiste num poder de atuação em busca de sua realização pessoal e de sua felicidade" (2019, p. 612).

No art. 5º da CF/88, são tratadas: a liberdade de ação; a liberdade de pensamento e manifestação; a liberdade de consciência, crença e culto; a liberdade de profissão; a liberdade de locomoção; a liberdade de reunião; e a liberdade de associação.

5.1. Liberdade de ação

> **Art. 5º, II, CF/88** - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

A pessoa deve ser livre para fazer ou deixar de fazer algo, quando não vedada por lei. Trata-se da liberdade-sede, que serve de base para todas as outras.

O inciso II contempla o **princípio da legalidade**, o qual se aplica ao particular e à administração. Tal aplicação, contudo, dá-se de forma diferente a um ou ao outro: nas relações particulares, pode-se fazer tudo que a lei não proíbe, vigorando o princípio da autonomia da vontade; em relação à administração, esta só poderá fazer o que a lei permitir, confirmando o princípio da legalidade estrita.

Não se pode confundir o princípio da legalidade com o princípio da reserva legal.

O princípio da legalidade possui abrangência ampla, submetendo a atuação estatal a qualquer espécie normativa que depende do processo legislativo (atos legislativos em sentido amplo, como as emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias e demais espécies normativas consagradas no art. 59 da CF/88).

O princípio da reserva legal restringe-se a matérias específicas, determinadas pela Constituição e sujeitas à normatização exclusiva do Poder Legislativo (atos legislativos em sentido estrito). Tal princípio compreende: a) uma reserva legal absoluta e uma reserva legal relativa; b) uma reserva legal simples e uma reserva legal qualificada.

> Tem-se uma reserva legal absoluta quando a matéria constitucional deve ser integralmente regulada por lei formal; por outro lado, está-se diante de uma reserva legal relativa quando a lei apenas estabelece os parâmetros regulatórios, que são complementados por ato infralegal. Existe a reserva legal simples quando, relativamente à intervenção do legislador no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, a Constituição se limita a autorizar a intervenção legislativa sem fazer qualquer exigência quanto ao conteúdo ou à finalidade da lei. D'outra banda, há a reserva legal qualificada, quando a Constituição fixa as condições para a restrição, estabelecendo os fins a serem perseguidos e os meios a serem utilizados (CUNHA JR, 2019, p. 613).

QUESTÕES DE CONCURSO

(VUNESP – 2018 – TJ-SP – Juiz Substituto) O princípio da legalidade, já incorporado ao direito pátrio pelas Cartas anteriores, foi mantido pelo artigo 5º, II, da atual Constituição. Sobre o tema, é possível afirmar que o conceito de legalidade não corresponde exclusivamente à lei em sentido formal, mas abrange também os preceitos normativos da própria Constituição e aqueles editados com base nela, como as emendas constitucionais, as leis complementares, as leis delegadas e as medidas provisórias.

Gabarito: CORRETO.

(MPE-RS – 2021 – MPE-RS – Promotor de Justiça) Direitos fundamentais submetidos à reserva legal qualificada são aqueles previstos em normas constitucionais que prescrevem expressamente a possibilidade de limitação do conteúdo normativo do direito por meio de lei, porém estatuindo pressupostos ou condições a serem atendidos pelo legislador na lei ordinária.

Gabarito: CORRETO.

5.2. Liberdade de pensamento e manifestação

> **Art. 5º, IV, V, IX, CF/88 –**
> **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;
> **IX** - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

A Constituição Federal consagra uma liberdade geral de manifestação do pensamento e de expressão, vedando-se o anonimato. Não se trata, certamente, de um direito absoluto, devendo-se analisar o seu grau de proteção à luz do caso concreto.

Em um Estado Democrático de Direito, que tem como um dos fundamentos o pluralismo político, pretende-se assegurar, com outros dispositivos constitucionais, a liberdade nas suas diversas manifestações: liberdade de manifestação do pensamento, o que inclui a liberdade de opinião; liberdade de expressão artística; liberdade de ensino e pesquisa; liberdade de comunicação e de informação (liberdade de "imprensa"); liberdade de expressão religiosa.

A vedação do anonimato estabelecida no inciso IV faz-se necessária para possibilitar, por meio do conhecimento da autoria, o exercício do direito de resposta, proporcional ao agravo, e eventual responsabilização penal e civil, assegurando-se indenização por dano material, moral ou à imagem, nos termos do inciso V.

Por conta da vedação do anonimato, **o STF impede a utilização de denúncias anônimas ou de bilhetes apócrifos como fundamento para a instauração de inquéritos policiais ou como prova lícita em processos. Impede, ainda, a decretação de medidas invasivas, como interceptação telefônica, buscas e**

apreensões. A denúncia anônima e o bilhete apócrifo, contudo, podem ser apurados pelas autoridades competentes para fins de verificação de sua veracidade e, confirmada esta, ensejará a adoção de medidas administrativas e judiciais (STF, HC 106.152; MS 24.369; HC 180.709 etc.).

Por outro lado, **a denúncia anônima e o bilhete apócrifo podem ser utilizados como prova caso tenham sido produzidos pelo próprio acusado ou quando constituírem corpo de delito do crime,** no caso, por exemplo, de bilhetes de pedido de resgate no caso de crime de extorsão mediante sequestro (STF, Inq. 1.957).

No âmbito do processo administrativo, contudo, a jurisprudência do STF já decidiu que não há ilegalidade na sua instauração com fundamento em denúncia anônima, em função do poder-dever de autotutela imposto à Administração e, por via de consequência, ao administrador público.

O direito de resposta consiste em um direito de reação contra o uso ilegítimo dos meios de comunicação no exercício da liberdade de expressão. No caso de direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social, há regulamentação por parte da Lei n.º 13.188/2015, que assegura o exercício do direito no prazo decadencial de 60 (sessenta) dias, contados da divulgação da notícia.

Com base nessa vedação ao anonimato, **o STF decidiu que o Tribunal de Contas da União não pode manter o sigilo da autoria de denúncias apresentadas a ele,** uma vez que é preciso assegurar o direito de resposta que o ofendido sofreu.

O inciso IX deixa claro que a manifestação do pensamento expressada por meio da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação não pode sofrer censura e sequer se pode exigir licença para o seu exercício. Mas deve-se pontuar sempre que não se trata de um direito fundamental absoluto, podendo sofrer restrições constitucionalmente legítimas, o que se faz, conforme afirmado, à luz do caso concreto, diante do uso da ponderação e razoabilidade.

A manifestação abusiva do pensamento é criminalizada em algumas situações, a saber: nos casos de calúnia, difamação e injúria (arts. 138 a 145, CP); a prática do racismo (Lei n.º 7.716/89); a incitação ao crime (art. 286, CP); a apologia de fato criminoso ou de autor de crime (art. 287, CP) etc.

Algumas importantes questões foram enfrentadas pelo STF no que diz respeito aos limites à liberdade de expressão, sendo a primeira delas a que trata do discurso de ódio (*hate speech*).

No Brasil, o discurso de ódio não está protegido pela CF/88, uma vez que viola frontalmente a dignidade da pessoa humana, tendo o STF decidido, no famoso caso Ellwanger, que manifestações antissemitas e racistas não estão protegidas pela liberdade de expressão, configurando crime de racismo (STF, HC 82.424/RS).

Outra importante decisão do STF deu-se no campo das biografias não autorizadas. **A Suprema Corte conferiu interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias e audiovisuais. Considerou-se desnecessária, ainda, a autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas), por configurar censura prévia.** O STF destacou, porém, que **se houver abuso de direito à liberdade de expressão com a violação da honra da pessoa biografada, é cabível pedido de indenização por danos materiais e morais, além de correção de informações falsas, direito de resposta e responsabilização penal do autor**, se for o caso.

QUESTÃO DE CONCURSO

(MPE-SP – 2022 – MPE-SP – Promotor de Justiça Substituto) Embora a autorização prévia para biografia constitua censura, o autor poderá ser responsabilizado pelo abuso da liberdade de expressão que afete a intimidade, a privacidade, a honra ou a imagem do biografado, sem prejuízo do direito de resposta.

Gabarito: CORRETO.

Quanto à utilização de charges políticas e o uso do humor durante o processo eleitoral, o STF, em 2018, declarou inconstitucionais dispositivos da Lei n.º 9.504/97 (Lei das Eleições), que vedavam que emissoras de rádio e televisão, na sua programação normal e noticiário, a partir de 1º de julho do ano da eleição, usassem montagem ou outros recursos de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, ridicularizassem candidatos, partidos ou coligações, ou veiculassem propaganda política, ou opinião favorável ou contrária a candidatos, partidos ou coligações. Com isso, pode-se afirmar que **as charges políticas e o uso do humor com os candidatos, partidos e coligações durante o processo eleitoral estão protegidos pela liberdade de expressão.**

Ressalte-se, ainda, importante decisão do STF sobre a constitucionalidade da "marcha da maconha". A Suprema Corte, no julgamento da ADPF 187, considerou legítimo o movimento, com respaldo na liberdade de manifestação do pensamento e na liberdade de reunião, além de assegurar, ainda, os direitos das minorias, ressaltando-se a função contramajoritária da Corte. Conforme o entendimento do STF, **a mera proposta de descriminalização de determinado ilícito penal não se confundiria com ato de incitação à prática do crime, nem com o de apologia de fato criminoso. A defesa, em espaços públicos, da legalização das drogas ou de proposta abolicionista a outro tipo penal, não significaria ilícito penal, mas, ao contrário, representaria o exercício legítimo do direito à livre manifestação do pensamento, propiciada pelo exercício do direito de reunião.**

Destacam-se, ainda, outras recentes decisões envolvendo a liberdade de expressão no âmbito do STF, começando por aquela que trata da condenação do ex-Deputado Federal Daniel Silveira, no julgamento da AP 1044/DF, em 20/4/2022.

O STF afirmou que **a liberdade de expressão existe para a manifestação de opiniões contrárias, jocosas, satíricas e até mesmo errôneas, mas não para opiniões criminosas, discurso de ódio ou atentados contra o Estado Democrático de Direito e a democracia. A liberdade de expressão não pode ser utilizada para a prática de atividades ilícitas ou para a prática de discursos de ódio, sendo inadmissíveis manifestações proferidas em redes sociais que objetivem a abolição do Estado de Direito e o impedimento, com graves ameaças, do livre exercício de seus poderes constituídos e de suas instituições.**

Reafirmou-se no caso, e consoante a jurisprudência do STF, que a garantia constitucional da imunidade parlamentar incide apenas sobre manifestações proferidas no desempenho da função legislativa ou em razão desta, não sendo possível utilizá-la como escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas.

Caso semelhante deu-se na condenação do Senador Jorge Kajuru, que teria proferido diversas ofensas em vídeos divulgados em diversas redes sociais. O STF reafirmou o entendimento de que não estão protegidas pela imunidade parlamentar as manifestações injuriosas proferidas em redes sociais de forma dolosa e genérica, com intenção de destruir reputações, sem qualquer indicação de prova que pudesse corroborar as acusações. Reafirmou-se que a liberdade de expressão não alcança a prática de discursos dolosos, com intuito manifestamente difamatório, de juízos depreciativos de mero valor, de injúrias em razão da forma ou de críticas aviltantes.

O STF, dessa forma, assentou que **a garantia da imunidade parlamentar, que deve ser compreendida de forma extensiva para a garantia do adequado desempenho de mandatos parlamentares, não alcança os atos que sejam praticados sem claro nexo de vinculação recíproca do discurso com o desempenho das funções parlamentares (teoria funcional) ou nos casos em que for utilizada para a prática de flagrantes abusos, usos criminosos, fraudulentos ou ardilosos** (STF. 2ª Turma. Pet 8242, 8259, 8262, 8263, 8267 e 8366 AgR/DF, Rel. Min. Celso de Mello, redator no acórdão Min. Gilmar Mendes, julgados em 3/5/2022, Info. 1053).

Neste sentido, alerta-se para o quanto pontuado pelo Dizer o Direito, sobre liberdade de expressão e imunidade parlamentar:

> A partir da análise da jurisprudência do STF, é possível concluir que, embora o Tribunal tenha assentado ampla imunidade parlamentar, especialmente em relação aos discursos proferidos no âmbito da respectiva Casa Legislativa, os julgamentos mais recentes têm buscado realizar análise mais detida do nexo de vinculação dos discursos proferidos com o exercício do mandato parlamentar, de modo a descaracterizar a imunidade enquanto privilégio pessoal, extensão da personalidade do parlamentar. Nessa perspectiva, embora ainda se garanta ampla liberdade de expressão aos representantes do povo, por se tratar de prerrogativa essencial ao desempenho de suas funções, nos casos de abusos ou de usos criminosos, fraudulentos ou ardilosos dessa prerrogativa para a ofensa aviltante a terceiros ou para incitar a prática de delitos, pode-se concluir pela não incidência da cláusula de imunidade, já que o referido privilégio não pode ser utilizado de forma contrária à própria finalidade que gerou a sua criação. As garantias dos membros do Parlamento são vislumbradas sob uma perspectiva funcional, ou seja, de proteção apenas das funções consideradas essenciais aos integrantes do Poder Legislativo, independentemente de onde elas sejam exercidas.

Outra interessante questão analisada pelo STF em 2022 deu-se no julgamento da ADPF 722/DF, em 13/05/2022, em que a Suprema Corte julgou inconstitucional a investigação que estava sendo realizada pelo Ministério da Justiça contra servidores públicos e demais cidadãos integrantes de movimento político antifascista. No caso, um partido político ajuizou a ADPF para que o STF declarasse que a investigação viola os preceitos fundamentais da liberdade de expressão, reunião, associação, inviolabilidade de intimidade, vida privada e honra.

O STF entendeu que a produção ou o compartilhamento de informações sobre a vida pessoal, as escolhas pessoais e políticas e as práticas cívicas de cidadãos, servidores públicos federais, estaduais e municipais identificados como integrantes de movimento político, professores universitários e quaisquer outros que, atuando no limite da legalidade, exerçam os seus direitos de livremente expressar-se, reunir-se e associar-se, são atos inconstitucionais. Tais atos, realizados pelo Ministério da Justiça, caracterizam desvio de finalidade e abuso de poder, uma vez que são destinados a satisfazer interesse privado de órgão ou de agente público.

Conforme a Suprema Corte, os órgãos do Sistema Brasileiro de Inteligência, conquanto necessários para a segurança pública, segurança nacional e garantia de cumprimento eficiente dos deveres do Estado, devem operar com estrita vinculação ao interesse público, com observância aos valores democráticos e respeito aos direitos e garantias fundamentais. A utilização da máquina estatal para a colheita de informações de servidores com postura política contrária ao governo caracteriza desvio de finalidade e afronta aos direitos fundamentais da livre manifestação do pensamento, da privacidade, reunião e associação, aos quais deve ser conferida máxima efetividade, pois essenciais ao regime democrático.

Além disso, o STF deixou assente que os órgãos de inteligência de qualquer nível hierárquico de qualquer dos Poderes do Estado, embora sujeitos ao controle externo realizado pelo Poder Legislativo, submetem-se também ao crivo do Poder Judiciário, em respeito ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Por fim, o STF já afirmou ainda que **não viola o direito à liberdade de impressa, estabelecida no art. 220 da CF/88, a condenação de veículo de comunicação ao pagamento de indenização por dano moral que decorra da publicação de entrevista em que veiculada informação falsa.** Trata-se, contudo, de medida excepcional aplicável quando houver intenção deliberada, má-fé ou grave negligência por parte do canal de imprensa, ou seja, quando, mesmo presentes indícios concretos acerca da falsidade da acusação, ele se abstém do estrito cumprimento de seu dever de cuidado, consistente em oportunizar a manifestação da pessoa atingida e em adotar providências e cautelas que objetivem uma análise mais apurado da veracidade das informações.

Neste sentido, a Suprema Corte fixou a seguinte tese:

1. A plena proteção constitucional à liberdade de imprensa é consagrada pelo binômio liberdade com responsabilidade, vedada qualquer espécie de censura prévia. Admite-se a possibilidade posterior de análise e responsabilização, inclusive com remoção de conteúdo, por informações comprovadamente injuriosas, difamantes, caluniosas, mentirosas, e em relação a eventuais danos materiais e morais. Isso porque 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.

2. Na hipótese de publicação de entrevista em que o entrevistado imputa falsamente prática de crime a terceiro, a empresa jornalística somente poderá ser responsabilizada civilmente se:

i) à época da divulgação, havia indícios concretos da falsidade da imputação; e

ii) o veículo deixou de observar o dever de cuidado na verificação da veracidade dos fatos e na divulgação da existência de tais indícios. (STF. Plenário. RE 1.075.412/PE, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 29/11/2023, Repercussão Geral – Tema 955, Info 1120).

5.3. Liberdade de consciência, crença e culto

> **Art. 5º, VI, VII, VIII, CF/88 –**
> **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;

A Constituição Federal de 1988 protege todas as crenças, em profundo respeito à **liberdade religiosa,** além de manter a separação entre o Estado e a Igreja, situação inaugurada no constitucionalismo brasileiro pela CF/1891.

O art. 19, I da CF/88 afirma que é vedado aos entes federativos 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.

Para além de reconhecer a **liberdade de crença,** a CF/88 destinou **proteção, na forma da lei, aos locais de culto,** sendo vedada, inclusive, a instituição de impostos sobre templos de qualquer culto, o que consagra a imunidade tributária religiosa.

Assegurou-se a **prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva,** tais como penitenciárias, casas de detenção, quartéis etc.

Importante questão refere-se à chamada **escusa de consciência,** ao se estabelecer, no inciso VIII, 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.

A escusa de consciência consiste, assim, em direito individual que assegura à pessoa a possibilidade de recusar, prestar ou aceitar determinada obrigação que contrarie as suas crenças ou convicções. A sua legitimidade, contudo, está condicionada ao cumprimento de prestação alternativa fixada em lei, pois, do contrário, a escusa não é legítima, devendo a pessoa responder pelas consequências dos seus atos, sendo constitucionalmente previsto, inclusive, a perda dos direitos políticos, nos termos do art. 15, IV, da CF/88. Mas o cumprimento da prestação alternativa deve estar estabelecido em lei.

O art. 143, §1º da CF/88, por exemplo, prevê que compete às Forças Armadas, na forma da lei, atribuir serviço alternativo ao serviço militar obrigatório 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. Para regulamentar esse dispositivo, foi editada a Lei n.º 8.239/91, que definiu o serviço alternativo como sendo o exercício de atividades de caráter administrativo, assistencial, filantrópico ou mesmo produtivo.

No âmbito da liberdade de consciência, de crença e de culto e sobre a escusa de consciência, Pedro Lenza (2021, p. 1207-1217) destaca inúmeros desdobramentos, destacando-se: ensino religioso nas escolas; feriados religiosos; casamento perante autoridades religiosas; transfusão de sangue nas Testemunhas de Jeová; curandeirismo; fixação de crucifixos em repartições públicas; imunidade religiosa; guarda sabática; e o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana.

Serão tecidas considerações acerca de cada um desses temas:

a) ensino religioso nas escolas – o art. 210, §1º da CF/88 estabelece que o ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental. O dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei n.º 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação).

No julgamento da ADI 4.439, que tinha como objeto alguns dispositivos da mencionada lei, **o STF declarou ser constitucional o ensino de natureza confessional na rede pública de ensino**, devendo-se observar, contudo, alguns parâmetros, a saber:

- a matrícula deve ser facultativa e não pode ser automática, exigindo-se expressa manifestação de vontade para ser incluído na matéria, podendo o aluno, ainda, desligar-se a qualquer tempo;
- deve ser respeita a pluralidade e a diversidade cultural do país;
- é vedada qualquer forma de proselitismo;
- os alunos que não optarem por cursar a disciplina de ensino religioso deverão ter alternativas pedagógicas para alcançarem a carga mínima anual de 800 (oitocentas) horas, exigidas pela lei;
- o ensino religioso deve ser ministrado em aula específica, vedado o ensino transversal da matéria.

Em relação ao ensino religioso por instituições educacionais privadas, há doutrina majoritária que defende que ele pode ser confessional, interconfessional ou não confessional, de acordo com as opções feitas pela instituição de ensino. Mas para boa parte da doutrina, a matrícula, ainda assim, deve ser facultativa.

b) feriados religiosos – o art. 215, §2º da CF/88 afirma que a lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais, ficando a cargo do legislador infraconstitucional o estabelecimento de feriados.

Há doutrinadores que defendem que os feriados religiosos parecem ser contrários ao constitucionalismo brasileiro. Outros afirmam que os feriados religiosos já existentes no calendário nacional podem ser justificados a partir de seu caráter histórico-cultural.

c) casamento perante autoridades religiosas – o art. 226 da CF/88, em seu §1º, afirma que o casamento é civil e gratuita a sua celebração. O §2º, por sua vez, esclarece que o casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

É importante encarar o dispositivo sob a ótica da liberdade religiosa e de crença, para afirmar que o casamento poderá ser celebrado por líder de qualquer religião ou crença, os quais terão o mesmo efeito civil que aqueles celebrados na religião católica.

Embora não haja manifestação do STF sobre o tema, Pedro Lenza destaca decisões do TJ-BA (MS 34.739-8/2005) e do Rio Grande do Sul (AC 70003296555, 8ª C. Cív., Rel. Des. Rui Portanova) no sentido de reconhecer o efeito civil.

d) transfusão de sangue nas Testemunhas de Jeová – as Testemunhas de Jeová não aceitam a transfusão de sangue, mesmo em situações de risco de morte. A argumentação tem sede religiosa, uma vez que tanto o Velho Testamento, quanto o Novo Testamento os ordenam a se abster de sangue (Gênesis 9:4, Levítico 17:10, Deuteronômio 12:23, Atos 15:28, 29), sendo que o sangue, para Deus, representa a vida (Levítico 17:14). Evitam, por isso, tomar sangue por qualquer via, não só em obediência a Deus, mas também em respeito a ele como “Dador da vida”.

Nestes casos, está-se diante de um conflito entre dois bens constitucionalmente assegurados: o direito à vida e o direito à liberdade religiosa. Na solução do conflito, **o STF definiu, em 25/09/2024, que Testemunhas de Jeová, quando maiores e capazes, têm o direito de recursar o procedimento médico que envolva transfusão de sangue, com base na autonomia individual e na liberdade religiosa. Como consequência, em respeito ao direito à vida e à saúde, fazem jus aos procedimentos alternativos disponíveis no Sistema Único de Saúde – SUS, podendo, se necessário, recorrer a tratamento fora de seu domicílio (STF. Plenário. RE 979.742/AM, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Repercussão Geral – Tema 952, Info. 1152).**

Para a Suprema Corte, é permitido ao paciente, no gozo pleno de sua capacidade civil, recusar-se a se submeter a tratamento de saúde, por motivos religiosos. A recusa a tratamento de saúde, por razões religiosas, é condicionada à decisão inequívoca, livre, informada e esclarecida do paciente, inclusive, quando veiculada por meio de diretivas antecipadas de vontade.

É possível a realização de procedimento médico, disponibilizado a todos pelo sistema público de saúde, com a interdição da realização de transfusão sanguínea ou outra medida excepcional, caso haja viabilidade técnico-científica de sucesso, anuência da equipe médica com a sua realização e decisão inequívoca, livre, informada e esclarecida do paciente (STF. Plenário. RE 1.212.272/AL, Rel. Min. Gilmar Mendes, Repercussão Geral, Tema 1.069, Info. 1152).

e) curandeirismo – o art. 284 do CP tipifica o exercício do curandeirismo como crime contra a saúde pública, sendo vedado: prescrever, ministrar ou aplicar, habitualmente, qualquer substância; usar gestos, palavras ou qualquer outro meio; fazer diagnósticos.

A doutrina majoria entende que a liberdade religiosa não pode servir de escusa para a prática de ilícitos penais, sobretudo quando há manifesto abuso desse direito, como nos casos de mercantilização da fé, havendo manifestação no STF nesse sentido (2ª Turma, no julgamento do RHC 62.240).

f) fixação de crucifixos em repartições públicas – tema polêmico sobre o qual ainda não há decisão no STF. Vale registrar, contudo, que o CNJ, ao julgar conjuntamente os Pedidos de Providência 1344, 1345, 1346 e 1362, que questionavam a legitimação da fixação de crucifixos nas repartições do Poder Judiciário, decidiu, por maioria de votos, que a fixação de crucifixos nos órgãos da Justiça é legítima., por serem símbolos culturais brasileiros e que estes não ferem a laicidade estatal, nem a liberdade religiosa.

g) imunidade religiosa – a imunidade tributária religiosa é prevista no art. 150, VI, *b*, da CF/88, sendo vedado que os entes federativos instituam impostos sobre templos de qualquer culto. O STF já definiu que a imunidade não deve abranger apenas os prédios destinados ao culto, mas também o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.

Importante decisão do STF foi sobre a não extensão da imunidade tributária religiosa à maçonaria, uma vez que esta é uma ideologia de vida, e não uma religião (STF, RE 562.351, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 04/09/2012).

h) guarda sabática – o questionamento que se faz é: o candidato de concurso público pode conseguir alteração das datas e horários previstos em edital por motivos religiosos?

A Lei n.º 13.796/2019 acrescentou na Lei n.º 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) o art. 7º-A, prevendo a possibilidade de alteração das datas de provas e de aulas caso estejam marcadas em dias de guarda religiosa. Em linhas gerais, o dispositivo estabelece que o aluno de instituição de ensino pública ou privada, de qualquer nível, possui o direito de se ausentar de aula ou mesmo de prova caso essa aula ou prova esteja marcada em um dia no qual, segundo os preceitos da religião desse aluno, ele não puder exercer tais atividades, ou seja, se a atividade estiver designada para um "dia de guarda religioso".

O STF, ao tratar de caso concreto submetido à sua análise, fixou a seguinte tese:

> **Nos termos do art. 5º, VIII, da Constituição Federal é possível a realização de etapas de concurso público em datas e horários distintos dos previstos em edital, por candidato que invoca escusa de consciência por motivo de crença religiosa, desde que presentes a razoabilidade da alteração, a preservação da igualdade entre todos os candidatos e que não acarrete ônus desproporcional à Administração Pública, que deverá decidir de maneira fundamentada** (STF. Plenário. RE 611874/DF, rel. orig. Min. Dias Toffoli, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgado em 19/11, 25/11 e 26/11/2020, Repercussão Geral – Tema 386, Info. 1000).

QUESTÃO DE CONCURSO

(FGV – 2022 - DPE-MS - Defensor Público Substituto) Joana inscreveu-se em concurso público destinado ao provimento de determinado cargo efetivo do Estado Beta. Ao ser comunicada da data da realização da avaliação correspondente à segunda fase do certame, percebeu que isto ocorreria justamente em um dia da semana no qual sua religião não permitia a prática de qualquer atividade. Considerando a forma como a liberdade de religião é tratada pela ordem constitucional, é correto afirmar que Joana: pode vir a ter alterada a data da avaliação, desde que presentes a razoabilidade, a preservação da igualdade e não haja ônus desproporcional para a Administração.

Gabarito: CORRETO.

O Colegiado também analisou a invocação da escusa de consciência por servidores públicos, firmando a seguinte tese:

> Nos termos do art. 5º, VIII, da Constituição Federal, é possível à Administração Pública, inclusive durante o estágio probatório, estabelecer critérios alternativos para o regular exercício dos deveres funcionais inerentes aos cargos públicos, em face de servidores que invocam escusa de consciência por motivos de crenças religiosas, desde que presentes a razoabilidade da alteração, não se caracterize o desvirtuamento do exercício de suas funções e não acarrete ônus desproporcional à Administração Pública, que deverá decidir de maneira fundamentada.

i) e o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana – o STF entendeu que é constitucional a lei de proteção animal que, a fim de resguardar a liberdade religiosa, permite o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana (STF. Plenário. RE 494601/RS, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgado em 28/3/2019 - Repercussão geral - Info. 935).

Ainda no que se refere à liberdade religiosa, deve-se destacar o **julgado do STF que afirmou ser inconstitucional lei estadual que obriga que as escolas e bibliotecas públicas mantenham exemplares da Bíblia, por contrariar a laicidade estatal e a liberdade religiosa, consagradas na CF/88** (STF. Plenário. ADI 5258/AM, Rel. Min. Cármem Lúcia, julgado em 12/4/2021, Info. 1012).

QUESTÃO DE CONCURSO

(**FCC – 2022 – MPE-PE – Promotor de Justiça)** A previsão em lei da obrigatoriedade de manutenção de exemplares de Bíblias em escolas e bibliotecas públicas estaduais é compatível com a liberdade de consciência e de crença, bem com a facultatividade do ensino religioso em escolas públicas, não havendo que se falar em violação aos princípios da laicidade estatal e da isonomia.

Gabarito: INCORRETO.

Resolução: conforme visto, o STF afirmou que é inconstitucional lei estadual que obriga que as escolas e bibliotecas públicas mantenham exemplares da Bíblia, por contrariar a laicidade estatal e à liberdade religiosa consagradas na CF/88.

Quanto à segunda parte da questão, o STF, no julgamento da ADI 4.439, declarou ser constitucional o ensino de natureza confessional na rede pública de ensino, devendo-se observar, contudo, alguns parâmetros, a saber: a matrícula deve ser facultativa e não pode ser automática, exigindo-se expressa manifestação de vontade para que seja incluído na matéria, podendo o aluno, ainda, desligar-se a qualquer tempo; deve ser respeita a pluralidade e a diversidade cultural do país; é vedada qualquer forma de proselitismo; os alunos que não optarem por cursar a disciplina de ensino religioso deverão ter alternativas pedagógicas para

alcançarem a carga mínima anual de 800 (oitocentas) horas, exigidas pela lei; o ensino religioso deve ser ministrado em aula específica, vedado o ensino transversal da matéria.

Outro julgamento importante é extraído do mesmo Informativo, desta feita referente ao sopesamento entre a liberdade de culto e o direito à saúde. **O STF afirmou ser compatível com a CF/88 a imposição de restrições à realização de cultos, missas e demais atividades religiosas presenciais de caráter coletivo como medida de contenção ao avanço da pandemia da COVID-19** (STF. Plenário. ADPF 811/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 8/4/2021, Info. 1012).

Em relação à convicção filosófica, ainda no contexto da pandemia da COVID-19, outra importante questão foi analisada: a recusa dos pais à vacinação compulsória de filho menor.

Primeiro, deve-se registrar que o STF, no julgamento em Plenário da ADI 6586, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, em 17/12/2020, entendeu que o Poder Público pode determinar aos cidadãos que se submetam, compulsoriamente, à vacinação contra a COVID-19, prevista na Lei n.º 13.979/2020. Fixou-se a seguinte tese:

> **(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 a 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, (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.

Posteriormente, **o STF estabeleceu que é 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, tampouco ao poder familiar (STF. Plenário. ARE 1267879/SP, Rel Min. Roberto Barroso, j. em 16 e 17/12/2020, Repercussão Geral, Tema 1103, Info. 1003).

Assim, **considerou-se ilegítima a recusa dos pais à vacinação compulsória de filho menor por motivo de convicção filosófica.**

5.4. Liberdade de profissão

> **Art. 5º, XIII, CF/88 -** é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

O inciso XIII é uma norma constitucional de eficácia contida, podendo a legislação infraconstitucional limitar o seu alcance, fixando condições ou requisitos para o pleno exercício da profissão.

Neste sentido, por exemplo, o STF:

considerou constitucional a exigência de aprovação no Exame da Ordem para que o bacharel em Direito se inscrevesse como advogado junto à OAB;

derrubou o requisito do diploma de jornalista para o exercício da profissão;

entendeu inconstitucional a exigência de inscrição em conselho de fiscalização para o exercício da profissão de músico.

A jurisprudência do STF admite a regulamentação normativa de atividades que possam trazer danos a terceiros, ou seja, atividades profissionais cuja falta de técnica traga o risco de atingir negativamente a esfera pública de outros indivíduos ou de valores ou interesses da própria sociedade.

Outras importantes decisões do STF sobre a liberdade de exercício profissional:

1) A exigência da Lei n.º 13.021/2014 de que apenas farmacêuticos legalmente habilitados podem ser responsáveis técnicos de farmácias e drogarias é constitucional (STF, RE 1.156.197).

2) A definição de atividades privativas aos nutricionistas, nos termos do art. 3º da Lei n.º 8.234/91, é constitucional, uma vez que se pressupõe conhecimento técnico e científico específicos, exigindo-se, assim, qualificações especiais e registro profissional (STF, ADI 803).

3) **São constitucionais as normas que vedam o exercício da advocacia aos servidores do Poder Judiciário e do Ministério Público (ADI 5.235 e ADI 5.454), bem como àqueles que desempenham, direta ou indiretamente, atividade policial (ADI 3.541).**

5.5. Liberdade de locomoção

> **Art. 5º, XV, LXVI, CF/88 –**
> **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;
> **LXVI** - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

A liberdade de locomoção abrange os direitos de livre ingresso e saída do território nacional, bem como sua permanência e o livre deslocamento, sendo tal direito protegido pela ação constitucional de *habeas corpus*, prevista no inciso LXVIII do art. 5º da CF/88.

Não se trata de um direito absoluto, sendo permitida a restrição à liberdade de locomoção durante a vigência do estado de defesa (art. 136, §3º da CF/88) e do estado de sítio (art. 139, I e II, da CF/88).

Podem ser estabelecidas limitações, ainda, no âmbito da legislação infraconstitucional, a exemplo da Lei n.º 13.445/2017 (Lei de Migração), que estabelece restrições, condições e exigências para que os estrangeiros ingressem e permaneçam no território nacional. Ou a legislação penal, que estabelece penas privativas de liberdade. Tais restrições, contudo, devem ser fundadas na proteção de outros direitos fundamentais, mantendo-se, ainda, a razoabilidade e coerência dentro do sistema jurídico.

Importantes questões referentes à liberdade de locomoção foram suscitadas durante o período crítico da pandemia da COVID-19, como o *lockdown* e o toque de recolher. Diversos prefeitos e governadores decretaram medidas restritivas. O questionamento era se o Poder Executivo poderia restringir direitos fundamentais mediante decreto.

Todo decreto deve, necessariamente, ter um fundamento de validade acima dele. No caso, somente a lei, que é ato normativo primário, pode criar medidas restritivas a direitos fundamentais, com base no art. 5º, II da CF/88. Após edição de lei, o Chefe do Poder Executivo pode regulamentá-la mediante decreto, que é ato normativo secundário, fazendo-o com base no art. 84, IV da CF/88.

No caso das medidas restritivas à liberdade de locomoção por conta da pandemia, foi promulgada a Lei n.º 13.979, lei federal que previu uma série de medidas que poderiam ser implementadas para assegurar os direitos fundamentais à saúde e à vida, autorizando expressamente a restrição à liberdade de locomoção, de forma excepcional e temporária, e prevendo que as autoridades poderiam adotar, no âmbito de suas competências, outras medidas para enfrentamento da pandemia, inclusive medidas de limitação intramunicipal à locomoção de pessoas e veículos, como o lockdown e o toque de recolher, ficando, predominantemente, a cargo dos gestores locais a adoção dessas medidas.

Sobre o caso, destacam-se duas importâncias decisões do STF:

A Suprema Corte afirmou que as providências adotadas pelo Governo Federal não afastam atos a serem praticados pelos demais entes federativos, considerando-se a competência concorrente na forma do art. 23, II da CF/88. Afirmou, ainda, que o Presidente da República pode dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais, no entanto, esse decreto deverá preservar a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do art. 198 da CF/88 (STF. Plenário. ADI 6341 MC-Ref/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgado em 15/4/2020, Info. 973).

O STF definiu ainda que os Estados, o DF e os Municípios podem, mesmo sem autorização da União, adotar medidas como isolamento, quarentena, restrição à locomoção interestadual e intermunicipal em rodovias, portos ou aeroportos, sendo vedado aos Estados e Municípios, contudo, o fechamento de fronteiras, pois sairiam de suas competências constitucionais. A adoção de medidas restritivas à locomoção e ao transporte, por qualquer dos entes federativos, deve estar embasada em recomendação técnica fundamentada de órgãos da vigilância sanitária e tem de preservar o transporte de produtos e serviços essenciais, assim definidos nos decretos da autoridade federativa competente (STF. Plenário. ADI 6343 MC-Ref/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 6/05/2020, Info. 976).

Ainda inserida nos debates relacionados à liberdade de locomoção e a pandemia, **o STF definiu que e exigência de passaporte sanitário (exigência de comprovação da vacinação contra certas doenças como condição para o exercício ou fruição de determinados direitos) é constitucional**, sendo o meio de comprovação de que a pessoa encontra-se imunizada. A Suprema Corte definiu ainda que o passaporte sanitário **pode ser implementado por todos os entes federativos**, respeitadas as respectivas esferas de competência (ADI 6.586 e ADI 6.587).

5.6. Liberdade de reunião

> **Art. 5º, XVI, CF/88** - 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;

A liberdade de reunião é um direito individual de expressão coletiva, não se resumindo apenas às reuniões estáticas, podendo abranger ainda comícios, passeatas e manifestações.

Tal direito não é absoluto, podendo ser suspenso em caso de decretação de estado de sítio (art. 139, IV da CF/88) e restringido em caso de decretação de estado de defesa (art. 136, §1º, I, *a*, da CF/88).

São elementos do direito de reunião:

Elemento subjetivo – exige um conjunto de pessoas;

Elemento formal – exige convocação prévia e uma organização mínima, para que as pessoas estejam cientes de que estão participando do ato;

Elemento teleológico – os integrantes devem possuir uma finalidade comum, independente da natureza (filosófica, religiosa, política etc.);

Elemento temporal – deve ser passageira, momentânea, já que a formação de laços que se protraiam por um longo lapso temporal pode configurar uma associação;

Elemento objetivo – deve ser pacífica e sem armas, sujeitando-se às penas legais aqueles que praticam atos violentos;

Elemento espacial – deve ter um local ou um trajeto determinado.

São estabelecidas duas condições para o exercício do direito de reunião:

aviso prévio à autoridade competente – não se trata de exigir autorização para o exercício do direito de reunião. Justifica-se o aviso prévio diante da necessidade de a Administração adotar as providências necessárias para que o direito de reunião possa transcorrer sem violação a direitos de terceiros e da melhor forma possível, garantindo a segurança e a tranqüilidade durante o ato. Assim, por exemplo, a Administração poderá realizar alterações no trânsito, deslocamento de policiais e bombeiros para o local, e outras medidas que se fizerem necessárias.

O STF definiu que a exigência constitucional de prévio aviso relativamente ao direito de reunião é satisfeita com a veiculação de informação que permita ao Poder Público zelar que seu exercício se dê de forma pacífica ou para que não frustre outra reunião no mesmo local. Assim, a interpretação segundo o qual é ilegal reunião, senão precedida de notificação, afronta do direito previsto no art. 5º, XVI, da CF/88 (STF. Plenário. RE 806.339/SE, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 14/12/2020, Repercussão Geral, Tema 855, Info. 1003).

Não frustração de outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local – para que não se inviabilize o direito de reunião de outras pessoas, nem se gere situações de conflitos temerários, não se pode designar reunião para o mesmo dia, hora e local que outra já agendada, caso uma possa frustrar a outra. Mas se os objetivos forem comuns, não há a vedação.

No caso de lesão ou ameaça ao direito de reunião, o remédio constitucional cabível é o mandado de segurança.

QUESTÃO DE CONCURSO

(FCC – 2022 – MPE-PE – Promotor de Justiça) Para satisfazer o dever constitucional de aviso prévio relativamente ao direito de reunião, não basta 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, sendo necessária a comunicação formal e registrada de tal ato à autoridade competente.

Gabarito: INCORRETO.

Resolução: o STF, por meio do Tema 855, definiu que a exigência constitucional de prévio aviso relativamente ao direito de reunião é satisfeita com a veiculação de informação que permita ao Poder Público zelar que seu exercício se dê de forma pacífica ou para que não frustre outra reunião no mesmo local.

5.7. Liberdade de associação

> **Art. 5º, XVII, XVIII, XIX, XX, XXI –**
> **XVII** - é plena a liberdade de associação 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;

A liberdade de associação, assim como a liberdade de reunião, é um direito individual de expressão coletiva.

A Constituição Federal de 1988 garante a plena liberdade de associação, desde que para fins lícitos, sendo expressamente vedada a associação de caráter paramilitar. Como exemplos de associação paramilitar podem ser mencionados as FARC na Colômbia ou as milícias no Brasil.

A proteção constitucional da liberdade de associação abrange inclusive aquelas que possuem fins lucrativos, como as sociedades, e até mesmo eventuais associações despersonalizadas, desde que esteja se tratando de uma pluralidade de pessoas e que haja a estabilidade da união para o alcance de fins comuns.

A criação de associações e cooperativas não depende de autorização estatal, sendo vedada ao Poder Público a interferência no seu funcionamento.

Questão interessante a ser trabalhada é a possibilidade de suspensão das atividades ou dissolução compulsória das associações.

A suspensão das suas atividades é medida transitória. Para a suspensão, basta decisão judicial, ainda que de natureza cautelar.

Já a dissolução compulsória é medida definitiva, sendo, portanto, mais grave. Para a dissolução compulsória, o texto constitucional exige o trânsito em julgado da decisão.

O direito à associação é uma faculdade, a CF/88 estabelece que ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado (art. 5°, XX).

> **Informativo 1.070[17], STF** - Condicionar a desfiliação de associado à quitação de débitos e/ou multas constitui ofensa à dimensão negativa do direito à liberdade de associação (direito de não se associar), cuja previsão constitucional é expressa.

Neste sentido, em regra, é exigida a autorização expressa dos associados para que a associação os represente judicial ou extrajudicialmente, tratando-se, aqui, do instituto da representação processual, como já decidido pelo STF no RE 612.043.

O STF já decidiu que previsão estatutária de autorização geral para a associação não legitima sua atuação em juízo na defesa dos direitos de seus filiados, carecendo de interesse processual, já que se faz necessária a declaração expressa manifestada por ato individual do associado ou por assembleia geral da entidade (STF, RE 573.232).

Nesse sentido, **o STF afirmou que apenas 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** (STF, RE 573.232).

Ainda conforme a Suprema Corte, **a eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesse dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação jurídica junto à inicial do processo de conhecimento** (STF, RE 612.043).

E no mandado de segurança coletivo, verifica-se o instituto da representação processual ou da substituição processual?

O MS coletivo, a ser estudado posteriormente, está sujeito às normas constitucionais e processuais especiais que lhe são concernentes. A Súmula 629 do STF estabelece:

> **Súmula n.º 629, STF**: A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes.

Por isso, afirma-se que, no mandado de segurança coletivo tem-se o instituto da substituição processual.

E em relação à Ação Civil Pública?

Segundo o STJ, o ajuizamento de ação civil pública pela associação em defesa dos direitos (difusos, coletivos e individuais homogêneos) dos seus associados não exige autorização específica, uma vez que se trata de substituição processual.

[17]Disponível em:

https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1070.pdf

6. DIREITO À PROPRIEDADE

O direito à propriedade é um clássico direito fundamental de primeira geração/dimensão, fruto dos movimentos revolucionários burgueses no século XVIII e que hoje vem expresso na CF/88, inclusive como princípio da ordem econômica brasileira (art. 170, II da CF/88).

Serão trabalhadas, aqui, as limitações ao direito de propriedade, o direito à propriedade intelectual e o direito à propriedade industrial

6.1. Direito à propriedade e limitações

> **Art. 5º, XXII, XXIII, XXIV, XXV, XXVI, CF/88 –**
> **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 da sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;

A propriedade deverá cumprir a sua função social, tendo o constituinte estabelecido quando se considera cumprida a função social da propriedade urbana, no art. 182, *caput* e §2º, e quando se considera cumprida a função social da propriedade rural, no art. 186.

A Constituição Federal estabelece, ainda, a possibilidade de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, desde que assegurada justa e prévia indenização em dinheiro, excepcionando-se alguns casos previstos no próprio texto constitucional.

A desapropriação é uma modalidade de intervenção do Estado na propriedade privada, tratando-se de uma intervenção supressiva, já que suprime a propriedade do particular. É uma forma de aquisição originária da propriedade pelo Estado, devendo ser cumpridos os seguintes pressupostos:

a) Interesse público, nos casos de:

utilidade pública ou necessidade pública, quando o Estado realizada a desapropriação para ele mesmo fazer uso da propriedade, estando regulamentada no Decreto-Lei 3.365/41;

interesse social, quando o Estado desapropria o bem para dar-lhe função social, seja usando a propriedade ou repassando para terceiros, estando regulamentada pela Lei n.º 4.132/1962;

indenização prévia, justa e em dinheiro: por indenização justa, deve-se compreender o valor venal do imóvel e todos os danos decorrentes da desapropriação.

São espécies de desapropriação constitucionalmente previstas:

ESPÉCIES DE DESAPROPRIAÇÃO PREVISTAS NA CF/88	
Desapropriação Comum	Está contemplada no art. 5º, XXIV, da CF/88, que ocorre nos exatos termos dos pressupostos apresentados;
Desapropriação Especial Urbana	Tem como fundamento o art. 182 da CF/88 e é regulamentada pela Lei n.º 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), nos casos em que os imóveis urbanos não estejam a cumprir a função social prevista no plano diretor da cidade.
Desapropriação Especial Rural	Está contemplada no art. 184 da CF/88 e é regulamentada pela Lei Complementar n.º 76/93, para os casos em que o imóvel rural não estiver a cumprir a sua função social, podendo haver a desapropriação, pela União, para fins de reforma agrária.
Desapropriação Confisco (Expropriação)	Prevista no art. 243 da CF/88. A aludido dispositivo estabelece que as propriedades rurais e urbanas de qualquer região do país onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou 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, observado o art. 5º da CF/88. Frise-se que todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei. Segundo o STF, a expropriação pode ser afastada se o proprietário provar que não incorreu em culpa, ainda que *in vigilando* ou *in elegendo* (RE 635.336).

O inciso XXV prevê a requisição administrativa, que é uma hipótese de intervenção restritiva do Estado na propriedade privada, uma vez que limita a propriedade do particular sem lhe tomar o bem. A requisição administrativa ocorre nos casos de iminente perigo público, quando a autoridade competente poderá utilizar de propriedade particular, assegurando ao proprietário indenização posterior, se houver dano. Um clássico exemplo é a utilização de veículo particular por autoridade policial para a perseguição de criminoso.

Em regra, os entes federativos não podem requisitar bens uns dos outros, para não haver indevida interferência na autonomia de um ente sobre o outro. Excepcionalmente, o texto constitucional prevê a possibilidade de a União requisitar bens estaduais e municipais em casos de estado de defesa (art. 136, §1, II) e estado de sítio (art. 139, VII).

Um interessante caso foi decidido no âmbito do STF, ao tratar da requisição administrativa do art. 15, XIII, da Lei do SUS. O dispositivo legal prevê que os entes federativos exercerão, em seu âmbito administrativo, dentre outras atribuições, a possibilidade de requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de pessoas jurídicas, com garantia de justa indenização, para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias.

Com base nesse dispositivo, a Administração Federal estava ocupando bens e serviços de outras esferas da Federação, sem a observância das regras constitucionais do pacto federativo, citando-se, como exemplo, a requisição de unidades hospitalares do Município do Rio de Janeiro pela União. Tal fato motivou um determinado partido político a ajuizar ADI perante o STF.

No caso, o STF decidiu que:

> **Info 1059[18], STF** - A requisição administrativa "para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias" – previstas na Lei Orgânica do SUS (Lei n.º 8.080/90), não recai sobre bens e/ou serviços públicos de outro ente federativo (STF, Plenário, ADI 3454/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 20/06/2022, Info. 1059).

Outra importante decisão do STF foi no sentido de que a União não pode requisitar seringas e agulhas que já foram contratadas pelo Estado-membro para o plano estadual de imunização e que ainda estão na indústria, apesar de já terem sido empenhados.

> **Info. 1008[19], STF** - É incabível a requisição administrativa, pela União, de bens e insumos contratados por unidade federativa e destinados à execução do plano local de imunização, cujos pagamentos já foram empenhados (STF, Plenário, ACO 3463 MC-Ref/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 8/03/2021, Info. 1008).

Em relação à impenhorabilidade da pequena propriedade rural, prevista no inciso XXVI, o STF já entendeu que ela incide mesmo quando for constituída de mais de um terreno, desde que a área total seja inferior a 4 módulos fiscais, a definição legal de pequena propriedade rural.

QUESTÃO DE CONCURSO

(**CESPE/CEBRASPE – 2022 – DPE-PA – Defensor Público)** No que concerne à interpretação das regras constitucionais e legais referentes ao imóvel rural, o STF entende que é impenhorável para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva pequena propriedade rural familiar constituída de mais de um terreno, desde que contínuos e com área total inferior a quatro módulos fiscais do município de localização.

Gabarito: CORRETO.

Além da desapropriação (modalidade de intervenção supressiva) e a requisição administrativa (modalidade de intervenção restritiva), o Direito consagra ainda outras modalidades de intervenção restritiva, as quais limitam a propriedade do particular, que são: limitação administrativa; servidão administrativa; ocupação temporária; e tombamento.

Tais modalidades, além de outras questões relacionadas à desapropriação e requisição, são estudadas no âmbito do Direito Administrativo.

6.2. Direito à propriedade intelectual e industrial

O direito à propriedade não se limita a bens corpóreos, sendo também extensível aos bens incorpóreos, podendo-se mencionar o direito à propriedade intelectual e, no âmbito da propriedade industrial, as marcas e as patentes, temas estudados no âmbito do Direito Empresarial.

Disponível em:

[18] https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo1059.htm

[19] https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1008.pdf

Sobre o direito à propriedade intelectual, faz-se importante o conhecimento dos seguintes incisos.

> **Art. 5º, XXVII, XXVIII, CF/88 –**
> **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;

Assim, se houver, por exemplo, a execução de obras musicais em um evento, o responsável pela organização deverá realizar o pagamento de direitos autorais, sendo tal cobrança feita com base no art. 68 da Lei n.° 9.610/98 – Lei dos Direitos Autorais, que estabelece:

> **Art. 68, Lei n.° 9,610/98 -** Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas.

Um caso interessante que merece análise ocorreu em Santa Catarina, onde foi editada Lei Estadual que dispõe sobre a isenção do pagamento de direitos autorais nas execuções de obras musicais realizadas sem fins lucrativos no âmbito daquela unidade federativa.

Ressalte-se que a Lei n.° 9.610/98, em regra, não exige que o evento tenha finalidade lucrativa (direta ou indireta) para que seja obrigatório o pagamento dos direitos autorais. Mesmo que a exibição da obra não tenha objetivo de lucro, ainda assim é devido o pagamento da retribuição autoral.

Neste sentido, o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), propôs ADI afirmando que o ato normativo, ao dispor sobre regras de cobrança de direitos autorais, violou a competência privativa da União para legislar sobre direito civil, conforme previsão constante no art. 22, I, além de infringir o art. 5°, XVII, XXVII e XVIII, todos da CF/88.

O STF, em seu julgado, entendeu que:

> **Info 1071, ADI 615[20]1/SC, STF** - compete privativamente à União legislar sobre direito civil, direito de propriedade, direito autoral, bem como estabelecer regras substantivas de intervenção no domínio econômico (art. 22, I, da Constituição Federal). A legislação estadual, ao estipular hipóteses de isenção fora do rol previsto pelo art. 46 da Lei Federal nº 9.610/98, usurpou competência privativa da União e alijou os autores das obras musicais de seu direito exclusivo de utilização, publicação e reprodução das obras, bem como do reconhecimento por sua criação. (STF. Plenário. ADI 6151/SC, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 7/10/2022, Info 1071).

Quanto ao direito à propriedade industrial, deve-se conhecer a redação do seguinte inciso:

> **Art. 5º, XXIX, CF/88** - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio

[20] Disponível em:

https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15354725928&ext=.pdf

> 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;

7. DIREITO À HERANÇA E SUCESSÃO

O direito à herança e sucessão também são constitucionalmente assegurados, conforme os incisos abaixo transcritos:

> **Art. 5º XXX, CF/88** - é garantido o direito de herança;
> **Art. 5º, XXXI, CF/88** - 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";

Frise-se que, na sucessão de bens de pessoas estrangeiras que estejam situados no Brasil, deve-se aplicar a lei brasileira, contudo se a lei pessoal do falecido for mais favorável ao cônjuge, companheiro ou filhos brasileiros, aplica-se ela.

8. DEFESA DO CONSUMIDOR

> **Art. 5º, XXXII, CF/88** - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

O dispositivo acima transcrito revela a preocupação do constituinte em alçar a defesa do consumidor a direito fundamental, o qual pode ser enquadrado como direito de natureza coletiva.

Regulamentando o dispositivo constitucional, o legislador infraconstitucional aprovou o Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078/90.

Embora o estudo do CDC esteja adstrito à disciplina do Direito do Consumidor, registra-se, diante da importância e da alta incidência nas provas de concursos públicos, o conceito legal de “interesses ou direitos difusos”, “interesses ou direitos coletivos” e “interesses ou direitos individuais homogêneos”.

Conforme o art. 81 do CDC, a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente ou a título coletivo.

No parágrafo único, a lei afirma que a defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

> **I. interesses ou direitos difusos,** assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
> **II. interesses ou direitos coletivos,** assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
> **III. interesses ou direitos individuais homogêneos,** assim entendidos os decorrentes de origem comum.

QUESTÃO DE CONCURSO

(CESPE/CEBRASPE – 2022 – DPE-SE – Defensor Público) Os interesses difusos têm como titulares pessoas indeterminadas e ligadas entre si por circunstância de fato, enquanto os interesses coletivos têm como titulares as pessoas integrantes de determinado grupo, categoria ou classe.

Gabarito: CORRETO.

Por fim, importante destacar que o art. 170, V, da CF/88 afirma que a defesa do consumidor é princípio fundamental da ordem econômica.

9. DIREITO À INFORMAÇÃO, À PETIÇÃO E À CERTIDÃO

O **direito à informação** é apresentado por Dirley da Cunha Jr. como um direito à liberdade de informação, que deve compreender três aspectos essenciais (2019, p. 616-617):

direito de informar – consiste na prerrogativa de transmitir informações pelos meios de comunicação, reconhecido pelo *caput* do art. 220 da CF/88, que estabelece que a informação, sobre qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerá qualquer restrição;

direito de se informar – corresponde à faculdade de o indivíduo buscar as informações pretendidas sem quaisquer obstáculos, garantido no inciso XIV do art. 5º da CF/88:

> **Art. 5º, XIV, CF/88** - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

direito se ser informado – equivale à faculdade de ser mantido completa e adequadamente informado. O inciso XXXIII do art. 5º da CF/88 estabelece:

> **Art. 5º, XXXIII, CF/88** - 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;

A Lei n.º 12.527/2011 – Lei de Acesso à Informação – regulamentou a última parte do inciso. Nela, garante-se o sigilo das informações consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado, sendo que tais informações poderão ser classificadas como ultrassecreta, secreta ou reservada.

Nos termos da lei, os prazos máximos de restrição de acesso à informação, conforme a sua classificação, vigoram a partir da data da sua produção, e são os seguintes:

ultrassecreta – 25 (vinte e cinco) anos;

- secreta – 15 (quinze) anos;

- reservada – 5 (cinco) anos.

O **direito à petição e à certidão** vem estabelecido no inciso XXXIV do art. 5º da CF/88:

> **Art. 5º, XXXIV, CF/88 -** 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;

Para o direito de petição, há uma legitimação universal, garantido à qualquer pessoa, até mesmo aquele sem personalidade jurídica, não havendo, sequer, necessidade de assistência por meio de advogado.

O direito de petição consagrado constitucionalmente não se confunde com o direito de ação (direito de obter uma decisão judicial), pois este exige a capacidade postulatória por meio de advogado. Portanto,

como regra, é necessária a capacidade postulatória para ingressar em juízo, excepcionando-se os seguintes casos: ajuizamento de *habeas corpus*; revisão judicial; ajuizamento de ação na Lei dos Juizados Especiais.

Quanto ao direito de certidão, a injusta recusa estatal em fornecer certidões, não obstante presentes os pressupostos legitimadores dessa pretensão, autorizará a utilização de instrumentos processuais adequados, como o mandado de segurança e a ação civil pública. O Ministério Público, inclusive, tem legitimidade ativa para a defesa, em juízo, dos direitos e interesses individuais homogêneos, quando impregnados de relevante natureza social, como sucede com o direito de petição e o direito de obtenção de certidão em repartições públicas (RE 472.489-AgR).

10. INAFASTABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

> **Art. 5º, XXXV, CF/88 -** a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Tem-se, aqui, uma verdadeira garantia de acesso à justiça, atualmente fundada em quatro pilares:

I) acesso ao processo em condições de igualdade, assegurando-se mecanismos aptos a tutelar de forma especial os hipossuficientes;

II) participação ampla dos sujeitos processuais com real influência no convencimento do juiz;

III) decisão justa, aplicando-se a legislação com segurança jurídica e observância do sistema constitucional;

IV) decisão efetiva, que assegure o exercício do direito em tempo hábil e de forma eficiente.

O acesso à justiça vem, desse modo, intrinsecamente relacionado à ideia de inafastabilidade da jurisdição. Por conta dessa inafastabilidade, o Brasil não adota, em regra, o contencioso administrativo, não se exigindo, portanto, o esgotamento da via administrativa para a busca do Poder Judiciário.

A regra da inafastabilidade da jurisdição comporta, contudo, quatro exceções:

I) ações relativas à disciplinas esportivas e competições desportivas, devendo-se, primeiro, esgotar as instâncias desportivas;

II) ato administrativo que contrarie súmula vinculante. Caso o ato contrarie súmula vinculante, este só pode ser reclamando perante o STF após o esgotamento das vias administrativas, de acordo com o art. 7º, §1º da Lei n.º 11.417/2006;

III) indeferimento da informação de dados pessoais ou omissão em atender a esse pedido para que nasça o interesse de agir no *habeas data*. Conforme a jurisprudência do STF, sem que haja esse indeferimento, não há que se falar em interesse de agir;

IV) indeferimento de pedido perante o INSS, ou mesmo a omissão em atender ao pedido administrativo para a obtenção de benefícios previdenciários. Nessa situação, verifica-se uma mora não razoável, de modo que, se não houver esse pedido, não haverá interesse de agir.]

Sobre o tema, destacam-se ainda os seguintes entendimentos do STF:

a) A Suprema Corte considerou **constitucional a previsão legal de que a opção da via judicial implica renúncia tácita ao processo administrativo, realizando-se uma ponderação quanto à celeridade processual, pois, se o sujeito opta por uma via, implica afirmar que renunciou a outra**;

b) O STF entende que **viola a garantia de acesso à jurisdição a taxação do valor da causa sem que haja um valor máximo, pois se a ação versar sobre altos valores, a depender do valor da taxa, haverá a inviabilização do acesso à jurisdição.** A taxa judiciária deve ter uma relação com o custo que o Estado terá em julgar aquela causa. Se não houver limites, não haverá equilíbrio;

c) O STF afirma que **viola o princípio da inafastabilidade a exigência de depósito como condição para ajuizamento de ação em que se discute a imposição de tributo**.

Deve-se atentar, ainda, para a redação da Súmula Vinculante n.º 21:

> **Súmula Vinculante n.º 21, STF** - É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.

11. DIREITO À SEGURANÇA JURÍDICA: DIREITO ADQUIRIDO, ATO JURÍDICO PERFEITO E COISA JULGADA

> **Art. 5º, XXXVI, CF/88 -** a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Trata-se da aplicação do direito à segurança jurídica.

Edem Nápoli (2022, p. 183), de forma clara e objetiva, sintetiza:

DIREITO À SEGURANÇA JURÍDICA	
DIREITO ADQUIRIDO	"Entende-se aquele que, atendidas as condições exigidas, já se incorporou em definitivo ao patrimônio jurídico do titular, e que – justamente por isso – poderá ser fruído a qualquer tempo, ainda que no futuro, não mais subsistam as mesmas condições normativas existentes quando da sua consolidação".
ATO JURÍDICO PERFEITO	"Seria aquele que, já efetivamente exercido, produziu todos os seus efeitos ao tempo da lei anterior. Não se confunde com o direito adquirido porque aqui, além da previsão legal, houve a manifestação de vontade no sentido de implementar os efeitos oportunizados pelo Direito".
COISA JULGADA	"É a qualidade de que se reveste a sentença contra a qual não cabe mais recurso. É esta garantia que torna não mais passível de recurso uma decisão judicial, evitando, dessa forma, a perpetuação do conflito".

Portanto, a lei não pode prejudicar o direito adquirido. Faz-se, contudo, um importante questionamento: **as normas constitucionais devem respeitar os direitos adquiridos?**

Para responder, deve-se distinguir as normas constitucionais originárias das derivadas:

Como o Poder Constituinte Originário é inicial, ilimitado, inaugurando uma nova ordem jurídica sem se submeter, em regra, ao direito pretérito, deve-se entender que **a norma constitucional originária (a nova Constituição) não precisa respeitar o direito adquirido, podendo manter, modificar ou revogar o direito anterior. O STF, inclusive, não tem admitido a invocação de direito adquirido contra a Constituição em vigor.**

No que se refere às normas constitucionais derivadas (Poder Constituinte Derivado Reformador), há duas correntes doutrinárias:

- a primeira defende que não se podem opor direitos adquiridos contra Emendas Constitucionais, pois eles seriam oponíveis somente às leis;
- a segunda defende a possibilidade de se opor direitos adquiridos contra Emendas à Constituição. Há uma inclinação doutrinária maior para esta corrente, levando-se em consideração que o Poder Constituinte Derivado Reformador é limitado e condicionado pela própria Constituição.

O STF, sobre o instituto do direito adquirido, já decidiu que **não há direito adquirido contra a mudança de regime jurídico e que não há direito adquirido quanto aos critérios legais de fixação da remuneração, sendo possível a redução das parcelas que compõem tais critérios, desde que não resulte em uma diminuição do valor total da remuneração.** Atenção para as seguintes súmulas:

> **Súmula n.º 654, STF -** A garantia da irretroatividade da lei, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, não é invocável pela entidade estatal que a tenha editado.
> **Súmula n.º 473, STF -** A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Em relação ao ato jurídico perfeito, o §1º do art. 6º da LINDB o define como o ato já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. Ou seja, ele já preencheu todos os elementos necessários à sua formação.

O STF já decidiu que a proteção do ato jurídico perfeito impõe-se, inclusive, contra as leis de ordem pública (RE 210.514).

Ademais, destaca-se o texto da Súmula Vinculante n.º 01 do STF:

> **Súmula Vinculante n.º 01, STF.** 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 n.º 110/2001.

A LC n.º 110/2001, para fins de esclarecimento, trata dos expurgos inflacionários do FGTS.

Por fim, trata-se da **coisa julgada.**

A coisa julgada consiste na **decisão judicial da qual já não caiba mais recurso**, podendo-se falar em **coisa julgada formal** (insuscetível de reexame no mesmo processo em que foi proferida, tendo efeitos endoprocessuais) e **coisa julgada material** (insuscetível de reexame em qualquer processo, revestindo-se da imutabilidade dos seus efeitos).

Com a evolução da jurisprudência do STF e STJ, têm-se admitido a relativização da coisa julgada, com base, especialmente, na proporcionalidade, notadamente nos casos que envolvem coisa julgada inconstitucional. Ora, as decisões judiciais são normas jurídicas específicas e concretas e, quando incompatíveis com a Constituição, são inválidas, nulas.

Destacam-se, abaixo, alguns importantes entendimentos do STF sobre a coisa julgada:

1) Não é cabível ação rescisória quando o julgado estiver em harmonia com o entendimento firmado pelo Plenário do STF à época da formalização do acórdão rescindendo, ainda que ocorra superação do precedente (RE 590.809);

2) A decisão do STF que declara a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das decisões anteriores que tenham adotado entendimento diferente. Para tanto, será necessária a interposição de recurso próprio ou propositura de ação rescisória própria, observando-se o prazo decadencial respectivo (RE 730.462);

3) A coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em virtude da não realização do exame de DNA, deve ser relativizada (RE 363.889).

12. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

> **Art. 5º, XXXVII, CF/88** - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

O dispositivo consagra o princípio do juiz natural, tratando-se de uma norma complexa que estabelece a vedação aos tribunais de exceção, mas também a necessidade de uma jurisdição constitucionalmente prevista que seja imparcial e independente.

Um clássico exemplo de tribunal de exceção na história mundial foi o Tribunal de Nuremberg, responsável pelo julgamento dos criminosos nazistas logo após a Segunda Guerra Mundial.

Eduardo dos Santos (2022, p. 552-553) elenca as garantias abarcadas pelo princípio do juiz natural: proibição de julgamento por órgão constituído após a ocorrência do fato; instituição dos órgãos jurisdicionais e fixação da competência pela Constituição; cumprimento rigoroso das determinações procedimentais referentes à divisão funcional interna; inércia da jurisdição; independência, imparcialidade, inafastabilidade e gratuidade judiciária; investidura, aderência ao território, indelegabilidade, indeclinabilidade e inevitabilidade da jurisdição; independência da jurisdição civil da criminal; *perpetuatio jurisdictiones* e recursividade. Algumas dessas garantias serão analisadas ainda associadas ao devido processo legal.

O princípio do juiz natural aplica-se não apenas aos processos judiciais, mas também aos processos administrativos (princípio do julgador natural).

Por fim, registre-se que o juízo arbitral não implica ofensa ao princípio do juiz natural.

13. TRIBUNAL DO JÚRI

> **Art. 5º, XXXVIII, CF/88** - 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;

Constitucionalmente previsto desde a CF/1824, o Tribunal do Júri é uma garantia que assegura ao acusado – pessoa do povo – o julgamento pelos seus pares (o próprio povo), por meio de leis que esse mesmo povo estabeleceu previamente.

A **plenitude de defesa** é mais ampla do que aquela assegurada pela ampla defesa aos acusados em geral, uma vez que abrange o teor argumentativo que extrapola a dimensão meramente jurídica, para abarcar, ainda, aspectos de ordem social, econômica, cultural, moral, religiosa etc. Sobre a plenitude de defesa, seguem algumas decisões jurisprudenciais:

a) O STF, no julgamento do HC 178.777, **já assentou que a absolvição do réu, ante resposta a quesito genérico de absolvição, independe de elementos probatórios ou de teses veiculadas pela defesa**, considerados elementos não jurídicos e extraprocessuais, fundando-se na livre convicção dos jurados e na soberania dos veredictos e não implicando nulidade da decisão nem ensejando apelação da acusação;

b) o STJ, na AG 1.388.293, **já decidiu que carta psicografada não constitui meio ilícito de prova, podendo, portanto, ser utilizada perante o Tribunal do Júri, cujos julgamentos são proferidos por íntima convicção.** Trata-se de decisão, contudo, criticada por boa parte da doutrina;

c) o STF, na ADPF 779**, considerou que a tese da legítima defesa da honra, comumente utilizada em tribunais do júri, é inconstitucional.**

Sobre o **sigilo das votações,** é vedada a identificação ou acesso ao teor dos votos dos jurados.

Por **soberania dos veredictos,** afirma-se que, em regra, as decisões dos jurados devem ser consideradas como decisões finais, de modo que não podem ser reformadas em relação ao seu mérito em sede de apelação ao segundo grau de jurisdição, podendo ser realizadas apenas correções quanto à pena imposta. Contudo, se o processo tiver um resultado manifestamente contrário às provas dos autos, caberá apelação, nos termos do art. 593, III, *d*, do CPP, a qual, se provida, anulará a decisão e submeterá o réu a um novo julgamento (art. 593, §3º, CPP). Segundo o STF, isso não viola a regra constitucional da soberania dos veredictos, nem ofende a garantia de que ninguém pode ser julgado mais de uma vez pelo mesmo crime, ainda que se forme um segundo Conselho de Sentença, já que o julgamento é um só e termina com o trânsito em julgado da decisão (RHC 170.559).

O texto constitucional estabelece, ainda, **a competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.** Vale destacar, quanto ao ponto, a situação da competência do Tribunal do Júri nos casos em que há foro por prerrogativa de função.

Aqui, deve-se fazer algumas considerações quanto à redação da Súmula Vinculante n.º 45:

> **Súmula Vinculante n.º 45, STF -** A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição Estadual.

Atualmente, contudo, **o STF entende que a Constituição Estadual não pode criar foro por prerrogativa de função** (ADI 2.553).

Mas quando o foro por prerrogativa de função for estabelecido na própria Constituição Federal?

A jurisprudência atual do STF estabelece que o foro por prerrogativa de função só se aplica aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e em razão dele. Com isso, salvo na hipótese excepcional de o crime doloso contra a vida ter sido cometido durante o exercício do cargo e em razão dele, a prerrogativa de foro, mesmo estabelecida na CF/88, não deve prevalecer sobre a competência do Tribunal do Júri.

14. LEGALIDADE PENAL E IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL

> **Art. 5º, XXXIX, XL, CF/88** –
> **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;

O inciso XXXIX do art. 5º da CF/88 prevê o **princípio da legalidade penal,** que compreende dois aspectos: a) formal, exigindo-se estrita obediência do devido processo legislativo; b) material, exigindo-se estrita obediência ao conteúdo explicitado na Constituição.

Deve-se realizar, nesse contexto, uma leitura ampliativa, para entender que o princípio abarca toda espécie de infração penal (crimes e contravenções penais), bem como para afirmar que, por "pena" deve-se entender toda e qualquer espécie de sanção penal, incluindo a medida de segurança.

A competência para legislar sobre Direito Penal é da União. A CF/88 estabelece, ainda, que é vedado à medida provisória tratar de matérias relativas à direito penal e direito processual penal.

Em relação ao **princípio da irretroatividade da lei penal,** consagrada no inciso XL da CF/88, destaca-se a possibilidade de a lei penal retroagir apenas para beneficiar o réu.

O estudo dos princípios poderá ser aprofundado no estudo do Direito Penal.

15. PRÁTICAS DISCRIMINATÓRIAS E CRIMES INAFIANÇAVÉIS

> **Art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV, CF/88 –**
> **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 ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

O texto constitucional estabelece que a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais. Neste sentido, pode-se verificar que o legislador constituinte fixou alguns **mandados de criminalização (ou mandado constitucional de criminalização expresso).**

O inciso XLII trata do crime de **racismo**, ao afirmar que são crimes inafiançáveis e imprescritíveis. A Lei n.º 7.716/89 pune o racismo, resultante de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Frise-se que a Lei n° 14.532/2023 alterou o Código Penal e equiparou a injúria racial ao crime de racismo.

Quanto ao ponto, vale destacar a decisão do STF no HC 154248/DF, julgado em 28/10/2021, ao afirmar que **o crime de injúria racial, espécie do gênero racismo, é imprescritível** (Info. 1.036).

Destaca-se, ainda, a decisão do STF quanto à criminalização da homofobia, afirmando-se que **as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei n.º 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe** (ADO 26 e MI 4.733, Rel. Min. Celso de Mello, julgados em 13/06/2019).

Outro mandado de criminalização expresso é quanto à prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e os crimes hediondos, que são inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, devendo por eles responder os mandantes, os executores e o que, podendo evitá-los, se omitirem.

São inafiançáveis e imprescritíveis, ainda, a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Para fins de memorização, uma vez que as provas de concursos públicos tentam, muitas vezes, confundir os candidatos neste ponto, apresenta-se a seguinte tabela:

DIREITO À SEGURANÇA JURÍDICA	
- Racismo **- Ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático**	CRIMES INAFIANÇÁVEIS E IMPRESCRITÍVEIS
- Tortura **- Tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins** **- Terrorismo** **- Crimes hediondos**	CRIMES INAFIANÇÁVEIS E INSUCETÍVEIS DE GRAÇA E ANISTIA

Anistia é um perdão, concedido por meio de lei, aplicado aos crimes em geral, produzindo efeitos retroativos. É um ato que desfaz os efeitos penais da condenação, mas os efeitos extrapenais permanecem.

Indulto é um perdão concedido pelo Presidente da República, e não por meio de lei. Pode ser delegado aos ministros de Estado, bem como ao Procurador Geral da República e ao Advogado Geral da União. **É ato privativo do Presidente, enquanto a anistia exige lei do Congresso Nacional.**

Enquanto o indulto é coletivo, a graça é individual.

16. REGRAS DE INTRANSCEDÊNCIA, INDIVIDUALIZAÇÃO E VEDAÇÃO DA PENA

O inciso XLV consagra a **instranscendência da pena**, que afirma que esta não pode passar da pessoa do condenado. Mas a obrigação de reparar o dano estende-se ao patrimônio do *de cujus.*

> **Art. 5º, XLV, CF/88** – 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;

Já o inciso XLVI consagra a **individualização da pena**, verificando-se uma especial preocupação do constituinte em individualizá-la, uma vez que ela tem a finalidade de retribuir o mal causado e ressocializar o condenado. O rol de penas constitucionalmente previsto é meramente exemplificativo.

> **Art. 5º, XLVI, CF/88** – 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;

O texto constitucional estabelece, ainda, **vedação de penas**, conforme abaixo transcrito:

> **Art. 5º, XLVII, CF/88** – 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;

Para o STF, a pena de prisão em regime integralmente fechado não atende à exigência constitucional de individualização da pena, sendo inconstitucional.

O STF entende que a vedação de penas de caráter perpétuo, por exemplo, não se limita à esfera penal, não se admitindo inclusive no âmbito das sanções administrativas. Ex.: se o indivíduo sofre a perda do cargo público, isso não significa que ele jamais poderá prestar concursos novamente.

QUESTÃO DE CONCURSO

(**FGV – 2022 – MPE-GO – Promotor de Justiça Substituto)** No ano de 2015, João, então secretário de Saúde do Estado Beta, aplicou e desviou ilegalmente verba pública, razão pela qual, após regular processo administrativo disciplinar, foi demitido. Em 2021, João foi aprovado na prova objetiva do concurso público para o cargo de médico no Estado Beta, mas foi eliminado do certame, em razão do disposto em um artigo do Estatuto dos Servidores Públicos do Estado Beta que estabelece que "não poderá retornar ao serviço público estadual o servidor que for demitido ou destituído do cargo em comissão por aplicação irregular de dinheiros públicos". Inconformado, João impetrou mandado de segurança, com o escopo de anular o ato administrativo que o excluiu do concurso. Ao ofertar parecer na qualidade de órgão interveniente, o promotor de justiça deve observar que, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a citada norma do Estatuto dos Servidores Públicos é: inconstitucional, por violar norma constitucional que estabelece que não haverá penas de caráter perpétuo e pela aplicação do princípio da proporcionalidade como proibição do excesso.

Gabarito: CORRETO.

17. DIREITOS ASSEGURADOS AOS PRESOS

A CF/88 traz importantes garantias aos presos e às presas, respaldadas no princípio da dignidade da pessoa humana, notadamente diante da função ressocializadora da pena.

De início, o inciso XLVIII já prevê:

> **Art. 5º, XLVIII, CF/88** – XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

O texto constitucional se preocupa, ainda, com o respeito à integridade física e moral, o que se mostra relevante diante do quadro generalizado de abuso sofrido pelos presos e pelas presas nas penitenciárias brasileiras. Eis a dicção do inciso XLIX:

> **Art. 5º, XLIX, CF/88** – XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

Sobre o tema, importante destacar o julgamento da ADPF 347, em que **o STF reconheceu que o sistema penitenciário brasileiro vive um Estado de Coisas Inconstitucional, com uma violação generalizada** de direitos fundamentais dos presos.

O Estado de Coisas Inconstitucional ocorre quando se observa a existência de um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, causado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público e a atuação de uma pluralidade de autoridades podem modificar a situação inconstitucional.

Verificou-se, assim, que as penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios eram penas cruéis e desumanas, atribuindo-se a falência do sistema penitenciário aos três Poderes e à União, Estados e Distrito Federal, decorrente de falhas estruturais. Caberia ao STF, então, retirar os demais poderes da inércia e coordenar ações com vistas à solução do problema, além do monitoramento dos resultados alcançados.

O STF já reconheceu que **o Estado é responsável pelo descumprimento dos deveres relacionados à garantia dos direitos dos presos, tendo a obrigação de ressarcir os danos, materiais e morais, causados aos detentos, em detrimento da falta de condições legais de encarceramento** (RE 580.252/MS).

O STF já reconheceu também a **responsabilidade objetiva de indenizar a família do preso morto pela inobservância do dever específico de proteção do detento, já que o Estado é responsável pela sua segurança pessoal** (RE 841.526/RS).

Outra importante garantia é assegurada às presidiárias, conforme inciso L:

> **Art. 5º, L, CF/88** – L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

A Lei de Execução Penal – Lei n.º 7.210/84 – traz algumas previsões com o intuito de assegurar tais direitos, tal como a existência de berçários nos estabelecimentos penais, a existência de seção para gestante e parturiente, bem como de creches para abrigar crianças maiores de seis meses de menores de sete anos.

O CPP, no art. 318, incisos IV e V, prevê a possibilidade de o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar no caso de agente gestante, bem como no caso de mulher com filho de até 12 (doze) anos incompletos. O descumprimento de tais previsões, todavia, motivou a impetração do HC 143.641 (*Habeas Corpus Coletivo*), levando o STF a conceder a ordem e determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar "de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes", enquanto perdurasse tal condição, exceto para os casos de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça, contra os seus descendentes, ou ainda em casos excepcionais, devendo a negativa do benefício ser fundamentada pelo juiz.

Destacam-se, ainda, os incisos LXII a LXV, abaixo reproduzidos.

> **Art. 5º, LXII, LXIII, LXIV, LXV, CF/88 –**
> **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;

O aprofundamento de tais temas pode ser realizado, porém, quando do estudo do processo penal.

Por fim, o inciso LXXV prevê:

> **Art. 5º, LXXV, CF/88 -** o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

Todavia, **tem prevalecido na jurisprudência o entendimento de que o Estado não é civilmente responsável pelos atos e decisões do Poder Judiciário, salvo nos casos expressamente previstos em lei** (STF, RE 32.518).

18. EXTRADIÇÃO

A extradição é medida de cooperação internacional entre dois Estados através da qual se concede ou solicita a entrega de pessoa sobre quem recaia condenação criminal definitiva, ou para fins de instrução processual penal que esteja em curso.

A extradição pode ser:

- **ativa –** é aquela requerida pelo país;
- **passiva –** é aquela requerida ao país.

Assim, quando o Brasil requer a extradição, está-se diante da extradição ativa. Por outro lado, quando outro país requer a extradição ao Brasil, tem-se a extradição passiva.

Sobre a extradição, a CF/88 prevê:

> **Art. 5º, LI, CF/88** - 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;

A CF/88 veda, então, a extradição de brasileiro nato.

Contudo, **é possível que um brasileiro nato perca a nacionalidade brasileira, conforme inciso II, §4º do art. 12 da CF/88, deixando, assim, de ser brasileiro nato, possibilitando, por consequência, a sua extradição**.

ATENÇÃO

Antes da EC 131/2023, o STF havia decidido que, se um brasileiro nato que morasse nos EUA e possuísse o *green card* decidisse adquirir a nacionalidade norte-americana, ele perderia a nacionalidade brasileira. Isso porque, como ele já possuía o *green card*, não haveria necessidade de adquirir a nacionalidade norte-americana para fins de permanência ou exercício dos direitos civis nos EUA. Assim, ele perderia, consequentemente, os direitos e garantias inerentes ao brasileiro nato, dentre eles, a proteção contra a extradição (Info 822 e Info 859).

Tal entendimento, contudo, foi superado pela EC 131/2023. Isso porque foi suprimida a perda da nacionalidade brasileira em razão da mera aquisiçã ode outra nacionalidade, denominada “perda-mudança”.

Atualmente, o art. 12, §4° da CF/88 prevê, apenas, os seguintes casos de perda da nacionalidade: fraude no processo de naturalização ou de atentado contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; e pedido expresso de perda da nacionalidade brasileira, que será rejeitado se resultar em apatridia.

Já em relação ao brasileiro naturalizado, o texto constitucional, em regra, veda a sua extradição, a qual é admitida em duas hipóteses:

em caso de crime comum, desde que praticado **antes** da naturalização;

em caso de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas fins, praticado **a qualquer tempo**.

O STF já decidiu que não se deve conceder a extradição se, na época do fato, a conduta imputada ao extraditando não era punida como crime no Brasil, ainda que, no momento do pedido de extradição, já existisse lei tipificando como infração penal. Isso porque seria uma ofensa à irretroatividade da lei penal brasileira. No caso concreto analisado, o extraditando havia financiado grupo terrorista em 2013. Ocorre que a Lei de Terrorismo só foi editada em 2016 (STF. 2ª Turma, Ext. 1578/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 6/08/2019, Info. 946[21]).

A CF/88 protege o estrangeiro da extradição por crime político ou de opinião, conforme inciso LII:

> **Art. 5º, LII, CF/88** - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;

Com base em tal inciso, o STF decidiu, no mesmo julgado citado anteriormente (Ext. 1578/DF), que:

- não se deve conceder a extradição se a conduta do extraditando de financiar grupo terrorista que pretendia tomar o poder caracteriza-se como crime político, diante da vedação constitucional;

- não se deve conceder a extradição se o país requerente estiver enfrentando um quadro de instabilidade política, tendo ocorrido a demissão de juízes e a prisão de opositores do governo, pois haveria risco de o extraditando ser submetido a um tribunal de exceção (art. 82, VIII, da Lei n.º 13.445/2017).

A competência para julgar o pedido de extradição feito pelo Estado estrangeiro é do STF. A entrega, contudo, é realizada pelo Presidente da República, como Chefe de Estado, sendo tal decisão discricionária.

Frise-se que, **se o extraditando concordar com o pedido de extradição, de modo livre e voluntário, com assistência técnico-jurídica de seu advogado, ela poderá ser autorizada monocraticamente pelo Ministro Relator do processo no STF, em um procedimento simplificado (extradição simplificada), desde que o extraditando não tenha cometido crime no território nacional e se preenchidos os demais requisitos. A concordância expressa do extraditando, contudo, não afasta a realização de um controle de legalidade do pedido, controle esse que será feito pelo Ministro do STF** (STF, 1ª Turma, Ext. 1564/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 21/5/2019, Info. 941).

Caso haja possibilidade concreta de o Estado requerente condenar o extraditando à prisão perpétua ou à pena de morte, o Brasil deve negar a extradição, conforme já decidido pelo STF.

A legislação faz diferença entre a extradição, a deportação e a expulsão.

Por **deportação** entende-se a devolução do indivíduo para outro país que aceite recebê-lo. Nesse caso, indivíduo ingressa em um país ou nele permanece irregularmente. Com isso, ele é devolvido ao estrangeiro por uma medida compulsória.

A **expulsão** é uma medida coercitiva a fim de retirar forçadamente um estrangeiro que praticou um atentado à ordem jurídica do país em que se encontra. Trata-se de uma medida de caráter político ou

[21] https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo946.htm

administrativo. A expulsão é decisão discricionária do Presidente da República, movida por conveniência e oportunidade.

Sobre a expulsão, **o STF já decidiu que é inadmissível a expulsão de estrangeiro que possua filho brasileiro e ele esteja sob a guarda ou dependência econômica ou socioafetiva, mesmo que o crime ensejador da expulsão tenha ocorrido em momento anterior ao reconhecimento ou adoção do filho.** O Estado deve garantir a proteção especial à família e a proteção integral às crianças e aos adolescentes, sendo o convívio familiar uma das mais expressivas projeções dos direitos sociais. Nesse sentido, o art. 55, II, "a", da Lei nº 13.445/2017 expressamente prevê que "Não se procederá à expulsão quando o expulsando tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica, ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela". Evidencia-se, portanto, que o próprio legislador infraconstitucional erigiu a socioafetividade à condição de causa impeditiva da expulsão (STF. Plenário. RHC 123891 AgR/DF, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 23/2/2021, Info 1007).

Interessante questão sobre a extradição foi cobrada no concurso para Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em 2022:

QUESTÃO DE CONCURSO

(**MPE-RJ – 2022 – MPE-RJ – Promotor de Justiça Substituto)** Rômulo tornou-se brasileiro naturalizado no ano de 2012 e cometeu crime de estupro no ano de 2013 quando residia na Itália. E Remo é cidadão chileno, residente no Brasil, mas que havia sido condenado no ano de 2015 em seu país por crime político. No ano de 2021, a Itália e o Chile apresentaram ao Estado brasileiro, pelas vias adequadas, os respectivos pedidos de extradição de Rômulo e Remo. Considerando o disposto na Constituição Federal sobre a extradição, é correto afirmar, nessa situação hipotética, que nenhum deles poderá ser extraditado.

Gabarito: CORRETO.

> **Art. 5º, LIII, LIV, LV, LXI, LXXVIII, CF/88 –**
> **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;
> **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;
> **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.

O devido processo legal é uma garantia constitucional que, doutrinariamente, apresenta duas dimensões:

a) *procedural due process* (aspecto formal), relacionada à noção procedimental do devido processo, exigindo-se que as leis sejam produzidas conforme o processo legislativo e os processos jurisdicionais e administrativos (e todos os outros) sigam os procedimentos fixados em lei;

b) *substantive due process* (aspecto material), relacionada à ideia de justiça constitucional, à noção substantiva do devido processo, o que exige que as leis estejam de acordo com as normas constitucionais, devendo ser declaradas inválidas quando incompatíveis com o sistema constitucional.

O aspecto material está relacionado ainda, segundo o STF, ao princípio da proporcionalidade, como princípio ou postulado constitucional implícito.

A proporcionalidade é composta pela:

- **adequação –** deve-se analisar se a norma é adequada ao alcance da finalidade pretendida, se é um meio idôneo ao fim que se pretende alcançar;
- **necessidade -** deve-se verificar se não há uma providência menos gravosa que seja capaz de alcançar o mesmo objetivo, ou seja, deve-se questionar se aquela medida é realmente necessária;
- **proporcionalidade em sentido estrito –** deve-se averiguar se, no caso concreto, a medida traz mais benefícios do que prejuízos.

O Ministro Celso de Mello estabeleceu alguns elementos essenciais ao devido processo legal:

- o indivíduo tem direito ao processo;
- direito à citação e ao conhecimento prévio;
- julgamento célere e público;
- direito ao contraditório e à ampla defesa, inclusive à plenitude de defesa (no âmbito do Tribunal do Júri);
- igualdade entre as partes, a fim de que seja devido processo legal;
- observância do juiz natural;
- direito de participar ativamente do processo, inclusive no seu interrogatório.

O texto constitucional estabelece que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, além de estabelecer que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciário competente, salvo nos casos de transgressão militar ou por crime propriamente militar, definidos em lei.

Aqui, tem-se uma relação intrínseca com a ideia do princípio do juiz natural, já trabalhado.

O inciso LV, por sua vez, assegura o direito ao contraditório e à ampla defesa, aplicável aos processos judiciais e administrativos e aos acusados em geral.

O **princípio do contraditório** consiste na garantia fundamental de participação ativa dos sujeitos processuais. Deve-se levar em consideração a natureza dialética do processo, no qual uma das partes apresenta uma tese (por meio de uma petição inicial), a parte contrária apresenta a antítese (em regra, por meio da contestação) e o juiz profere a decisão, a síntese. A decisão, assim, deve ser fruto do debate entre as partes, devendo o juiz motivar a sua decisão. Destaca-se, inclusive, o art. 10 do CPC, que afirma: “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva dividir de ofício”.

Há situações em que o contraditório pode ser postergado (diferido), nos casos de concessão de medidas judiciais de natureza cautelar ou antecipatória. Profere-se a decisão antes da parte contrária se manifestar **(*inaudita altera pars*).** Entretanto, o contraditório não deixa de existir, havendo apenas o deslocamento do momento em que a parte será ouvida, por isso fala-se em contraditório postergado ou diferido.

Já a ampla defesa, consoante Dirley da Cunha Jr., “é garantia que proporciona a pessoa contra quem se imputa uma acusação a possibilidade de se defender e provar o contrário” (2019, p. 651). Engloba o direito à produção probatória e à autodefesa.

Abaixo, são destacadas algumas súmulas vinculantes que fazem referência ao contraditório a à ampla defesa, as quais têm alta incidência nas provas de concursos públicos:

> **Súmula Vinculante n.º 3, STF -** 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 n.º 5, STF -** A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.
> **Súmula Vinculante n.º 14, STF -** 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.
> **Súmula Vinculante n.º 21, STF -** É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.
> S**úmula Vinculante n.º 28, STF -** É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário.

Por fim, assegura-se, no inciso LXVIII, a **razoável duração do processo (celeridade processual).** Pedro Lenza (2021, p. 1.295) destaca que tal garantia já vinha prevista em tratados internacionais de direitos humanos, como o Pacto de San José de Costa Rica.

Lenza destaca, ainda, a ideia do **sistema de justiça multiportas,** atribuída ao Professor Frank E. A. Sander, da Universidade de Havard, com vistas a estimular instrumentos não apenas jurisdicionais, mas também consensuais, partindo-se da tese de que o Poder Judiciário não é a única ou a melhor forma de resolução de conflitos, havendo outras mais eficientes e adequadas (2021, p. 1.297).

Diversos documentos legislativos recentes consagram a perspectiva de estimular os meios adequados de solução de conflitos, tal como as leis que tratam da mediação e arbitragem, bem como legislações mais recentes, como o Pacote Anticrime e a Nova Lei de Falências. O próprio CPC, inclusive, reconhece que a razoável duração do processo é um direito das partes, exigindo-se dessas partes o dever de cooperação para que esse direito se efetive.

Por fim, registre-se que a jurisprudência tem reconhecido o dever de o Estado indenizar a parte que sofreu danos morais ou patrimoniais decorrentes da duração exagerada do processo, seja ele administrativo ou jurisdicional, com fundamento no art. 37, §6º, da CF/88, que consagra a teoria da responsabilidade objetiva do Estado.

19. PROVAS ILÍCITAS

> **Art. 5º, LVI, CF/88** - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

O dispositivo constitucional traz a proibição de provas obtidas por meios ilícitos.

Bernardo Gonçalves Fernandes destaca:

> Sem dúvida, a todas as partes é assegurado o direito de provar o alegado pelos meios de prova fixados pela legislação processual. A utilização de meios para além desse rol implica em **abuso** do direito probatório e, por isso mesmo, na prática de um **ilícito.** Ou seja, devemos deixar bem claro: a Constituição determina que é proibida a prova obtida por meio ilícito, portanto, não é a prova em si que é ilícita, mas sim o meio de obtenção da prova (que a torna ilícita) (2020, p. 691).

A doutrina e a jurisprudência do STF tratam do gênero “provas ilegais”, das quais são espécies as provas ilícitas e as provas ilegítimas, diferenciadas nos seguintes termos:

- **provas ilícitas –** são aquelas que infringem o direito material, como, por exemplo, a confissão por meio de tortura, a gravação clandestina ou interceptação telefônica sem autorização judicial. Tais provas não podem adentrar o universo processual. O STF já afirmou que se determinada prova é considerada ilícita ela deverá ser desentranhada do processo. Por outro lado, as peças do processo que a ela fazem referência (como a denúncia ou a pronúncia) não devem ser desentranhadas e substituídas. Isso porque a denúncia, a sentença de pronúncia e as demais peças judiciais não são "provas" do crime, estando, por isso, fora da regra que determina a exclusão das provas obtidas por meios ilícitos prevista no art. 157 do CPP. Não se fala, assim, em exclusão das peças processuais que eventualmente façam referência a provas ilícitas e derivadas.
- **prova ilegítima –** são aquelas que afrontam o direito processual, como a produção de prova a destempo no caso do Tribunal do Júri, cujo prazo estabelecido é de 3 dias antes da audiência, mas a juntada é realizada com apenas um dia de antecedência.

Porém, há situações em que se deve superar a inadmissibilidade das provas ilícitas, conforme as exigências do caso concreto. É o caso, por exemplo, de CPI de quebra de sigilo bancário sem a devida fundamentação. Nesse caso, a prova pode permanecer nos autos, contudo será nula. Mas há possibilidade de convalidação se o fundamento para tal prática ilícita for aceito pelo órgão jurisdicional.

No direito brasileiro, destaca-se a chamada **teoria dos frutos da árvore envenenada,** que trata da prova lícita derivada de uma prova obtida por meio ilícito. Em suma, afirma-se que, mesmo que seja lícita uma prova, se o seu conhecimento foi decorrente de outra prova obtida por meio ilícito, a primeira também será considerada como ilícita e desconsiderada do processo. Assim, não apenas as provas obtidas por meios ilícitos devem ser desconsideradas, mas também aquelas que se baseiam, derivam ou tiveram sua origem em informações, ou dados conseguidos pela prova ilícita, guardando com ela uma relação de fato ou de direito.

Mas a teoria dos frutos da árvore envenenada comporta exceções:

Teoria do Descobrimento Inevitável (*inevitable Discovery exception*) – por esta teoria, admite-se que a segunda prova derivada da ilícita seja considerada lícita caso a sua descoberta fosse inevitável, ou seja, ocorreria em algum momento;

Teoria do Descobrimento Provavelmente Independente (*hypothetical independent source rule*) – por esta teoria, a segunda prova não é compreendida como derivada da primeira, mas sim como uma prova possivelmente independente, não havendo nexo causal entre ela e a prova ilícita.

Destaca-se, ainda, a **Teoria da Descontaminação do Julgado**, que afasta a possibilidade do juiz que proferiu o primeiro julgamento julgar novamente a causa nos casos em que o tribunal reconhecer a ilicitude de uma prova e excluí-la do processo. Privilegia-se a manutenção da garantia do devido processo legal e a isenção e imparcialidade do julgador. Nesse contexto, o Pacote Anticrime, por exemplo, acresceu o §5º ao art. 157 do CPP[22], afirmando que o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.

[22] Parágrafo com a eficácia suspensa em razão da decisão em sede de liminar do Ministro Luiz Fux nas ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305

Quanto à ilicitude/licitude da prova, vale ressaltar alguns posicionamentos do STF, abaixo relacionados:

a) **é lícita a prova obtida por meio de gravação de conversa própria feita por um dos interlocutores, se uma das partes é vítima de um crime praticado por quem está sendo gravado.** Não é possível que o sujeito que pratica um crime alegue que tenha sua vida privada violada. A ordem jurídica não admite que uma garantia constitucional seja invocada para acobertar a prática criminosa. Por isso, se alguém grava conversa própria contra um indivíduo que está cometendo um crime, essa gravação é lícita;

b) **é lícita a gravação de uma conversa realizada por um terceiro com autorização do interlocutor e sem o consentimento do outro, desde que utilizado para legítima defesa.** Ou seja, se essa medida está sendo utilizada para coibir uma infração criminosa, é absolutamente válida;

c) **é válida a prova de um crime descoberta acidentalmente, durante a escuta telefônica autorizada judicialmente para apuração de um crime diverso, ainda que não haja conectividade entre eles.** É o chamado encontro fortuito de provas, também denominado de **serendipidade**. Se a interceptação foi autorizada judicialmente e o sujeito interceptado conta que praticou outro crime, aquela prova será absolutamente válida;

d) **a confissão sob prisão ilegal é prova ilícita e, portanto, invalida a condenação fundada naquela confissão.** Trata-se de aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada;

e) **é ilícita a prova obtida por conversa informal entre o indiciado com policiais, sem que eles tenham advertido sobre o direito ao silêncio.** Trata-se, em verdade, de um interrogatório sem as formalidades legais;

f) **é lícita a prova feita mediante gravação em local público.** O STF estabelece que em local público não há ofensa à intimidade e à vida privada, podendo ser lícita a prova.

20. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE

> **Art. 5º, LVII, CF/88** - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

O princípio da presunção de inocência (ou da não culpabilidade) visa evitar condenações precipitadas que ainda não tenham passado por um processo de maturação do resultado, ficando na lógica de que todos são inocentes até que se prove o contrário.

Tal dispositivo, contudo, não veda a possibilidade de prisões cautelares, sendo necessário, para tanto, o cumprimento das exigências estabelecidas na lei processual penal. A lógica que orienta a prisão cautelar é assegurar o andamento das investigações e a garantia da ordem pública, da ordem econômica e a aplicação da lei penal.

Em 07/11/2019, o plenário do STF, no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, posicionou-se, majoritariamente (em apertado placar de 6 x 5), pela **inconstitucionalidade de execução provisória da pena,** pois o princípio não comporta interpretação diversa e deve-se aguardar a pena definitiva com o trânsito em julgado para iniciar a execução. Eventual prisão do réu antes do trânsito em julgado deve se dar de forma cautelar, como acima exposto, não podendo consistir em uma execução provisória da pena.

A presunção de inocência justifica o *in dubio pro reo.*

Com base nesse dispositivo, o STF entende, ainda, que **a simples existência de investigações policiais ou persecuções criminais em curso, se não houver o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não pode caracterizar maus antecedentes, não podendo justificar a exasperação.** Esse também é o teor da Súmula nº 444 do STJ. A verificação dos maus antecedentes é feita na primeira fase da dosimetria da pena (art. 59, CP).

O STF também afirma que **eventual condenação criminal recorrível não impede que o sujeito participe de um concurso público ou curso de formação, eis que ele é presumivelmente inocente.**

Todavia, **excepcionalmente, segundo precedente do STJ, é possível excluir candidato de concurso público de delegado de polícia, em função de haver ação penal em curso pela prática de crimes de formação de quadrilha e corrupção ativa** (RMS 43.172/MT).

Em função desse princípio, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, **no julgamento criminal, caso haja empate nos votos do acórdão, a decisão beneficiará o réu, que será absolvido.** Diferentemente do mandado de segurança, em que há uma presunção em favor do ato da autoridade coatora, razão pela qual, havendo empate, denega-se a ordem.

Ainda sobre a presunção de inocência, **o STF julgou constitucional a regra do Código de Trânsito que impõe a aplicação de multa e infrações administrativas aos motoristas que se recusem a fazer o bafômetro, exames clínicos ou perícias visando aferir influência de álcool ou outra substância psicoativa.**

Neste sentido, a Suprema Corte fixou a seguinte tese:

> **STF, RE 1224374** - "Não viola a Constituição a previsão legal de imposição das sanções administrativas ao condutor de veículo automotor que se recuse à realização dos testes, exames clínicos ou perícias voltados a aferir a influência de álcool ou outra substância psicoativa (artigo 165-A e artigo 277, parágrafos 2º e 3º, todos do Código de Trânsito B rasileiro".

21. IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

> **Art. 5º, LVIII, CF/88 -** o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;

Aqui, há uma norma de eficácia contida, ou seja, a lei poderá impedir que o civilmente identificado não seja submetido à identificação criminal em certas hipóteses.

Essa é a Lei n.º 12.037/2009, que estabelece, no art. 2º, que a identificação civil é atestada por qualquer dos seguintes documentos: I – carteira de identidade; II – carteira de trabalho; III – carteira profissional; IV – passaporte; V – carteira de identificação funcional; VI – outro documento público que permita a identificação do indiciado.

O parágrafo único estabelece que, para as finalidades da Lei, equiparam-se aos documentos de identificação civis os documentos de identificação militares.

No seu art. 3º, diz que, em determinadas situações, o civilmente identificado pode ser submetido também à identificação criminal quando: o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação; o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado; o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si; a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa; constar de

registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações; o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilitem a completa identificação dos caracteres essenciais.

A identificação criminal engloba o processo datiloscópico e fotográfico. Em algumas hipóteses, a identificação criminal pode também alcançar a coleta de material genético, tendo a sua constitucionalidade questionada neste ponto.

O STF entendeu que lei estadual que torna obrigatória a inclusão na carteira de identidade do tipo sanguíneo do requerente é constitucional. Não há violação ao dispositivo que veda a identificação criminal nos casos em que o sujeito se identifica civilmente, eis que quem requer tal medida é o próprio indivíduo.

22. AÇÃO PENAL PRIVADA SUBDISIÁRIA DA PÚBLICA

> **Art. 5º, LIX, CF/88 -** será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

Conforme o art. 129, I, da CF/88, a ação penal pública é privativa do Ministério Público. Porém, caso a ação penal pública não seja intentada no prazo legal, admite-se a ação privada.

A partir destes dispositivos, o STF tem entendido que o ajuizamento da ação penal privada subsidiária da pública pressupõe a completa inércia do Ministério Público, que, no prazo legal, abstém-se de:

- oferecer denúncia;

- requerer arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação;

- requisitar, à autoridade policial, diligências necessárias para o transcurso da investigação.

23. PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS

> **Art. 5º, LX, CF/88** - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

O texto constitucional garante a ampla publicidade dos atos processuais. Contudo, é possível a previsão de situações em que a publicidade será restrita, quando se limita o acesso aos atos processuais apenas para as partes e os seus representantes (publicidade para as partes), ou a um grupo restrito de pessoas, nos casos em que se tratar da defesa da intimidade ou quando o interesse social assim exigir

24. PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA

> **Art. 5º, LXVII, CF/88** - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

A Constituição Federal consagrou duas modalidades de prisão civil por dívida: a) no caso de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia; b) no caso do depositário infiel.

Ocorre que, em 1992, o Brasil aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos, o qual previa apenas a possibilidade de prisão civil por inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, modalidade, inclusive, que não configura sanção, mas sim meio de coerção.

O que acontece com a modalidade de prisão civil do depositário infiel?

Com a inserção do §3º ao art. 5º da CF/88, realizada pela EC n.º 45/2004, o STF passou a adotar a tese da dupla hierarquia dos tratados internacionais, no seguinte sentido: os tratados aprovados na forma do art. 5º, §3º possuem hierarquia constitucional; os demais tratados possuem hierarquia supralegal.

Uma vez que a Convenção Americana de Direitos Humanos não cumpriu as formalidades exigidas no §3º do art. 5º da CF/88, a sua natureza é de tratado supralegal **(tese da supralegalidade)**. Por ele não contemplar a prisão civil do depositário infiel, pode-se afirmar que está afastada a incidência dos dispositivos legais que regulamentam tal modalidade de prisão civil. Importante frisar que, no caso, não houve alteração do texto constitucional, que continua a prever a prisão civil do depositário infiel. Fala-se, contudo, que por conta da tese da supralegalidade, houve a **eficácia paralisante do texto que contempla a possibilidade da prisão civil do depositário infiel.**

> **Súmula Vinculante n.º 25, STF -** É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.

Nesse contexto, o STF editou a Súmla Vinculante n.º 25:

25. DIREITOS GARANTIDOS ÀS PESSOAS COM INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS

> **Art. 5º, LXXIV, LXXVI, LXXVII, CF/88 –**
> **LXXIV** - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;
> **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.

A Constituição Federal de 1988 demonstrou uma justa preocupação às pessoas com insuficiência de recursos, a elas garantindo a prestação da assistência jurídica integral e gratuita, o que pode ser efetivado por meio das Defensorias Públicas (que serão tratadas quando do estudo das funções essenciais à Justiça), e a gratuidade do registro civil de nascimento e da certidão de óbito.

A Lei n.º 9.534/97 estabeleceu que são gratuitos os assentos do registro civil de nascimento e o de óbito, bem como a primeira certidão respectiva, ampliando a gratuidade assegurada pela CF/88 a todos, independentemente de serem pessoas reconhecidamente pobres ou não. A situação foi levada ao STF, através da ADI 1800 e ADC 5, declarando a Suprema Corte a constitucionalidade da lei.

O texto constitucional estabeleceu a gratuidade, ainda, das ações de *habeas corpus* e *habeas data* (que serão tratados no capítulo seguinte) e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania.

Em relação aos atos necessários ao exercício da cidadania, o STF já decidiu que **é imune ao pagamento de taxas para registro da regularização migratória o estrangeiro que demonstre sua condição de hipossuficiente, nos termos da legislação de regência** (RE 1.018.911).

> **Tema 988, STF -** É imune ao pagamento de taxas para registro de regularização migratória o estrangeiro que demonstre sua condição de hipossuficiente, nos termos da legislação de regência (STF, Plenário. RE 1018911/RR, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 10/11/2021, Repercussão Geral, Info. 1037).

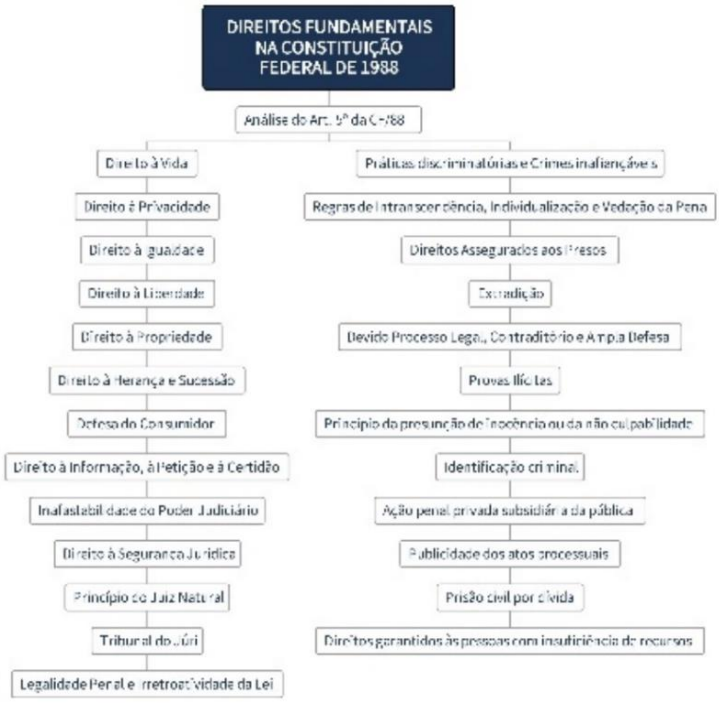
Tem-se, então, o seguinte: o estrangeiro que desejar regularizar sua situação no Brasil, poderá fazê-lo por meio de um procedimento denominado “regularização migratória”, sendo exigido o pagamento de

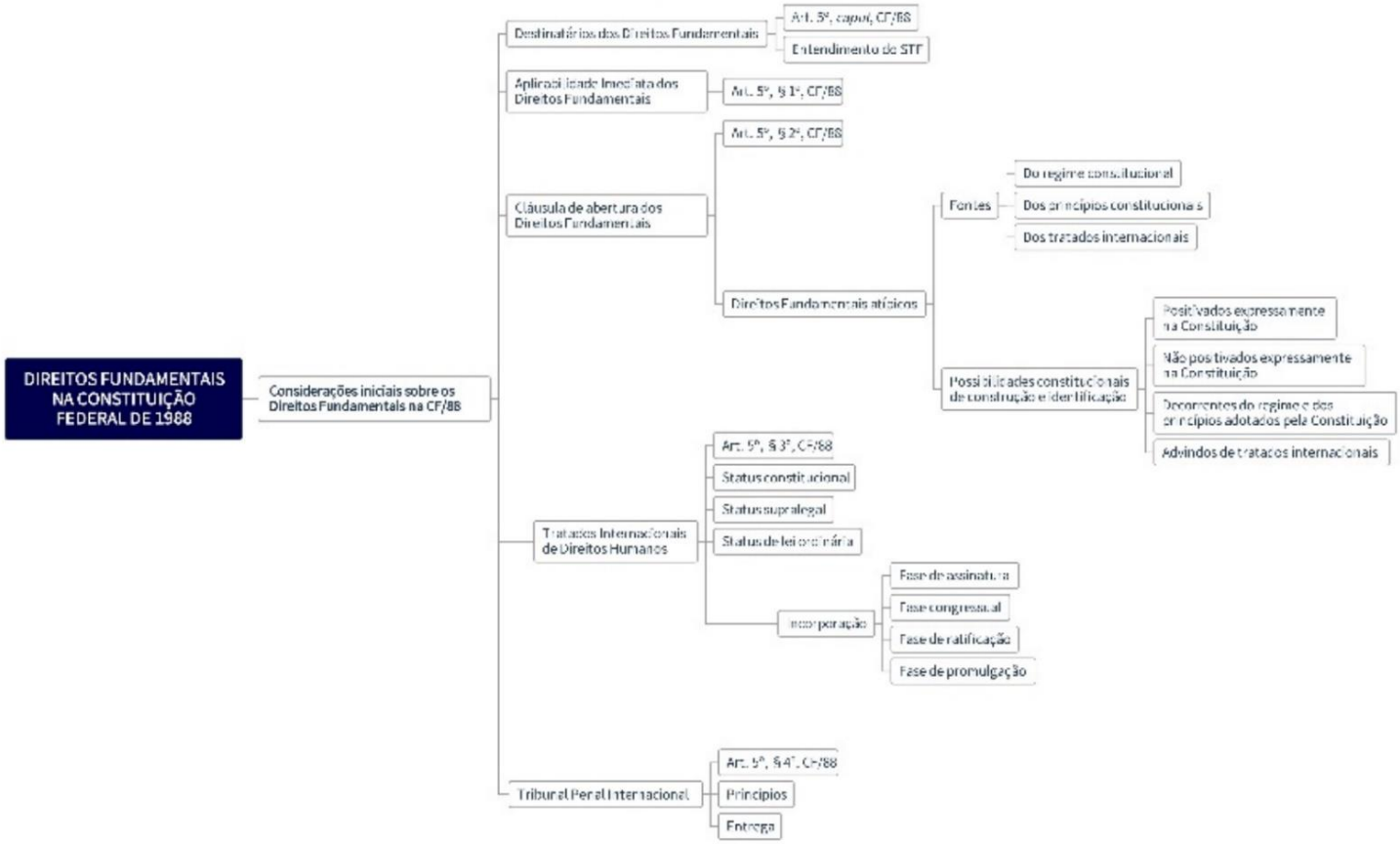
uma taxa. Mas é possível a dispensa do pagamento da taxa se o estrangeiro for hipossuficiente, com fundamento no art. 5º, LXXVI e LXXVII, da CF/88. O caso concreto submetido ao STF tratava da aplicação da Lei n.º 6.815/50 (Estatuto do Estrangeiro), que não dispensava o pagamento de taxa para o estrangeiro hipossuficiente. A Lei n.º 13.445/2017 (Lei da Migração), que revogou o Estatuto do Estrangeiro, já contempla, de maneira expressa, a isenção do pagamento de taxas para estrangeiros hipossuficientes.

QUESTÃO DE CONCURSO

(FCC – 2021 – DPE-SC – Defensor Público) Previsto no art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal de 1988, o direito fundamental à assistência jurídica é passível de controle judicial, tanto no caso de omissão quanto de atuação insuficiente do Estado.

Gabarito: CORRETO.




DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988
Considerações iniciais sobre os Direitos Fundamentais na CF/88
Destinatários dos Direitos Fundamentais
Art. 5º, caput, CF/88
Entendimento do STF
Aplicabilidade Imediata dos Direitos Fundamentais
Art. 5º, § 1º, CF/88
Cláusula de abertura dos Direitos Fundamentais
Art. 5º, § 2º, CF/88
Direitos Fundamentais atípicos
Fontes
Do regime constitucional
Dos princípios constitucionais
Dos tratados internacionais
Possibilidades constitucionais de construção e identificação
Positivados expressamente na Constituição
Não positivados expressamente na Constituição
Decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição
Advindos de tratados internacionais
Tratados Internacionais de Direitos Humanos
Art. 5º, § 3º, CF/88
Status constitucional
Status supralegal
Status de lei ordinária
Incorporação
Fase de assinatura
Fase congressual
Fase de ratificação
Fase de promulgação
Tribunal Penal Internacional
Art. 5º, § 4º, CF/88
Princípios
Entrega

10 REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os remédios constitucionais são ações constitucionais de garantias com vistas a assegurar o exercício, a implementação e a aplicação dos direitos constitucionais, conferindo às pessoas a possibilidade de acessarem o Poder Judiciário para a prevenção, proteção, correta aplicação e efetivação dos seus direitos em face de atos comissivos ou omissivos que causem ou tenham o potencial de causar lesão.

Neste capítulo, serão estudadas as seguintes ações:

- *habeas corpus*;
- *habeas data*;
- mandado de segurança individual e coletivo;
- mandado de injunção individual e coletivo;
- ação popular.

2. *HABEAS CORPUS*

2.1. Conceito, Origem e Natureza Jurídica

O *habeas corpus* é uma ação constitucional de natureza penal que se destina a proteger a liberdade de locomoção quando ameaçada ou violada por ilegalidade, ou abuso de poder.

Embora o instituto do *habeas corpus* esteja alocado, no CPP, no título destinado aos recursos, a sua natureza jurídica é de verdadeira ação de caráter mandamental.

A origem do instituto remonta ao direito inglês, com previsão inicial na Magna Carta de 1215, outorgada pelo Rei João Sem-Terra. Posteriormente, em 1679, foi editado o *Habeas Corpus Act*, que estabelecia o regramento procedimental do *habeas corpus*. Com o intuito de aperfeiçoar o regramento já existente, foi editado outro *Habeas Corpus Act* em 1816.

No Brasil, o instituto foi previsto pela primeira vez no Código de Processo Criminal de 1832, tendo assento constitucional na Constituição de 1891. À época, desenvolveu-se a chamada **doutrina brasileira do *habeas corpus*,** liderada por Ruy Barbosa, que o entendia como ação destinada a proteger qualquer direito. Foi apenas com a reforma constitucional de 1926 que o instituto passou a ser empregado tão-somente para a proteção da liberdade de locomoção.

Na CF/88, há previsão no art. 5º, inciso LXVIII:

> **Art. 5º, LXVIII, CF/88** - 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;

2.2. Finalidade

A finalidade do *habeas corpus* é assegurar a todos os direitos que se relacionam com a liberdade de locomoção, destinando-se à proteção da liberdade de ir, vir e permanecer, o que abrange não apenas o deslocamento da pessoa para todo e qualquer lugar não vedado, mas também o direito de permanecer no local.

2.3. Espécies

Inicialmente, é importante conhecer a terminologia comumente aplicada para o *habeas corpus*. Assim, temos:

a) Paciente – é a pessoa física que sofre ou se acha ameaçada de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

b) Impetrante – é quem impetra o *habeas corpus*, podendo fazê-lo para si ou para outrem. O paciente e o impetrante podem ser a mesma pessoa ou não;

c) Autoridade coatora – é o agente responsável pela violência ou coação, ou ameaça de violência, ou coação, à liberdade de locomoção.

Dito isso, apresentam-se as espécies de *habeas corpus* trabalhadas doutrinariamente:

a) *Habeas Corpus* preventivo (salvo-conduto) – impetrado para evitar violência ou coação à liberdade de locomoção;

b) *Habeas Corpus* repressivo (liberatório) – impetrado para fazer cessar a violência ou coação à liberdade de locomoção;

c) *Habeas Corpus* suspensivo – impetrado para suspender um mandado de prisão ilegal ou abusivo ainda não cumprido;

d) *Habeas Corpus* profilático – perpetrador contra ato ilegal ou abusivo capaz de fazer surgir constrição à liberdade de locomoção, embora ela não seja iminente, ou seja, embora não haja ameaça efetiva naquele momento. É comumente utilizada para o trancamento de ação penal abusiva ou ilegal e para o trancamento de procedimento investigatório abusivo ou ilegal, como inquéritos policiais.

ATENÇÃO

Segundo o STJ, o *habeas corpus* somente pode trancar a ação penal quando se configurar, de forma inequívoca: a) inocência do acusado; b) atipicidade da conduta; c) extinção da punibilidade (STJ, REsp 1.046.892).

Já de acordo com o STF, o *habeas corpus* somente pode trancar a ação penal quando se configurar, de forma inequívoca: a) atipicidade da conduta; b) extinção da punibilidade; c) evidente ausência de justa causa (STF, HC 180.869-AgR).

e) *Habeas Corpus* substitutivo – impetrado em substituição a recurso, ocorrendo quando o impetrante questiona decisão judicial que constrange o seu direito de liberdade de locomoção por meio de *habeas corpus*, ao invés de se utilizar do recurso processual cabível.

f) *Habeas Corpus* coletivo – a admissibilidade do *habeas corpus* coletivo foi reconhecida pelo STF em 2018, no julgamento do HC 143.641, quando a Suprema Corte assentou que a ação coletiva é um dos únicos instrumentos capazes de assegurar o acesso à justiça aos grupos mais vulneráveis e que a existência de outros meios voltados à defesa coletiva não obsta o conhecimento da ação. Afirmou-se, ainda, que o *habeas corpus* coletivo imprime maior isonomia às partes envolvidas, para permitir que lesões a direitos potenciais ou atuais sejam sanadas com mais celeridade, evitando-se, inclusive, o grande volume de processos.

Há dispositivos legais dos quais se depreende a possibilidade do *habeas corpus* coletivo, como o art. 654, §2º do CPP, que afirma a competência de juízes e tribunais expedirem ordem de *habeas corpus* de ofício, e o art. 580 do CPP, que permite que a ordem concedida em determinado *writ* seja estendida para todos que se encontram em idêntica situação.

Trata-se de espécie já consagrada na jurisprudência, havendo decisões do STJ e outras decisões do STF neste sentido.

QUESTÃO DE CONCURSO

(MPE-RJ – 2022 – MPE-RJ – Promotor de Justiça Substituto) O STF pacificou o entendimento de que, por ausência de previsão expressa no texto constitucional, não cabe o denominado *habeas corpus* coletivo.

Gabarito: INCORRETO.

Resolução: tanto o STF, quanto o STJ já admitiram expressamente o *habeas corpus* coletivo, conforme mencionado acima. Há, inclusive, dispositivos legais dos quais se depreende a possibilidade do *habeas corpus* coletivo, como o art. 654, §2º do CPP, que afirma a competência de juízes e tribunais expedirem ordem de *habeas corpus* de ofício, e o art. 580 do CPP, que permite que a ordem concedida em determinado *writ* seja estendida para todos que se encontram em idêntica situação.

2.4. Cabimento

O *habeas corpus* é cabível sempre que alguém sofrer ou achar-se ameaçado de sofrer violência ou coação na sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

O art. 648 do CPP estabelece:

> **Art.648, CPP -** A coação considerar-se-á ilegal:
> **I**-quando não houver justa causa;
> **II**-quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;
> **III**-quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;
> **IV**-quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;
> **V**-quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;
> **VI**-quando o processo for manifestamente nulo;
> **VII**-quando extinta a punibilidade.

Deve-se registrar, ainda, o art. 142, §2º da CF/88, que estabelece que não cabe *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares. Quanto ao dispositivo, o STF afirma, contudo, que essa limitação se refere tão-somente à apreciação da sanção disciplinar em si, preservando-se o mérito da decisão disciplinar militar. Mas é cabível o *habeas corpus* contra punições disciplinares militares para analisar os pressupostos de legalidade dessas transgressões, analisando a existência da correta hierarquia, se há o poder disciplinar que legitima a punição, se o administrativo é coerente com a função da autoridade e se a pena é suscetível de ser aplicada disciplinarmente ao transgressor.

Por fim, apresentamos um quadro esquemático do cabimento ou não do *habeas corpus* com base na jurisprudência dos tribunais superiores:

CABE HABEAS CORPUS	NÃO CABE HABEAS CORPUS
- Para trancamento da ação penal ainda que o denunciado tenha aceitado proposta de suspensão condicional do processo formulada pelo Ministério Público (art. 89, Lei n.º 9.099/99); - Para questionar imposição de medidas cautelares de natureza criminal diversas da prisão, pois se descumprida a medida alternativa, é possível o estabelecimento da custódia, alcançando-se o direito de ir e vir; - Para questionar a legalidade de medida protetiva da Lei Maria da Penha; - Quando a liberdade de alguém estiver direta ou indiretamente ameaçada, ainda que para solucionar questões de natureza processual; - Contra decisão que não homologa ou que homologa apenas parcialmente o acordo de colaboração premiada; - Para questionar decisão de juiz que não permite que os réus delatados apresentem alegações finais somente depois dos réus colaboradores;	- Para discutir sobre a correta fixação de competência, nem se existe conexão entre crimes; - Para discutir ônus das custas, uma vez que não está em causa a liberdade de locomoção (Súmula 395, STF); - Para discutir questões distintas da liberdade de locomoção, por exemplo, crimes que não ensejam pena privativa de liberdade ou contra decisão condenatória de pena de multa ou qualquer pena pecuniária (Súmula 693, STF); - Para reexame de pressupostos de admissibilidade de recursos; - Para discutir tipificação de fatos imputados ao paciente em ação penal; - Para discutir se houve dolo eventual ou culpa consciente em homicídio praticado na direção de veículo automotor, desclassificando o crime; - Para obter autorização de visita em presídio; - Para trancar processo de *impeachment*; - Para questionar pena de suspensão do direito de dirigir; - Contra decisão que determina o afastamento ou perda do exercício da função pública; - Contra decisão de Ministro do STF que decreta a prisão preventiva de investigado ou réu ou contra decisão do Ministro do STJ que nega liminar em ação cautelar;

QUESTÃO DE CONCURSO

(CESPE/CEBRASPE – 2022 – DE-PI – Defensor Público) No que se refere ao habeas corpus, julgue os itens seguintes.

I Cabe habeas corpus em caso de imposição exclusivamente de pena de multa ao sentenciado.

II O habeas corpus pode ser interposto por qualquer pessoa, independentemente de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil.

III Sendo um instrumento legal de garantia do direito de ir e vir, o habeas corpus não pode ser impetrado com o objetivo de discutir eventual ilegalidade de decisão que imponha pena restritiva de direito diversa da prisão.

IV Recente construção jurisprudencial do STF passou a admitir, por analogia, a figura do habeas corpus coletivo.

Estão certos apenas os itens:

a) I e III;

b) I e IV;

c) II e IV;

d) I, II e III;

e) II, III e IV.

Resposta: LETRA C

Justificativa: o item I está incorreto, pois se há previsão para imposição exclusivamente de pena de multa, não há que se falar em violação à liberdade de locomoção.

O item III está incorreto, porque o STF já entendeu que o *habeas corpus* pode ser impetrado para impugnar medidas cautelares de natureza criminal diversas da prisão, uma vez que, caso seja descumprida a medida alternativa, é possível o estabelecimento da custódia, alcançando-se o direito de ir e vir (STF, 1ª Turma, HC 170735/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, redador p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgado em 30/6/2020, Info. 984).

Interessante questão envolve o cabimento do *habeas carbus* para trancamento da ação penal diante da concessão do benefício da transação penal. Assim, questiona-se: a concessão do benefício da transação penal impede a impetração de *habeas corpus* em que se busca o trancamento da ação penal?

Quanto ao ponto, há, atualmente, uma divergência no âmbito do STF e do STJ.

Para a 6° Turma do STJ, com a celebração da transação penal, o *habeas corpus* que estava pendente fica prejudicado (STJ, 6° Turma. HC 495.148-DF, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 24/09/2019, Info. 657).

Para a 2ª Turma do STF, contudo, a aceitação do acordo de transação penal não impede o exame de *habeas corpus* para questionar a legitimidade da persecução penal. Para aquela turma, embora o sistema negocial possa trazer aprimoramentos positivos em casos de delitos de menor gravidade, a barganha no processo penal pode levar a riscos consideráveis aos direitos fundamentais do acusado. Assim, o controle judicial é fundamental para a proteção efetiva dos direitos fundamentais do imputado e para evitar possíveis abusos que comprometam a decisão voluntária de aceitar a transação. Não há qualquer disposição em lei que imponha a desistência de recursos ou ações em andamento ou determine a renúncia ao direito de acesso à Justiça (STF, 2ª Turma, HC 176785/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 17/12/2019).

Chama-se atenção, ainda, para as seguintes súmulas do STF:

ATENÇÃO

Súmula 606, STF: Não cabe habeas corpus originário para o Tribunal Pleno de decisão de Turma, ou do Plenário, proferida em habeas corpus ou no respectivo recurso.

Súmula 691, STF: Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar.

Súmula 692, STF: Não se conhece de habeas corpus contra omissão de relator de extradição, se fundado em fato ou direito estrangeiro cuja prova não constava dos autos, nem foi ele provocado a respeito.

Súmula 693, STF: Não cabe habeas corpus contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada.

Súmula 694, STF: Não cabe habeas corpus contra a imposição da pena de exclusão de militar ou de perda de patente ou de função pública.

Súmula 695, STF: Não cabe habeas corpus quando já extinta a pena privativa de liberdade.

ATENÇÃO

O *habeas corpus* pode ser manejado em face de matérias cíveis (*habeas corpus* cível), mencionando-se, como exemplo, no caso de prisão civil de devedor de alimentos ou no caso de retenção de passaporte pela justiça cível, que é uma medida executiva atípica.

2.5. Legitimidade

A **legitimidade ativa** para a propositura do *habeas corpus* é universal, não sendo necessário sequer advogado para a sua impetração. Assim, tal ação pode ser interposta por:

qualquer pessoa física, nacional ou estrangeira, em seu favor ou em favor de terceiros, até mesmo em se tratando de absolutamente incapaz;

pessoas jurídicas em favor de terceiros (pessoas físicas);

Ministério Público em favor de terceiros;

juiz ou tribunal podem conceder o *habeas corpus* de ofício, devendo-se respeitar as regras de competência.

Quanto ao *habeas* corpus coletivo, o STF entende que deve ser aplicado, por analogia, o art. 12 da Lei n.º 13.300/2016 (legitimados para a propositura do mandado de injunção coletivo), sendo legitimados:

Ministério Público;

Partido político com representação no Congresso Nacional;

Organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 ano;

Defensoria Pública.

QUESTÃO DE CONCURSO
(**CESPE/CEBRASPE – 2022 – MPE-TO – Promotor de Justiça Substituto)** Segundo o STF, a legitimidade ativa do habeas corpus coletivo deve ser reservada, por analogia, aos legitimados estabelecidos na Lei do Mandado de Injunção Coletivo. **Gabarito: CORRETO.**

A legitimidade universal se estende aos recursos contra decisões denegatórias de *habeas corpus*. Frise-se, contudo, que é necessária a capacidade postulatória (exigência de advogado para o ato) para realização de sustentação oral.

Quanto à **legitimidade passiva**, esta recai sobre quem pratica a ilegalidade ou o abuso de poder, violentando, coagindo ou ameaçando a liberdade de locomoção do paciente.

Em regra, o sujeito passivo será uma **autoridade pública**, podendo ser delegado de polícia, promotor de justiça, magistrado etc. É chamada de **autoridade coatora.**

Excepcionalmente, admite-se um particular na legitimidade passiva do *habeas corpus,* seja pessoa física ou jurídica. Como exemplo, menciona-se o caso de um hospital que se recusa a liberar o paciente por falta de pagamento de despesas hospitalares ou clínicas psiquiátricas que pratiquem violência ou coação a liberdade de locomoção dos pacientes internados.

2.6. Competência (originária e recursal)

A análise da competência para processar e julgar o *habeas corpus* partirá das regras definidas constitucionalmente e, em seguida, da análise do CPP. A partir de então, de acordo com Eduardo dos Santos (2022, p. 1500), verificam-se três critérios:

a) prerrogativa de foro – verifica-se se o paciente ou a autoridade coatora possuem prerrogativa de foro que fixe competência originária;

b) hierarquia jurisdicional – se o paciente ou a autoridade coatora não possuírem prerrogativa de foro, analisa-se o critério hierárquico, de modo que, quando o ato coator for de autoridade judiciária, a competência para julgar será do órgão jurisdicional que lhe é imediatamente superior;

c) competência territorial – não havendo prerrogativa de foro ou hierarquia jurisdicional envolvida, verifica-se a competência territorial, nos termos do art. 649 do CPP, que estabelece:

> **Art. 649, CPP -** O juiz ou o tribunal, dentro dos limites da sua jurisdição, fará passar imediatamente a ordem impetrada, nos casos em que tenha cabimento, seja qual for a autoridade coatora.

Diante disso, pode-se esquematizar a competência para processamento e julgamento do *habeas corpus* da seguinte forma:

COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR HABEAS CORPUS	
STF	- sendo **paciente** Presidente da República, Vice-Presidente, membros do Congresso Nacional, seus próprios ministros, Procurador Geral da República, Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, membros dos Tribunais Superiores, do TCU e os chefes de missão diplomática de caráter permanente (art. 102, I, *d*, CF/88);

STJ	- 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 (art. 102, I, *i*, CF/88).
	- quando o **coator ou paciente** for Governador de Estado ou do DF, desembargador de TJ, membro de TCE ou TC do DF, de TRF, TRE e TRT, membro de Conselho ou TC de Municípios, membro do MPU que oficiem perante Tribunal, ou quando o **coator** for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral (art. 105, I, *c*, da CF/88);
TRF	- quando a **autoridade coatora** for juiz federal (art. 108, I, *d*, da CF/88), Turma Recursal Federal ou Procurador da República;
JUIZ FEDERAL	- em **matéria criminal de sua competência** ou quando o constrangimento provier de **autoridade coatora sujeita à jurisdição federal** (art. 109, VII, da CF/88), como, por exemplo, o Delegado Federal;
TURMA RECURSAL FEDERAL	- quando a **autoridade coatora** for juiz dos juizados especiais criminais federais;
TJ	- quando a **autoridade coatora** for juiz de direito, turma recursal estadual ou promotor de justiça; - nos casos determinados pela respectiva legislação estadual, respeitadas as disposições da CF/88 e do CPP;
JUIZ DE DIREITO	- em **matéria criminal de sua competência** ou quando o constrangimento provier de **autoridade coatora sujeita à sua jurisdição**, por exemplo, o Delegado de Polícia Civil;
TURMA RECURSAL ESTADUAL	- quando a **autoridade coatora** for juiz dos Juizados Especiais Criminais Estaduais;
JUSTIÇA ELEITORAL	- nos casos determinados pela legislação específica, respeitadas as disposições da CF/88 e do CPP;
JUSTIÇA MILITAR	- nos casos determinados pela legislação específica, respeitadas as disposições da CF/88 e do CPP;

Quanto ao sistema recursal, pode ser assim sistematizado (SANTOS, p. 1501-1502):

COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR RECURSOS EM HABEAS CORPUS	
CONTRA DECISÕES DO JUÍZO DE 1º GRAU	**- Recurso em sentido estrito (art. 581, X, CPP)** – cabível contra decisão concessiva ou denegatória de *habeas corpus*; **- Recurso *ex officio* (art. 574, I, CPP)** – em caso de decisão concessiva de *habeas corpus*, mesmo que não haja recurso das partes, o juiz deve remeter a decisão para reanálise pelo Tribunal;

CONTRA DECISÕES DE TURMA RECURSAL	**- Reexame necessário –** conforme a Súmula 344 do STF, a sentença de primeira instância concessiva da *habeas corpus*, em caso de crime praticado em detrimento de bens, serviços ou interesses da união, está sujeita a recurso *"ex officio".*
	- Recurso Extraordinário para o STF (art. 102, III, CF/88) – cabível contra decisão em *habeas corpus* proferida por Turma Recursal de Juizado Especial, desde que preenchidos os requisitos de admissibilidade.
CONTRA DECISÕES DE TJ E TRF	**- Recurso Ordinário para o STJ (art. 105, II, *a*, CF/88) –** em caso de decisão denegatória de *habeas corpus* decidido em única ou última instância por TJ ou TRF; **- Recurso Especial para o STJ e Recurso Extraordinário para o STF (art. 105, III, CF/88 e art. 102, III, da CF/88, respectivamente)** – em caso de decisão concessiva de *habeas corpus* decidido em única ou última instância por TJ ou TRF, se preenchidos os requisitos de admissibilidade.
CONTRA DECISÕES DE TRIBUNAIS SUPERIORES	**- Recurso Ordinário para o STF (art. 102, II, *a*, CF/88)** – em caso de decisão denegatória de *habeas corpus* decidido em única instância por Tribunal Superior. **- Recurso Extraordinário para o STF (art. 102, III, CF/88) –** em caso de decisão concessiva de *habeas corpus* decidido por Tribunal Superior, se preenchidos os requisitos de admissibilidade.

QUESTÃO DE CONCURSO

(MPE-RJ – 2022 – MPE-RJ – Promotor de Justiça Substituto) Compete ao STF julgar, em recurso ordinário, habeas corpus decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, quando concedida a ordem. **INCORRETO.**

Justificativa: de acordo com o art. 102, II, a, CF/88, o STF julgará, em recurso ordinário, habeas corpus decidido em única instância em caso de decisão denegatória.

2.7. Procedimento

O procedimento do *habeas corpus* é especial, estabelecido pelo CPP, caracterizando-se pela **celeridade** e **informalidade**, podendo, por exemplo, ser impetrado por telegrama, telefone, e-mail, ou outros meios eletrônicos aptos.

De acordo com o art. 5º, LXXVII da CF/88, a ação de *habeas corpus* é gratuita.

O art. 654 do CPP estabelece:

> **Art. 654, CPP -** O habeas corpus poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.
> **§1º** A petição de habeas corpus conterá:
> **a)** o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exercer a violência, coação ou ameaça;
> **b)** a declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que funda o seu temor;
> **c)** a assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residências.
> **§2º** Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de habeas corpus, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

O pedido poderá solicitar a concessão de **medida liminar,** desde que presentes os requisitos do ***fumus boni iuris*** (probabilidade do direito) e ***periculum in mora*** (perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo). A liminar poderá ser concedida, inclusive, *inaudita altera pars*. Frise-se que, segundo o STF, **não cabe recurso contra decisão do Ministro relator que, motivadamente, defere ou indefere liminar em *habeas corpus.***

Uma vez que se trata de ação de cognição sumária, o *habeas corpus* deve ser impetrado com prova pré-constituída, não se admitindo dilação probatória ou reexame de análise probatória.

Recebida a petição inicial e julgado o pedido de liminar (se houver), o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar, podendo, em caso de desobediência, expedir mandado de prisão contra o detentor, que será processado na forma da lei, providenciando para que o paciente seja retirado da prisão e apresentado em juízo (art. 656, CPP).

Caso a petição contenha os requisitos exigidos no art. 654, §1º do CPP (acima transcrito), o juiz ou tribunal requisitará da autoridade indicada como coatora informações por escrito e, logo após a prestação das informações, será concedida vista ao Ministério Público pelo prazo de 2 dias. Findo esse prazo, os autos, com ou sem parecer, serão conclusos para julgamento. Contudo, tal previsão normativa só existe para os processos de *habeas corpus* perante os tribunais, assegurada a intervenção oral do representante do MP no julgamento desses processos.

Ou seja: é possível que o membro do MP na primeira instância não participe do processo de *habeas corpus* antes de prolatada a sentença, em que pese deva ser intimado da decisão, seja ela concessiva ou denegatória.

Em regra, o assistente de acusação não possui legitimidade para intervir no processo de *habeas corpus*. Também não se admite, em regra, a intervenção de terceiros, podendo, excepcionalmente, se a ação for oriunda de ação penal privada, admitir-se a intervenção do querelante no julgamento do HC, uma vez que ele possui interesse jurídico na decisão.

Por fim, o *habeas corpus* pode ser manejado como sucedâneo de recurso e, até mesmo, simultaneamente a um recurso.

2.8. Decisão

O juiz ou Tribunal competente para julgamento do *habeas corpus* não está vinculado aos fundamentos do pedido, podendo proferir julgamento *extra petita*.

A decisão poderá ser estendida aos demais corréus, caso a concessão não tenha se dado por motivos de ordem pessoal.

Em razão do princípio do *in dúbio pro réu*, no caso de empate na votação, a ordem deverá ser deferida em favor do paciente.

Ao julgamento do *habeas corpus*, aplica-se a proibição do *reformatio in pejus*.

Por fim, os efeitos da concessão da ordem de *habeas corpus* dependerá da espécie manejada:

no caso de *habeas corpus* **preventivo,** a sua concessão resultará na expedição de um salvo-conduto, para cessar a ameaça de violência ou coação à liberdade de locomoção;

no *habeas corpus* **repressivo,** será expedido um alvará de soltura;

para o *habeas corpus* **suspensivo,** expede-se também um salvo-conduto, suspendendo o mandado de prisão ilegal ou abusivo ainda não cumprido;

por fim, no caso de *habeas corpus* **profilático,** a sua concessão resultará na expedição de uma ordem de trancamento da ação penal ou do inquérito policial, ou de qualquer outro procedimento investigatório abusivo, ou ilegal.

3. *HABEAS DATA*

3.1. Conceito

O *habeas data* é uma ação constitucional de natureza cível concebida para a proteção do direito de acesso e conhecimento de dados ou informações pessoais constantes de registros ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público.

3.2. Cabimento

O art. 5º, LXXII da CF/88 estabelece:

> **Art. 5º, LXXII, CF/88** - 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;

Já o art. 7º da Lei n.º 9.507/97 prevê:

> **Art. 7º, Lei nº 9.507/97 -** Conceder-se-á habeas data:
> **I** - para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
> **II** - para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;
> **III** - para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável.

Por **bancos de dados governamentais** entendem-se os bancos de dados públicos, de órgãos da Administração Pública Direta ou Indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista) de todos os Poderes.

Quanto aos **bancos de dados privados de caráter público,** têm-se todos os registros ou banco de dados que contenham informações que sejam ou que possam ser disponibilizadas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações, a exemplo do SPC e SERASA.

Verifica-se que o *habeas data* é uma ação personalíssima, cabível apenas para assegurar o **conhecimento, retificação ou anotação de dados relativos à pessoa do impetrante**, não devendo ser confundido com o direito geral de informação, previsto no inciso XXXIII do art. 5º da CF/88.

Não se pode confundir, ainda, com o direito de obtenção de certidões em repartições públicas, previsto no inciso XXXIV, *b*, da CF/88, que consiste no direito de obter certidões para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal, sendo, neste caso, cabível o mandado de segurança em

caso de negativa. O *habeas data* é manejado para o acesso da informação em si, e não para se obter uma certidão sobre a informação.

O impetrante deve demonstrar o interesse de agir, ou seja, a prova de recusa do órgão responsável em fornecer as informações pretendidas.

O art. 8º da Lei n.º 9.507/97 afirma que a petição inicial deverá preencher os requisitos estabelecidos no CPC, devendo ser apresentada em duas vias. O parágrafo único do aludido dispositivo exige a prova de recusa, nos seguintes termos:

> **Art. 8º, parágrafo único, Lei nº 9.507/97 –**
> **Parágrafo único.** A petição inicial deverá ser instruída com prova:
> **I** - da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão;
> **II** - da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de quinze dias, sem decisão; ou
> **III** - da recusa em fazer-se a anotação a que se refere o § 2º do art. 4º ou do decurso de mais de quinze dias sem decisão.

Embora a doutrina majoritária defenda que em uma mesma ação de *habeas data* pode haver o pedido de acesso às informações e, em complemento, de retificação e/ou anotação de informações com base justamente nas informações sobre as quais teve acesso, **o STJ não tem admitido** essa cumulação de pedidos.

3.3. Legitimidade

A **legitimidade ativa** do *habeas data* é atribuída a:

- pessoa física, podendo ser brasileiro (nato ou naturalizado) ou estrangeiro (residente ou não no Brasil);
- pessoa jurídica;
- órgãos públicos despersonalizados.

Por ser uma ação personalíssima, não se admite substituição processual, sendo cabível, contudo, a legitimação ordinária, segundo o qual o interessado deve ingressar com a ação em nome próprio.

Admite-se, contudo, uma exceção: a legitimidade *ad causam* dos herdeiros legítimos e do cônjuge ou companheiro supérstite para impetração do *habeas data* quando se tratar de causas relativas à transmissão de direitos *causa mortis* ou que possam refletir no patrimônio moral do *de cujus.*

QUESTÃO DE CONCURSO

(**CESPE/CEBRASPE – 2021 – MPE-AP – Promotor de Justiça Substituto)** Não é admissível que os herdeiros legítimos do morto ou o cônjuge supérstite impetrem habeas data para postular direito do falecido, em razão do caráter personalíssimo desse instrumento.

Gabarito: INCORRETO.

Resolução: apesar do caráter personalíssimo da ação, admite-se, excepcionalmente, a legitimidade *ad causam* dos herdeiros legítimos e do cônjuge ou companheiro supérstite para impetração do *habeas data* quando se tratar de causas relativas à transmissão de direitos *causa mortis* ou que possam refletir no patrimônio moral do *de cujus.*

Quanto à **legitimidade passiva**, a ação pode ser impetrada contra pessoa jurídica de direito público ou pessoa jurídica de direito privado nas quais se encontrem os registros ou bancos de dados públicos ou de caráter público.

Sobre as pessoas jurídicas da Administração Pública Indireta, o STF já decidiu que as empresas estatais exploradoras de atividade econômica não podem figurar no pólo passivo da ação, salvo se o seu registro ou banco de dados a que se pretende acesso for de caráter público, ou seja, contiver informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de seu uso privativo.

QUESTÃO DE CONCURSO
(**MPE-RJ – 2022 – MPE-RJ – Promotor de Justiça Substituto)** Toda pessoa, física ou jurídica, pode ajuizar o *habeas data*, visando obter acesso a suas informações pessoais contidas em banco de dados, ainda que em face de empresa privada que presta serviço de proteção ao crédito. **Gabarito: CORRETO.**

3.4. Competência (Originária e Recursal)

A partir da leitura do texto da Constituição e do art. 20 da Lei n.º 9.507/97, pode-se definir o seguinte esquema de competências originárias:

COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR *HABEAS DATAS*	
STF	- Contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do TCU, do PGR e do próprio STF (art. 102, I, *d*, da CF/88); - Contra o CNJ e o CNMP (art. 102, I, *r*, da CF/88)
STJ	- Contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal (art. 105, I, *b*, da CF/88);
TRF	- Contra ato do próprio Tribunal ou de Juiz Federal (art. 108, I, *c*, da CF/88);
JUIZ FEDERAL	- Contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais (art. 109, VIII, CF/88);
TJ	- Conforme estabelecer a respectiva Constituição e legislação do Estado, contra atos de autoridades e agentes estaduais e/ou municipais (art. 125, §1º da CF/88);
JUIZ DE DIREITO	- Conforme estabelecer a respectiva Constituição e legislação do Estado, contra atos de autoridades e agentes estaduais e/ou municipais, excetuados os casos de competência dos TJs;
JUSTIÇA ELEITORAL	- Em matéria eleitoral, conforme a respectiva legislação, respeitadas as disposições da Constituição (art. 121, §4º, V, da CF/88);
JUSTIÇA MILITAR	- Quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição (art. 114, IV da CF/88);

Quanto à competência recursal, pode ser assim sistematizada.

COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR RECURSOS EM *HABEAS DATAS*	
STF	- em **recurso ordinário**, quando o *habeas data* for decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão (art. 102, II, *a*, da CF/88);

	- em **recurso extraordinário,** quando o *habeas data* for decidido em única ou última instância, se preenchidos os requisitos de admissibilidade (art. 102, III da CF/88);
STJ	- em **recurso especial**, quando o *habeas data* decidido em única ou última instância, pelos TRFs ou TJs, se preenchidos os requisitos de admissibilidade (art. 105, III da CF/88);
TRF	- em **apelação**, quando a decisão de *habeas data* for proferido pelo Juiz Federal (art. 108, II, da CF/88);
TJ	- em **apelação**, quando a decisão de *habeas data* for proferido pelo Juiz de Direito, nos termos da respectiva Constituição do Estado;
TSE	- em grau de recurso, quando o *habeaas data* for denegado por decisão de TRE (art. 121, §4º, V, da CF/88).

3.5. Procedimento

A ação de *habeas data* possui um procedimento bifásico, que compreende uma fase administrativa e uma fase judicial. Para a fase judicial, é imprescindível a provocação da via administrativa, uma vez que é a negativa indica o interesse de agir.

Na **fase administrativa** o interessado requer o acesso, retificação, anotação ou explicação sobre um dato exato constante do banco de dados. Os artigos 2º ao 4º da Lei n.º 9.507/97 estabelecem:

> **Art. 2º, Lei nº 9.507/97 -** O requerimento será apresentado ao órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados e será deferido ou indeferido no prazo de quarenta e oito horas.
> **Parágrafo único.** A decisão será comunicada ao requerente em vinte e quatro horas.
> **Art. 3º, Lei nº 9.507/97 -** Ao deferir o pedido, o depositário do registro ou do banco de dados marcará dia e hora para que o requerente tome conhecimento das informações.
> Parágrafo único.(VETADO)
> **Art. 4º, Lei nº 9.507/97 -** Constatada a inexatidão de qualquer dado a seu respeito, o interessado, em petição acompanhada de documentos comprobatórios, poderá requerer sua retificação.
> **§ 1º** Feita a retificação em, no máximo, dez dias após a entrada do requerimento, a entidade ou órgão depositário do registro ou da informação dará ciência ao interessado.
> **§ 2º** Ainda que não se constate a inexatidão do dado, se o interessado apresentar explicação ou contestação sobre o mesmo, justificando possível pendência sobre o fato objeto do dado, tal explicação será anotada no cadastro do interessado.

Verifica-se que art. 2º assegura um prazo total de 72 horas para o fornecimento da informação (48 horas para a decisão + 24 horas para comunicação ao requerente).Trata-se de prazo inferior ao exigido para a configuração do interesse de agir que possibilita a impretração da ação judicial de *habeas data* (10 ou 15 dias sem decisão, nos termos do art. 8º da Lei n.º 9.507/97). Há, então, uma aparente incoerência e atecnia do legislador quanto ao ponto. Contudo, a posição predominante tem exigido, na prática, o decurso dos prazos informados no parágrafo único do art. 8º da lei para que se configure o interesse de agir.

Na **fase judicial**, o impetrante impetra o *habeas data,* devendo a petição inicial preencher os requisitos do CPC e estar instruída com a prova da recusa.

O pedido poderá solicitar a concessão de **medida liminar**, desde que presentes os requisitos do ***fumus boni iuris*** (probabilidade do direito) e ***periculum in mora*** (perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo). A liminar poderá ser concedida, inclusive, *inaudita altera pars*.

O art. 9º da lei prevê que o juiz, ao despachar a inicial, ordenará que se notifique o coator do conteúdo da petição, entregando-lhe a segunda via apresentada pelo impetrante, com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de dez dias, preste as informações que julgar necessárias. Findo o prazo e ouvido o representante do Ministério Público no prazo de 5 (cinco) dias, os autos serão conclusos ao juiz para decisão a ser proferida em 5 (cinco) dias.

O pedido de *habeas data* é gratuito (nas fases administrativa e judicial e, inclusive, na fase recursal) e o seu processo tem prioridade sobre todos os atos judiciais, exceto *habeas corpus* e mandado de segurança. O pedido poderá ser renovado se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito.

Haverá perda superveniente do objeto da ação caso a informação anteriormente negada administrativamente seja apresentada durante a fase judicial.

3.6. Decisão

De acordo com o art. 13 da Lei 9507/97:

> **Art. 13, Lei 9507/97 -** Na decisão, se julgar procedente o pedido, o juiz marcará data e horário para que o coator:
> **I** - apresente ao impetrante as informações a seu respeito, constantes de registros ou bancos de dados; ou
> **II** - apresente em juízo a prova da retificação ou da anotação feita nos assentamentos do impetrante.

Da sentença do juízo de primeiro grau, caberá apelação, que, no caso de decisão concessiva, terá efeito meramente devolutivo.

Contudo, o Presidente do Tribunal ao qual competir o conhecimento do recurso poderá suspender a execução da sentença concessiva do *habeas data*, caso em que caberá agravo interno para o próprio Tribunal em que se encontra a ação.

Nos casos de competência dos Tribunais, a instrução do processo caberá ao relator da ação.

4. MANDADO DE SEGURANÇA

4.1. Conceito, Origem, Natureza Jurídica e Finalidade

De acordo com Hely Lopes Meirelles, o mandado de segurança pode ser entendido como:

> [...] o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesando ou ameaçado de lesão, por todo de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça (1997, p. 21).

Trata-se de uma criação tipicamente brasileira, instituída pela CF/1934, suspensa na CF/1937, mas restabelecida com a CF/1946 e integrando todas as Constituições posteriores.

Na CF/1988, é previsto no inciso LXIX do art. 5º:

> **Art. 5º, LXIX, CF/88** - conceder-se-á 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;

A novidade da CF/88 foi o mandado de segurança coletivo, previsto no inciso LXX da CF/88:

> **Art. 5º, LXX, CF/88 -** 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;

O mandado de segurança é uma ação constitucional, de natureza civil, com rito sumário e especial, com a finalidade de proteger direito líquido e certo lesionado ou ameaçado de lesão, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, em razão de ilegalidade ou abuso de poder cometido por autoridade pública, ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições públicas.

4.2. Espécies

Doutrinariamente, apresentam-se dois critérios para a identificação das espécies de mandado de segurança:

a) Quanto à finalidade:

Mandado de Segurança Repressivo – impetrado para interromper uma lesão a direito líquido e certo;

Mandado de Segurança Preventivo - impetrado para evitar que ocorra lesão a direito líquido e certo.

b) Quanto à titularidade do direito líquido e certo:

Mandado de Segurança Individual – impetrado para proteger direito líquido e certo individual;

Mandado de Segurança Coletivo – impetrado para proteger direito líquido e certo transindividual.

4.3. Requisitos

Da análise do inciso LXIX do art. 5º da CF/88, podem ser identificados os seguintes requisitos do mandado de segurança:

a) Ato de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições públicas – o ato pode ser omissivo ou comissivo, oriundo da Administração Pública (ato administrativo), do Poder Judiciário (ato judicial) ou do Poder Legislativo (ato legislativo).

Por autoridade pública, deve-se entender o agente das pessoas jurídicas de direito público, direta e indireta (autarquias, fundações públicas e até mesmo empresas públicas e sociedades de economia mista quando praticarem atos regidos pelo direito público), de todos os entes federativos, de todos os Poderes.

Por agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições públicas, deve-se entender o representante da pessoa jurídica de direito privado que desempenha uma função pública por delegação do próprio poder público, que atua no lugar do Estado.

O §1º do art. 1º da Lei n.º 12.016/2009 prevê:

> **Art. 1º, § 1º, Lei nº 12.016/2009 -** Equiparam-se às autoridades, para os efeitos desta Lei, 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.

Ademais, o §2º afirma que 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.

b) Ilegalidade ou abuso de poder – aqui, a legalidade deve ser compreendida de forma ampla, abrangendo desde a inobservância da Constituição até contrariedade a atos normativos de segundo grau, como decretos e resoluções.

Ademais, o ato ilegal ou abusivo pode ser vinculado, ou discricionário. A doutrina afirma, contudo, que não cabe mandado de segurança para controlar o mérito dos atos administrativos discricionários, devendo-se restringir ao controle da legalidade desses atos.

c) Lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo – direito líquido e certo é aquele que o impetrante consegue provar de imediato, sem necessidade de dilação probatória, já que o autor da ação prova o fato desde o começo, com a juntada de todas as provas necessárias na petição inicial.

A doutrina aponta que o direito líquido e certo não é mera questão de mérito no mandado de segurança, mas sim condição da ação, que ausente afasta o interesse de agir.

Há, contudo, uma exceção à exigência de prova pré-constituída, prevista no §1º do art. 6º da Lei n.º 12.016/09:

> **Art. 6º, § 1º, Lei nº 12.016/2009 -** No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de 10 (dez) dias. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição.

d) Subsidiariedade ao *habeas corpus* e ao *habeas data* – se cabível, no caso concreto, *habeas corpus* ou *habeas data*, não há que se falar em cabimento de mandado de segurança.

4.4. Cabimento

A Lei n.º 12.016/09 traz hipóteses de não cabimento do mandado de segurança:

> **Art. 5º, Lei 12.016/09** - Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:
> **I** - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;
> **II** - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;
> **III** - de decisão judicial transitada em julgado.

Ademais, na jurisprudência dos tribunais superiores podem ser vistas as seguintes hipóteses de cabimento ou não cabimento:

CABE MANDADO DE SEGURANÇA	NÃO CABE MANDADO DE SEGURANÇA
- Contra leis de efeitos concretos, por exemplo, leis de isenções fiscais, não cabendo, por outro lado, contra lei em tese; - Contra ato de Ministro que não efetuou pagamento de valores atrasados de anistiado político, embora não possa ser utilizado como substitutivo da ação de cobrança; - Ainda que a controvérsia seja sobre matéria de direito (Súmula n.º 625, STF); - Contra ato praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista ou empresa pública (Súmula n.º 333, do STJ);	- Para realizar controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo; - Contra ato *interna corporis* das Casas Legislativas; - Contra veto do Presidente da República à projeto de lei; - Para aferir os critérios utilizados pelo TCU em análise de superfaturamento de obra; - Contra atos de gestão comercial praticados por administradores de empresas públicas, sociedades de economia mista e concessionárias de serviço público (§2º do art. 1º da Lei n.º 12.016/09); - Segundo o STJ, não cabe MS contra atos de sua Corte especial (MS 26.596-AgInt); - Como instrumento substitutivo da ação popular (Súmula n.º 101, STF); - Contra lei em tese (Súmula n.º 266, STF); - Contra ato judicial passível de recurso ou correição (Súmula n.º 267, STF); - Contra decisão judicial com trânsito em julgado (Súmula n.º 268, STF); - Como instrumento substitutivo da ação de cobrança (Súmula n.º 269, STF); - Para convalidar a compensação tributária realizada pelo contribuinte (Súmula n.º 460, STJ); - Para atribuir efeito suspensivo a recurso criminal interposto pelo Ministério Público (Súmula n.º 604, STJ).

4.5. Legitimidade

A **legitimidade ativa** para a propositura do mandado de segurança é de quem tem o direito líquido e certo lesado ou ameaçado de lesão. Pode ser impetrado por:

qualquer pessoa física ou jurídica (privada ou pública), nacional ou estrangeira;

órgãos públicos despersonalizados com capacidade processual, como o Ministério Público, Mesas das Casas Legislativas, Chefias do Poder Executivo etc.;

universalidade de bens, como a massa falida e o espólio.

O mandado de segurança é de cunho personalíssimo, não havendo que se falar em habilitação de herdeiros em caso de óbito do impetrante, devendo os seus sucessores utilizar as vias ordinárias na necessidade de concretização dos seus direitos.

Como será analisado quando do estudo do controle de constitucionalidade, o parlamentar possui legitimidade para impetrar mandado de segurança para controle de constitucionalidade preventivo de PEC tendente a abolir cláusula pétrea, diante do direito líquido e certo de participar de um processo legislativo hígido, sem mácula.

Destacam-se, ainda, duas decisões do STF:

O PGR não tem legitimidade para impetrar mandado de segurança contra decisão do CNJ em procedimento de controle administrativo, por não ser titular do direito líquido e certo supostamente lesado (STF, MS 33.736, Rel. Min. Carmén Lúcia).

Embora os TJs não tenham personalidade jurídica própria, eles possuem legitimidade para o mandado de segurança contra ato do Governador do Estado em defesa de sua autonomia institucional (STF, MS 34.483-MC, Rel. Min. Dias Toffoli);

Por fim, o art. 24 da Lei n.º 12.016/09 afirma que se aplicam ao mandado de segurança os artigos do CPC que regulamentam o litisconsórcio, destacando-se que o ingresso de litisconsorte ativo não será admitido após o despacho da petição inicial (§2º do art. 10) e não se admitindo a formação de litisconsórcio ativo facultativo após concessão de medida liminar, por ferir o princípio do juiz natural (STJ, REsp 87.641, Min. Ari Pargendler).

Quanto à **legitimidade passiva**, ela recai sobre a autoridade coatora, seja a que tenha praticado diretamente o ato impugnado ou aquela da qual tenha emanado a ordem para a sua prática.

Os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público (somente no que disser respeito a essas atribuições), equiparam-se às autoridades (§1º do art. 1º da Lei n.º 12.016/09).

Já o art. 2º da Lei n.º 10.016/09 estabelece:

> **Art. 2º, Lei nº 10.016/09 -** Considerar-se-á 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.

A pessoa jurídica a qual está vinculada a autoridade coatora também é legitimada passiva para o mandado de segurança.

Os agentes considerados meros executores do ato impugnado, por outro lado, não são legitimados passivos para o mandado de segurança.

No caso de ato praticado por autoridade que esteja no exercício de competência delegada, contra ela cabe o Mandado de Segurança (Súmula n.º 510, STF).

E se houver erro na indicação da autoridade coatora?

Caso a autoridade indicada erroneamente for vinculada à pessoa jurídica diferente daquela em que atua a real autoridade coatora, o mandado de segurança deve ser extinto sem julgamento do mérito. Mas se

ela for vinculada à mesma pessoa jurídica, não haverá alteração do polo passivo, podendo ser feita a correção de ofício pelo juiz, caso necessário.

Se a autoridade indicada erroneamente for a Mesa de uma Casa Legislativa, enquanto a autoridade coatora seria o Presidente da Casa, o STF afirma que o mandado de segurança não deve ser conhecido por ilegitimidade, já que se tratam de pessoas diferentes (STF, MS 23.977, Rel. Cezar Peluso).

Questão interessante é a que versa sobre a **teoria da encampação.**

Caso ocorra indicação errônea da autoridade apontada como coatora e esta, sendo hierarquicamente superior, não se limita a alegar a ilegitimidade e, além de prestar informações, assume a defesa do mérito do ato impugnado, ela encampa o ato em questão, tornando-se legítima para figurar no polo passivo.

Neste sentido, a Súmula 628 do STJ prevê:

> **Súmula n.º 628, STJ -** A teoria da encampação é aplicada no mandado de segurança quando presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos: a) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; b) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas; e c) ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal.

QUESTÃO DE CONCURSO

(CESPE/CEBRASPE – 2021 – MPE-AP – Promotor de Justiça Substituto) A teoria da encampação aplica-se ao mandado de segurança, desde que não exista vínculo hierárquico entre a autoridade que presta informações e a que ordenou a prática do ato impugnado.

Gabarito: INCORRETO.

Resolução: de acordo com a Súmula 628 do STJ, dentre os requisitos para a aplicação da teoria da encampação ao mandado de segurança, deve-se observar a existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado.

Por fim, destacam-se as seguintes Súmulas do STF:

> **Súmula n.º 627, STF -** No mandado de segurança contra a nomeação de magistrado da competência do Presidente da República, este é considerado autoridade coatora, ainda que o fundamento da impetração seja nulidade ocorrida em fase anterior do procedimento.
> **Súmula n. º 631, STF -** Extingue-se o processo de mandado de segurança se o impetrante não promove, no prazo assinado, a citação do litisconsorte passivo necessário.
> **Súmula n. º 701, STF -** No mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra decisão proferida em processo penal, é obrigatória a citação do réu como litisconsorte passivo.

4.6. Competência (originária e recursal)

A competência para a propositura do mandado de segurança é fixada no momento da propositura da ação, sendo irrelevante posterior modificação do *status* funcional da autoridade coatora.

A definição da competência observará duas regras:

a) competência funcional, a qual é estabelecida pela Constituição;

b) competência infraconstitucional, estabelecendo-se como juízo competente para o ajuizamento do *mandamus* a sede da autoridade coatora.

A competência originária pode ser assim estabelecida:

TJ	- em **apelação**, quando a decisão do mandado de segurança for proferida por Juiz de Direito, nos termos da respectiva Constituição do Estado;
TSE	- em grau de recurso, quando o mandado de segurança for denegado por decisão de TRE (art. 121, §4°, VC, da CF/88).

4.7. Procedimento

O mandado de segurança tem um procedimento especial de rito sumaríssimo.

O art. 6º da Lei n.º 12.016/09 prevê:

COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR MANDADO DE SEGURANÇA	
STF	- Contra atos do Presidente da República, das Mesas das Câmaras dos Deputados e do Senado Federal, do TCU, do PGR e do próprio STF (art. 102, I, *d*, da CF/88); - Contra o CNJ e o CNMP (art. 102, I, *r* da CF/88);
STJ	- Contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal (art. 105, I, *b* da CF/88);
TRF	- Contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal (art. 108, I, *c*, da CF/88);
JUIZ FEDERAL	- Contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais (art. 109, VIII, da CF/88);
TJ	- nos termos da Constituição e legislação do Estado, contra atos de autoridades e agentes estaduais e/ou municipais (art. 125, §1º da CF/88);
JUIZ DE DIREITO	- nos termos da Constituição e legislação do Estado, contra atos de autoridades e agentes estaduais e/ou municipais, excetuados os casos de competência dos TJs;
JUSTIÇA ELEITORAL	- em matéria eleitoral, conforme a respectiva legislação, respeitadas as disposições da Constituição (art. 121, §4º, V, da CF/88);
JUSTIÇA DO TRABALHO	- quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição (art. 114, IV da CF/88).

Quanto à competência recursal, pode ser assim sistematizada:

COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR RECURSOS EM MANDADO DE SEGURANÇA	
STF	- em **recurso ordinário**, quando mandado de segurança for decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão (art. 102, II, *a*, da CF/88); - em **recurso extraordinário,** quando o mandado de segurança for decidido em única ou última instância, se concessiva a decisão e se preenchidos os requisitos de admissibilidade (art. 102, III da CF/88);

STJ	- em **recurso ordinário,** quando o mandado de segurança for decidido em única instância pelos TRFs ou TJs, quando denegatória a decisão (art. 105, II, *b* da CF/88); - em **recurso especial**, quando o mandado de segurança for decidido em única ou última instância, pelos TRFs ou TJs, se concessiva a decisão e desde que preenchidos os requisitos de admissibilidade (art. 105, III da CF/88);
TRF	- em **apelação**, quando a decisão de mandado de segurança for proferida pelo Juiz Federal (art. 108, II, da CF/88);

> **Art. 6º, Lei 12.016/09** - A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.
> **§ 1º** No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de 10 (dez) dias. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição.
> **§ 2º** Se a autoridade que tiver procedido dessa maneira for a própria coatora, a ordem far-se-á no próprio instrumento da notificação.
> **§ 3º** Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática.

Deve-se atentar, ainda, para o art. 4º da lei, que trata da impetração do *mandamus* em casos de urgência:

> **Art. 4º, Lei n.º 12.016/09** - Em caso de urgência, é permitido, observados os requisitos legais, impetrar mandado de segurança por telegrama, radiograma, fax ou outro meio eletrônico de autenticidade comprovada.
> **§ 1º** Poderá o juiz, em caso de urgência, notificar a autoridade por telegrama, radiograma ou outro meio que assegure a autenticidade do documento e a imediata ciência pela autoridade.
> **§ 2º** O texto original da petição deverá ser apresentado nos 5 (cinco) dias úteis seguintes.
> **§ 3º** Para os fins deste artigo, em se tratando de documento eletrônico, serão observadas as regras da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil.

A petição inicial poderá ser indeferida de plano, por decisão motivada, nos casos de: a) faltar alguns dos requisitos; b) ter sido impetrado fora do prazo; c) se não for o caso de mandado de segurança. **A decisão de indeferimento do juiz de 1º grau pode ser desafiada por apelação. Caso o indeferimento da inicial se dê por tribunal, em casos de competência originária deste, da decisão do relator caberá agravo para o órgão competente do respectivo tribunal.**

No caso de deferimento da inicial, o juiz despachará, momento em que se aplica o art. 7º da Lei n.º 12.016/09:

> **Art. 7º, Lei n.º 12.016/09** - Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:
> **I** - que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações;
> **II** - que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito;
> **III** - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida,

> sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

Verifica-se que é cabível o pedido de liminar em sede de mandado de segurança, sendo que se trata de um direito subjetivo do autor da ação, conforme se depreende da leitura do inciso III do art. 7º da lei, desde que preenchidos os seguintes requisitos: ***fumus boni iuris*** (probabilidade do direito) e ***periculum in mora*** (perigo da demora ou risco ao resultado útil do processo). O tema será tratado no tópico seguinte.

Findo o prazo para prestação das informações, estabelecido no inciso I do art. 7º, o juiz ouvirá o representante do Ministério Público, que opinará, dentro do prazo improrrogável de dez dias. O STF afirma que a oitiva do MP, contudo, é desnecessária quando se tratar de controvérsia acerca da qual o tribunal já tenha firmado jurisprudência (STF, MS 32.482, Rel. Orig. Min. Teori Zavaski, redator p/ acórdão Min. Edson Fachin).

Com ou sem parecer do Ministério Público, os autos serão conclusos ao juiz, para a decisão, a qual deverá ser necessariamente proferida em trinta dias.

O art. 16 da lei estabelece que, nos casos de competência originária dos tribunais, caberá ao relator a instrução do processo, sendo assegurada a defesa oral na sessão do julgamento do mérito ou do pedido liminar.

O impetrante pode desistir do mandado de segurança a qualquer tempo?

Segundo o STF, sim, ainda que proferida decisão de mérito a ele favorável e sem anuência da parte contrária, já que o *mandamus* não se reveste de lide, em sentido material.

O próprio STF, contudo, já excepcionou a regra. Em caso concreto que versava sobre exigibilidade de concurso público para delegação de serventias extrajudiciais, quando na espécie já houvesse decisão de mérito, objeto de sucessivos recursos, a Suprema Corte entendeu que a desistência teria como finalidade secundária evitar o trânsito em julgado da decisão, possibilitando que a matéria fosse discutida em ação ordinária perante a Justiça Comum, perpetuando a controvérsia (STF, MS 29130 ED-ED-AgR Rel. Min. Teoria Zavascki).

4.7.1. Considerações acerca do pedido de liminar em sede de mandado de segurança

Já se viu que, presentes os requisitos (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), é cabível pedido de liminar.

Da decisão do juiz de primeiro grau que concede ou denega a liminar, caberá o recurso de agravo de instrumento. No caso de mandado de segurança de competência originária dos tribunais, da decisão do relator que concede ou denega a liminar, caberá agravo ao órgão competente do tribunal que integre.

Além da possibilidade agravo, a lei prevê outro instrumento que visa a suspensão dos efeitos da medida liminar: é a **suspensão da liminar (ou suspensão da segurança).** Esta não possui natureza processual de recurso. Ela está prevista no art. 15 da Lei:

> **Art. 15, Lei n.º 12.016/09** - Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

> **§ 1º** Indeferido o pedido de suspensão ou provido o agravo a que se refere o caput deste artigo, caberá novo pedido de suspensão ao presidente do tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.
> **§ 2º** É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 1º deste artigo, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo.
> **§ 3º** A interposição de agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o poder público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo.
> **§ 4º** O presidente do tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida.
> **§ 5º** As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o presidente do tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.

O agravo a que se refere o *caput* do art. 15 (cabível contra decisão do Presidente do Tribunal que concede ou denega a suspensão da liminar) é o agravo interno.

Ademais, a Súmula 626 do STF estabelece:

> **Súmula n.º 626, STF -** A suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração.

O STF já decidiu, no julgamento da ADI 4.296, que o juiz tem a faculdade de 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.

Na mesma ADI, o STF considerou, ainda, inconstitucional o §2º do art. 7º da Lei n.º 12.076/09, por impedir e condicionar a concessão de medida liminar em algumas situações.

Em seguida, deve-se observar a redação dos artigos 8º e 9º da lei:

> **Art. 8º**, **Súmula n.º 626, STF -** Será decretada a perempção ou caducidade da medida liminar ex officio ou a requerimento do Ministério Público quando, concedida a medida, o impetrante criar obstáculo ao normal andamento do processo ou deixar de promover, por mais de 3 (três) dias úteis, os atos e as diligências que lhe cumprirem.
> **Art. 9º, Súmula n.º 626, STF -** As autoridades administrativas, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas da notificação da medida liminar, remeterão ao Ministério ou órgão a que se acham subordinadas e ao Advogado-Geral da União ou a quem tiver a representação judicial da União, do Estado, do Município ou da entidade apontada como coatora cópia autenticada do mandado notificatório, assim como indicações e elementos outros necessários às providências a serem tomadas para a eventual suspensão da medida e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder.

Por fim, o que acontece com a medida liminar no caso de a decisão final do mandado de segurança ser denegatória?

Para responder à pergunta, transcreve-se o disposto no §3º do art. 7º da Lei n.º 12.016/09:

> **Art. 7º, § 3º, Lei nº 12.016/09 -** Os efeitos da medida liminar, salvo se revogada ou cassada, persistirão até a prolação da sentença.

4.7.2. Considerações sobre o prazo para impetração do mandado de segurança

De acordo com o art. 23 da Lei n.º 12.016/09, o prazo para impetração do mandado de segurança é de 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.

Quanto à constitucionalidade do prazo, a Súmula n.º 632 do STF estabelece:

> **Súmula n.º 632, STF** - É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de Mandado de Segurança.

Trata-se de um prazo de natureza decadencial, logo, não se interrompe nem se suspende. Neste sentido, por exemplo, a Súmula 430 do STF afirma o pedido de reconsideração na via administrativa não interrompe o prazo para o mandado de segurança. Ademais, tal prazo não corre contra os absolutamente incapazes, nos termos do art. 208 do CC.

Não corre o prazo de 120 dias, ainda, enquanto houver recurso administrativo, com efeito suspensivo, só se iniciando após ciência da decisão do recurso (STJ, REsp 644.640-AgRg, EDcl., Rel. Min. Gilson Dipp).

O prazo não se aplica para o mandado de segurança preventivo, uma vez que enquanto durar a ameaça de lesão a direito líquido e certo, ele poderá ser manejado.

Quando o mandado de segurança for impetrado contra uma omissão de uma autoridade, caso a Administração não esteja sujeita a prazo para a prática do ato, não se aplica o prazo decadencial de 120 dias. O STF afirma, contudo, que a omissão cessa no momento em que há situação jurídica da qual decorre inequivocamente a recusa por parte da Administração. No caso concreto, a Suprema Corte analisou situação envolvendo concurso público, para afirmar que a abertura de novo processo seletivo pela Administração implica evidente recusa de aproveitamento de candidatos em concurso anterior.

Por outro lado, em havendo prazo para a Administração praticar o ato, o prazo decadencial de 120 dias começa a correr após o fim do prazo para a Administração realizá-lo.

Ainda sobre questão envolvendo concurso público, tanto o STF quanto o STJ já definiram que o termo inicial para impugnar critérios de aprovação e classificação no certame por meio de mandado de segurança conta-se a partir do momento em que a cláusula do edital causar prejuízo ao candidato e não da publicação do edital.

Em sede de processo administrativo federal, o STF estabeleceu que o prazo de 120 dias para a propositura do mandado de segurança contra ato contrário aos interesses da parte só tem início com a intimação direta da parte, nos termos do art. 26, §3º da Lei n.º 9.784/99.

No caso de atos ilegais ou abusivos de trato sucessivo, o prazo decadencial de 120 dias é renovado a cada ato que gerar lesão ao direito líquido e certo do impetrante. Mas se o direito negado foi o próprio direito de fundo, não há que se falar em renovação de lesões ciclicamente, de modo que o prazo deverá ser contado da data em que o impetrante teve conhecimento da denegação.

QUESTÃO DE CONCURSO

(**CESPE/CEBRASPE – 2022 – MPE-TO – Promotor de Justiça Substituto)** Segundo o STJ, o prazo decadencial para impetrar mandado de segurança contra redução do valor de vantagem integrante de proventos ou de remuneração de servidor público renova-se mês a mês.

Gabarito: CORRETO.

E se o mandado de segurança for impetrado em juízo incompetente?

Se o mandado de segurança foi proposto dentro do prazo e sendo o *writ* remetido posteriormente ao juízo competente, não ocorrerá a sua caducidade, uma vez que a ação foi impetrada no prazo legal.

Por fim, destaca-se que o STF já relativizou o prazo de 120 dias do mandado de segurança, excepcionalmente, em face dos princípios da segurança jurídica, da primazia do julgamento de mérito e da eficiência processual, em situação fática na qual a ação foi impetrada fora do prazo, mas teve medida liminar erroneamente deferida pelo relator à época, perdurando por mais de 12 anos, até o julgamento do mérito pelo STF (STF, MS 25.097, Rel. Min. Gilmar Mendes).

4.8. Decisão, Efeitos e Recursos

A decisão que concede o mandado de segurança tem natureza mandamental e o seu descumprimento constitui crime de desobediência, conforme previsto no art. 26 da lei.

Concedido o mandado, o juiz transmitirá em ofício, por intermédio do oficial do juízo, ou pelo correio, mediante correspondência com aviso de recebimento, o inteiro teor da sentença à autoridade coatora e à pessoa jurídica interessada, conforme art. 13 da lei.

O art. 14 da lei prevê:

> **Art. 14, Lei n.º 12.016/09 -** Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.
> **§ 1º** Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição.
> **§ 2º** Estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer.
> **§ 3º** A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar.
> **§ 4º** O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público da administração direta ou autárquica federal, estadual e municipal somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.

Já se viu que da sentença de juiz de primeiro grau de jurisdição, concessiva ou denegatória, caberá **apelação.** Se o mandado de segurança for impetrado originariamente perante o Tribunal, contudo, e o relator indeferir de plano, caberá **agravo regimental.**

É possível, ainda, a interposição dos seguintes recursos, desde que preenchidos os requisitos constitucionais: Recurso Ordinário para o STJ (art. 105, II, *b*); Recurso Especial para o STJ (art. 105, III); Recurso Ordinário para o STF (art. 102, II, *a*); Recurso Extraordinário para o STF (art. 102, III).

Frise-se que, assim como art. 15 prevê a possibilidade de suspensão dos efeitos da liminar, ele prevê também a possibilidade de suspensão dos efeitos da sentença, devendo-se consultar o aludido dispositivo, já transcrito quando da análise da liminar. Da decisão do Presidente do Tribunal que concede ou denega a

suspensão dos efeitos da sentença caberá agravo interno, no prazo de 15 dias, consoante art. 1.070 do CPC/15.

Ainda sobre o sistema recursal em sede de mandado de segurança, destacam-se as seguintes súmulas:

> **Súmula n.º 272, STF -** Não se admite como ordinário recurso extraordinário de decisão denegatória de mandado de segurança.
> **Súmula n.º 299, STF -** O recurso ordinário e o extraordinário interpostos no mesmo processo de mandado de segurança, ou de habeas corpus, serão julgados conjuntamente pelo Tribunal Pleno.
> **Súmula n.º 392, STF -** O prazo para recorrer de acórdão concessivo de segurança conta-se da publicação oficial de suas conclusões, e não da anterior ciência à autoridade para cumprimento da decisão.

O art. 25 da lei prevê:

> **Art. 25, Lei n.º 12.016/09 -** Não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé.

Por fim, quanto à coisa julgada no mandado de segurança, deve-se observar o que preceitua o §6º do art. 6º e o art. 19 da Lei n.º 12.016/09:

> **Art. 6º, § 6º, Lei n.º 12.016/09 -** O pedido de mandado de segurança poderá ser renovado dentro do prazo decadencial, se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito.
> **Art. 19, Lei n.º 12.016/09 -** A sentença ou o acórdão que denegar mandado de segurança, sem decidir o mérito, não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais.

Com isso, há três situações possíveis:

1) Decisão aprecia o mérito e concede a ordem – produz coisa julgada material em favor do impetrante;

2) Decisão aprecia o mérito e denega a ordem – produz coisa julgada material em desfavor do impetrante, impedindo que seja proposta outra ação (seja novo mandado de segurança ou outra ação judicial qualquer);

3) Decisão denegatória que não aprecia o mérito – não produz coisa julgada material, podendo ser impetrado outro mandado de segurança (observado o prazo decadencial de 120 dias) ou até mesmo outra ação judicial.

5. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

5.1. Conceito, Finalidade e Objeto de Proteção

Conforme Bernardo Gonçalves Fernandes:

> A rigor, a sua conceituação é a mesma do mandado de segurança individual, com exceção dos afetados (atingidos) pela proteção do ***mandamus.*** Nesse sentido, podemos afirmar que o mesmo se apresenta como: uma ação constitucional de natureza civil e procedimento especial, que visa proteger direito líquido e certo da coletividade (direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos), lesionado ou ameaçado de lesão, não amparado por ***Habeas***

> ***Corpus*** ou ***Habeas Data,*** em virtude de ilegalidade ou abuso de poder praticada por autoridade pública ou agente jurídico (privado) no exercício de atribuições públicas (2020, p. 775).

Ainda segundo o autor (2020, p. 776), o mandado de segurança coletivo possui tríplice finalidade:

a) evitar acúmulo de demandas idênticas;

b) facilitar o acesso à justiça;

c) fortalecer as entidades de classe.

O objeto de proteção do mandado de segurança coletivo é o direito líquido e certo transindividual, sejam direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. A Lei n.º 12.016/09, contudo, de forma atécnica, omite os direitos difusos de seu âmbito de proteção no parágrafo único do art. 21. Entende-se, contudo, que tal omissão legislativa não pode ser interpretada de forma a restringir a proteção dos direitos difusos pela via do mandado de segurança coletivo, devendo o dispositivo receber interpretação conforme a Constituição. Neste sentido, por exemplo, Eduardo dos Santos (2022, p. 1.532).

5.2. Espécies

O mandado de segurança coletivo pode ser:

a) Repressivo, que busca interromper uma lesão a direito líquido e certo de natureza transindividual;

b) Preventivo, que busca evitar que ocorra lesão a direito líquido e certo de natureza transindividual.

5.3. Requisitos

Os requisitos para a impetração do mandado de segurança coletivo são os mesmos da ação individual, exigindo-se apenas que se trate de direito líquido e certo de natureza transindividual.

Assim, os requisitos são:

a) Ato de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições públicas;

b) Ilegalidade ou abuso de poder;

c) Lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo;

d) Subsidiariedade ao *habeas corpus* e ao *habeas data.*

5.4. Cabimento

Quanto ao cabimento, aplicam-se os mesmos comentários realizados ao mandado de segurança individual.

5.5. Legitimidade

A **legitimidade ativa** do mandado de segurança coletivo vem indicada no art. 5º, LXX da CF/88:

> **Art. 5º, LXX, CF/88 -** 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;

Reproduz-se, ainda, o disposto no art. 21 da Lei n.º 12.016/09:

> **Art. 21, Lei n.º 12.016/09 -** O mandado de segurança coletivzo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, 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.

Quanto ao partido político, a exigência de representação no Congresso Nacional satisfaz-se com a presença de, ao menos, um parlamentar, independentemente da Casa Legislativa à qual ele pertença.

No que se refere à organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, só podem propor a ação para a defesa dos interesses dos seus membros ou associados. Se estiver em jogo a defesa de direito líquido e certo da própria organização sindical, entidade de classe ou da associação, ela deverá ser promovida mediante mandado de segurança individual, e não coletivo. Ademais, o objeto do remédio coletivo deve ter vínculo com os fins próprios da entidade, bastando que seja um direito de titularidade dos associados decorrente das atividades exercidas por eles, ainda que a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria, nos termos da Súmula 630, STF.

O STF afirma, ainda, que o mandado de segurança coletivo tem legitimidade ativa extraordinária, de modo que as entidades legitimadas atuam por substituição processual, e não por representação. Ou seja, as entidades ajuízam a ação em nome próprio para a defesa de direitos alheios (de seus membros ou associados), motivo pelo qual não se faz necessário constar da petição inicial o nome de todos os associados. Por isso, a impetração do MS coletivo em favor dos associados independe da autorização destes, nos termos da Súmula 629 do STF.

Quanto à **legitimidade passiva,** é a mesma do mandado de segurança individual.

5.6. Competência

Quanto à competência, aplicam-se os mesmos comentários realizados ao mandado de segurança individual.

5.7. Procedimento

Em relação ao procedimento, aplicam-se os mesmos comentários realizados ao mandado de segurança individual, inclusive em relação ao prazo para impetração e a concessão de medida liminar.

No que se refere à liminar, há que se fazer apenas uma observação: o STF, na ADI 4.296, julgou inconstitucional o art. 22, §2º da Lei n.º 12.016/09, que estabelecia uma diferença para a concessão de liminar no MS coletivo. Decidiu-se que a exigência de oitiva prévia do representante da pessoa jurídica de direito público como condição para a concessão de medida liminar em mandado de segurança coletivo restringe o poder geral de cautela do magistrado.

5.8. Decisão, Efeitos e Recursos

Em regra, ao mandado de segurança coletivo aplicam-se os mesmos comentários realizados para o mandado de segurança individual no que se refere à decisão, recursos e suspensão dos efeitos da sentença.

Destacam-se, contudo, algumas distinções relevantes:

I) no MS coletivo, os efeitos da decisão abrangem todos os associados que se encontrem na situação descrita na petição inicial, independente do momento em que entraram na associação (se antes ou depois da impetração da ação). Isso se estende, inclusive, à cobrança de eventuais valores anteriores à impetração, podendo tais associados ingressarem com ações individuais próprias para cobrança de valores pretéritos, sem necessidade de demonstração de autorização do ajuizamento do *mandamus* ou se já eram filiados à época;

II) no MS coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante (art. 22 da Lei n.º 12.016/09).

Ademais, destaca-se a redação do §1º do art. 22 da lei:

> **Art. 22, § 1º, Lei n.º 12.016/09 -** O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva.

Há doutrina que defende que a exigência de desistência do mandado de segurança individual é inconstitucional, defendendo-se, ainda, a primazia da decisão de mérito do *mandamus* individual sobre a decisão do *mandamus* coletivo. Neste sentido tem-se, por exemplo, Eduardo dos Santos (2022, p. 1.535).

6. MANDADO DE INJUNÇÃO

6.1. Conceito e Finalidade

De acordo com Dirley da Cunha Jr., o mandado de injunção:

> [...] constitui ação especial de controle concreto ou incidental de constitucionalidade das omissões do poder público, quando a inércia estatal inviabiliza o desfrute de algum direito fundamental. Condiciona-se, portanto, à existência de uma relação de causalidade entre a omissão do poder público e a impossibilidade do gozo de um direito fundamental (2019, p. 771).

Está constitucionalmente previsto no inciso LXXI do art. 5º da CF/88:

> **Art. 5º, LXXI, CF/88 -** 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;

O mandado de injunção apresenta as seguintes finalidades:

a) viabilizar e concretizar o exercício dos direitos constitucionais;

b) combater a inércia dos poderes públicos em regulamentar as normas consagradoras de direitos constitucionais que demandam regulamentação.

A sua finalidade, então, é **combater a síndrome de inefetividade das normas constitucionais.**

6.2. Espécies

As espécies de mandado de injunção são:

a) Quanto à omissão:

- **Mandado de Injunção Total –** busca viabilizar o exercício de direito quando inexiste norma regulamentadora da norma constitucional;
- **Mandado de Injunção Parcial –** busca viabilizar o exercício de direito quando há norma regulamentadora da norma constitucional, mas essa é insuficiente.

b) Quanto à titularidade do direito:

- **Mandado de Injunção Individual –** busca concretizar direito individual constitucional quando a falta de norma regulamentadora inviabilizar ou limitar o seu pleno exercício;
- **Mandado de Injunção Coletivo –** busca concretizar direito transindividual constitucional quando a falta de norma regulamentadora inviabilizar ou limitar o seu exercício pleno.

6.3. Requisitos

Os requisitos para o cabimento do mandado de injunção são:

a) norma constitucional que dependa de regulamentação para a produção de todos os seus efeitos – partindo da classificação das normas constitucionais de José Afonso da Silva, pode-se afirmar que só cabe mandado de injunção em face de normas constitucionais de eficácia limitada;

b) ausência de norma regulamentadora da norma constitucional, no caso da omissão total, ou insuficiência da norma regulamentadora da norma constitucional, no caso da omissão parcial – conforme se verifica, a omissão pode ser total, quando não há norma regulamentadora da norma constitucional, ou parcial. A omissão parcial ser verificada em dois casos: i) quando a norma regulamentadora não viabiliza de forma adequada ou satisfatória o direito constitucional que ela regulamenta; ii) quando, apesar da regulamentação satisfatória e adequada da norma constitucional, ela não alcança todos os sujeitos que deveria alcançar, configurando-se insuficiência quantitativa (e não qualitativa).

c) inviabilização do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional – a omissão deve ser tal a ponto de inviabilizar o direito, liberdade ou prerrogativa constitucional, sendo necessária a demonstração do nexo de causalidade entre o dever constitucional do Poder Público de legislar (regulamentar) e o direito subjetivo à legislação (regulamentação), invocado pelo impetrante.

6.4. Cabimento

Acerca do cabimento ou não cabimento do mandado de injunção, pode-se sistematizar os seguintes entendimentos:

CABE MANDADO DE INJUNÇÃO	NÃO CABE MANDADO DE INJUNÇÃO
- na modalidade coletiva (MI coletivo) para tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos; - quando a autoridade se recusa a examinar requerimento de aposentadoria especial de servidor público, com fundamento na ausência de norma regulamentadora do art. 40, §4º da CF/88; - em face da *inertia deliberandi* quando, apresentado projeto de lei para regulamentar a norma constitucional, ele não é deliberado e convertido em lei. Ou seja: a simples apresentação do projeto de lei não descaracteriza a inércia do legislador; - diante da mera superação dos prazos assinalados pela Constituição, o que qualifica a inércia estatal como omissão juridicamente relevante.	- para exercício de direito decorrente de norma autoaplicável; - para questionar a efetividade de norma regulamentadora; - para suprir lacuna ou ausência de regulamentação de direito previsto em norma infraconstitucional; - para buscar interpretação correta (ou justa) da norma regulamentadora; - para disciplinar as relações jurídicas decorrentes de Medida Provisória não convertida em lei pelo Congresso Nacional; - para declaração judicial de vacância de cargo, nem para compelir o Presidente da República a praticar ato administrativo concreto e determinado, consistente na indicação, ao Senado, de nome de membro do MPF para ser investido no cargo de PGR; - para reivindicar isonomia de vencimentos entre servidores públicos, nem para vindicar aumento ou extensão de vantagens pecuniárias;

Ademais, se a norma constitucional de eficácia limitada for revogada por Emenda Constitucional, o mandado de injunção restará prejudicado. Ele será prejudicado também caso a norma regulamentadora seja editada antes da decisão.

6.5. Legitimidade

A **legitimidade ativa** para o mandado de injunção individual é definida no art. 3º da Lei n.º 13.300/2016:

> **Art. 3º, Lei n.º 13.300/2016** - São legitimados para o mandado de injunção, como impetrantes, as pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas referidos no art. 2º e, como impetrado, o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora.

Já para o mandado de injunção coletivo, a legitimidade ativa é definida no art. 12 da lei:

> **Art. 12, Lei n.º 13.300/2016** - O mandado de injunção coletivo pode ser promovido:
> **I** - pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis;
> **II** - por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária;
> **III** - por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial;

> **IV** - pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal .
> Parágrafo único. Os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria.

QUESTÃO DE CONCURSO

(**CESPE/CEBRASPE – 2021 – MPE-AP – Promotor de Justiça Substituto)** O Ministério Público tem legitimidade para impetrar mandado de injunção coletivo quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis. **Gabarito: CORRETO.**

Quanto aos partidos políticos e às organizações sindicais, entidade de classe e associações, aplicam-se as mesmas observações que aquelas realizadas quando da análise da legitimidade do mandado de segurança coletivo.

Em relação à **legitimidade passiva**, ela é do Poder, Entidade, Órgão ou Autoridade Pública com atribuição para editar a norma regulamentadora da norma constitucional.

A atribuição pode ser de quaisquer dos Poderes, não se limitando a norma regulamentadora às leis, podendo ser uma espécie normativa secundária, como resoluções, decretos, regulamentos etc. E até mesmo no caso das leis, há situações em que a iniciativa do projeto de lei é de autoridade ou órgão não pertencente ao Poder Legislativo, que é o caso da iniciativa reservada.

Por fim, o STF já estabeleceu que as entidades privadas beneficiadas pelo omissão inconstitucional não podem compor o polo passivo do mandado de injunção, nem mesmo na condição de litisconsorte passivo.

6.6. Competência (originária e recursal)

No âmbito da Constituição, a competência é definida de acordo com o órgão, entidade ou autoridade responsável pela omissão em elaborar a norma regulamentadora. Mas o texto constitucional limita-se em fixar a competência de tribunais superiores e das justiças especializadas, sem tratar da competência da justiça comum.

A **competência originária** pode ser assim sistematizada:

COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR MANDADO DE INJUNÇÃO	
STF	- 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 TCU, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio STF (art. 102, I, *q*, CF/88); - contra o CNJ e o CNMP (art. 102, I, *r*, da CF/88);
STJ	- Quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuado os casos de competência do STF e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal (art. 105, I, *h*, da CF/88);

JUSTIÇA ELEITORAL	- Em matéria de sua competência, conforme a respectiva legislação específica, respeitadas as disposições da Constituição (art. 105, I, *h*, c/c art. 121, §4º, V, da CF/88);
JUSTIÇA DO TRABALHO	- Em matéria de sua competência, conforme a respectiva legislação específica, respeitadas as disposições da Constituição (art. 105, I, *h*, da CF/88);
JUSTIÇA MILITAR	- Em matéria de sua competência, conforme a respectiva legislação específica, respeitadas as disposições da Constituição (art. 105, I, *h*, da CF/88);
JUSTIÇA ESTADUAL	- Quando da elaboração da norma regulamentadora de norma da Constituição Federal for atribuição de órgão, entidade ou autoridade estadual ou municipal, da administração direta ou indireta excluídas as competências da Justiça Federal (por terem sido atribuídas ao STF e ao STJ originariamente), da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Militar (competência residual), observadas a Constituição Federal, a Constituição do Estado e a Lei de organização do Poder Judiciário.

Quanto à **competência recursal**, pode ser assim sistematizada:

COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR RECURSOS EM MANDADO DE INJUNÇÃO	
STF	- em **recurso ordinário,** quando decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão (art. 102, II, *a*, CF/88); - em **recurso extraordinário,** quando decidido em única ou última instância, se concessiva a decisão e desde que preenchidos os requisitos de admissibilidade (art. 102, III, CF/88);
STJ	- em **recurso especial,** quando decididos em única ou última instância, pelos Tribunais de Justiça, desde que preenchidos os requisitos de admissibilidade (art. 105, III, da CF/88);
TJ	- em **apelação,** quando a decisão for proferida por Juiz de Direito, nos casos de mandado de injunção interpostos contra omissão de órgãos, entidades e autoridades estaduais e municipais, observadas a Constituição Federal, a Constituição do Estado e a Lei de Organização do Poder Judiciário;
TSE	- em grau de **recurso,** quando denegado por decisão de TRE (art. 121, §4º, V, da CF/88).

As Constituições estaduais podem, com base no art. 125 da CF/88, estabelecer o mandado de injunção estadual, a ser impetrado contra omissão dos poderes públicos estadual e municipal em regulamentar norma da própria Constituição do Estado.

6.7. Procedimento

O mandado de injunção possui um procedimento especial, desenvolvido nos termos da Lei n.º 13.300/2016.

Quanto à petição inicial, o art. 4º da lei prevê:

> **Art. 4º, Lei n.º 13.300/2016** - A petição inicial deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual e indicará, além do órgão impetrado, a pessoa jurídica que ele integra ou aquela a que está vinculado.
> **§ 1º** Quando não for transmitida por meio eletrônico, a petição inicial e os documentos que a instruem serão acompanhados de tantas vias quantos forem os impetrados.
> **§ 2º** Quando o documento necessário à prova do alegado encontrar-se em repartição ou estabelecimento público, em poder de autoridade ou de terceiro, havendo recusa em fornecê-lo por certidão, no original, ou em cópia autêntica, será ordenada, a pedido do impetrante, a exibição do documento no prazo de 10 (dez) dias, devendo, nesse caso, ser juntada cópia à segunda via da petição.
> **§ 3º** Se a recusa em fornecer o documento for do impetrado, a ordem será feita no próprio instrumento da notificação.

A petição inicial será desde logo indeferida quando a impetração for manifestamente incabível ou manifestamente improcedente, sendo que, da decisão do relator que a indeferir, caberá agravo para o órgão colegiado competente para o julgamento da impetração, no prazo de 5 (cinco) dias.

Sobre possibilidade de medida liminar, a jurisprudência dominante dos tribunais superiores ainda tem sido pelo seu não cabimento em sede de mandado de injunção. Frise-se que as raízes desse entendimento estão atreladas à uma adoção inicial da tese não concretista pelo STF, em que o Poder Judiciário apenas reconhecia a mora do Poder Legislativo, órgão, entidade ou autoridade responsável pela elaboração da norma regulamentadora. Com o advento da Lei n.º 13.300/2016, que adotou expressamente a tese concretista, há uma possibilidade de indicação de futura admissibilidade de concessão de medida liminar em sede de mandado de injunção. Além da adoção da tese concretista, outro ponto que reforça o argumento é a previsão legal de aplicação subsidiária das normas do mandado de segurança e do novo CPC/2015. Neste sentido, por exemplo, Eduardo dos Santos (2022, p. 1544) e Bernardo Gonçalves (2020, p. 795-796). Recomenda-se o acompanhamento da matéria para uma eventual mudança jurisprudencial.

Dando sequência ao procedimento, o art. 5º estabelece:

> **Art. 5º, Lei n.º 13.300/2016** - Recebida a petição inicial, será ordenada:
> **I -** a notificação do impetrado sobre o conteúdo da petição inicial, devendo-lhe ser enviada a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste informações;
> II - a ciência do ajuizamento da ação ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, devendo-lhe ser enviada cópia da petição inicial, para que, querendo, ingresse no feito.

Findo o prazo para apresentação das informações, será ouvido o Ministério Público, que opinará em 10 dias, após o que, com ou sem parecer, os autos serão conclusos para decisão.

6.8. Decisão, Efeitos e Recursos

Bernardo Gonçalves Fernandes realiza uma análise doutrinária, jurisprudencial e legal sobre a decisão concessiva em mandado de injunção (2019, p. 798-808).

No **aspecto doutrinário**, o autor apresenta três correntes:

Teoria da subsidiariedade – o Poder Judiciário apenas declara a mora legislativa, nos moldes da ADI por omissão;

Teoria da independência jurisdicional – a sentença possui caráter constitutivo ***erga omnes***, cabendo ao Poder Judiciário, assim, editar a norma geral, que se estenderá abstratamente a todos;

Teoria da resolutividade – a sentença produz a norma para o caso concreto com natureza constitutiva *inter partes,* viabilizando o direito de forma imediata à luz da própria exegese do art. 5º, LXXI, da CF/88, que preleciona a concessão da injunção justamente para viabilizar direitos inviabilizados por falta de norma regulamentadora de norma constitucional, o que revela uma atividade integradora do Poder Judiciário.

No **aspecto jurisprudencial**, o entendimento do STF evoluiu pelas seguintes teorias:

Tese não concretista – o Poder Judiciário apenas reconhecia a mora do Poder, Órgão, Entidade ou Autoridade, recomendando a supressão da mora, mas sem concretizar o direito constitucional do autor;

Tese concretista – o Poder Judiciário passaria a concretizar o direito constitucional do autor até a superveniência da norma regulamentadora, tendo a decisão natureza constitutiva. Aqui, subdividia-se a tese em:

a) Tese concretista individual – o Poder Judiciário reconhece a mora, notificando a responsável pela edição da norma regulamentadora, e concretiza o direito constitucional no caso concreto, com efeito *inter partes.*

a.1) Tese concretista individual intermediária – o Poder Judiciário não implementa o direito constitucional de imediato. Após reconhecer a mora e notificar o poder público competente para supri-la, fixa um prazo determinado para tanto. Apenas após o transcurso do prazo sem que a mora seja suprida, o Poder Judiciário toma as providências para implementação do direito;

a.2) Tese concretista individual direta – a decisão judicial deve concretizar o direito constitucional diretamente.

b) Tese concretista geral – o Poder Judiciário reconhece a mora do Poder Público, notifica-o e implementa o direito constitucional de forma geral e abstrata, com efeito *erga omnes***,** abarcando até mesmo aqueles que não buscaram a tutela judicial.

Por fim, no **aspecto legal**, tem-se a seguinte situação.

O art. 8º sinaliza para a adoção, a princípio, da **tese concretista individual intermediária.** Eis a dicção do artigo:

> **Art. 8º, Lei n.º 13.300/2016** - Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:
> **I -** determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;
> **II -** estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Pela leitura do *caput* art. 9º, parece possível a adoção da **tese concretista individual direta.**

> **Art. 9º, Lei n.º 13.300/2016 -** A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.

Já o §1º do art. 9º sinaliza para a possibilidade de adoção da **tese concretista geral.**

> **Art. 9º, §1º, Lei n.º 13.300/2016 - § 1º** Poderá ser conferida eficácia ultra partes ou erga omnes à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.

Assim, a lei consagrou a tese concretista. Os §§ 2º e 3º do art. 9º estabelecem ainda:

> **Art. 9º, §2º, §3º, Lei n.º 13.300/2016 –**
> **§ 2º** Transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator.
> **§ 3º** O indeferimento do pedido por insuficiência de prova não impede a renovação da impetração fundada em outros elementos probatórios.

QUESTÕES DE CONCURSO

(**FGV – 2023 – TJ-ES – Juiz Substituto)** Maria impetrou mandado de Injunção perante o Tribunal de Justiça do Estado Alfa, em razão da omissão das autoridades estaduais em editar determinada norma legal que regulamentaria, no plano estadual, comando da Constituição da República de 1988 que dispunha sobre o exercício de certo direito constitucional. O pedido foi julgado procedente, sendo estabelecidas as condições para a fruição do referido direito. Após o trânsito em julgado do acórdão, Maria comentou o êxito obtido com Joana, que se encontrava em idêntica situação fática e almejava fruir o mesmo direito.

À luz dessa narrativa, é correto afirmar que Joana:

A) será beneficiada pelo acórdão, pois a eficácia erga omnes é efeito natural em se tratando de direitos de igual natureza;

B) não pode ser beneficiada em nenhuma hipótese pelo acórdão, pois não integrou o polo ativo da relação processual;

C) pode ser beneficiada pelo acórdão, caso o relator, em decisão monocrática, estenda os seus efeitos aos demais casos análogo

D) pode ser beneficiada caso tenha algum vínculo de natureza subjetiva ou relação jurídica de base similar àquela que embasou a causa de pedir de Maria;

E) não pode ser beneficiada em nenhuma hipótese pelo acórdão, pois a eficácia ultra partes somente é possível quando indispensável ao exercício do direito.

Gabarito: LETRA C.

Resolução: Trata-se de aplicação do §2°, do art. 9° da Lei n° 13.300/2016, que regulamenta o mandado de injunção.

A Lei n.º 13.300/16 previu, ainda, uma **ação de revisão** do mandado de injunção. Tal ação, contudo, não tem natureza processual de recurso nem de ação rescisória. O seu objetivo não é discutir a coisa julgada formada pela decisão, mas sim a aplicabilidade da decisão em face de modificação superveniente nas circunstâncias de fato ou de direito.

Nesse contexto, eis a redação do art. 10 da Lei 13.300 de 2016:

> **Art. 10, Lei 13.300 de 2016** - Sem prejuízo dos efeitos já produzidos, a decisão poderá ser revista, a pedido de qualquer interessado, quando sobrevierem relevantes modificações das circunstâncias de fato ou de direito.
> **Parágrafo único.** A ação de revisão observará, no que couber, o procedimento estabelecido nesta Lei.

E no caso de edição da norma regulamentadora, o que acontece com o mandado de injunção?

No caso de uma norma regulamentadora superveniente, ela produzirá efeitos *ex nunc* em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, salvo se a aplicação da norma editada lhe for mais favorável.

Se a norma regulamentadora for editada antes da decisão, restará prejudicado o mandado de injunção, e o processo será extinto sem resolução do mérito.

Por fim, importante destacar a redação do art. 13 desta lei:

> **Art. 13, Lei 13.300 de 2016 -** No mandado de injunção coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente às pessoas integrantes da coletividade, do grupo, da classe ou da categoria substituídos pelo impetrante, sem prejuízo do disposto nos §§ 1º e 2º do art. 9º.
> **Parágrafo único.** 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.

7. AÇÃO POPULAR

7.1. Conceito e Finalidade

A ação popular é uma ação constitucional de natureza cível que pode ser manejada por qualquer cidadão com o fim de anular atos lesivos ao patrimônio público em geral, englobando patrimônio material e imaterial, econômico, financeiro, histórico, cultural, ambiental etc., ou ao patrimônio de entidade da qual o Estado participe, em razão de ilegalidade ou imoralidade administrativa.

A ação está prevista no inciso LXXIII do art. 5º da CF/88:

> **Art. 5º, LXXIII, CF/88** - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a 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;

7.2. Espécies

As espécies de ação popular são:

a) Ação popular repressiva – para correção de situações nas quais houve lesão ao patrimônio público, em razão de ilegalidade ou imoralidade;

b) Ação popular preventiva – para evitar que ocorra lesão ao patrimônio público, em razão de ilegalidade ou imoralidade administrativa.

7.3. Requisitos

A ação popular possui um requisito subjetivo e um requisito objetivo, a saber:

a) Requisito subjetivo – a ação só pode ser impetrada por **cidadão,** atualmente comprovada através da demonstração de ser detentor da capacidade eleitoral ativa (direito de votar), devendo a petição inicial da ação popular ser instruída com o título eleitoral ou documento a ele correspondente;

b) Requisito objetivo – deve haver lesão ao patrimônio público por ilegalidade ou imoralidade, sendo que a noção de patrimônio público é ampla, englobando, além do erário, todo o patrimônio público material e imaterial, econômico, financeiro, ambiental, histórico, cultural, artístico, estético, turístico etc. e o patrimônio público meramente moral.

Além de combater lesões ao patrimônio público (do povo, da sociedade e do Estado), busca combater ainda lesões ao patrimônio de entidade de que o Estado participe.

A Lei n.º 4.717/65, que regula a ação popular, contempla, nos arts. 2º ao 4º, hipóteses exemplificativas de nulidade e anulabilidade de atos lesivos ao patrimônio público e ao patrimônio das entidades de que o Estado participe.

O art. 2º prevê que são nulos os atos lesivos ao patrimônio público e ao patrimônio das entidades de que o Estado participe, nos casos de: incompetência; vício de forma; ilegalidade do objeto; inexistência dos motivos; e desvio de finalidade. E o parágrafo único estabelece:

> **Art. 2º, parágrafo único, Lei n.º 4.717/65** - **Parágrafo único.** Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:
> **a)** a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
> **b)** o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;
> **c)** a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
> **d)** a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;
> **e)** o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

O art. 3º menciona que os atos lesivos ao patrimônio público e ao patrimônio das entidades de que o Estado participe, cujos vícios não se compreendam nas especificações do art. 2º, serão anuláveis, segundo as prescrições legais, enquanto compatíveis com a natureza deles.

Por fim, o art. 4º prevê:

> **Art. 4º, Lei n.º 4.717/65** - São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1º.
> **I -** A admissão ao serviço público remunerado, com desobediência, quanto às condições de habilitação, das normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais.
> **II** - A operação bancária ou de crédito real, quando:
> **a)** for realizada com desobediência a normas legais, regulamentares, estatutárias, regimentais ou internas;
> **b)** o valor real do bem dado em hipoteca ou penhor for inferior ao constante de escritura, contrato ou avaliação.
> **III** - A empreitada, a tarefa e a concessão do serviço público, quando:
> **a)** o respectivo contrato houver sido celebrado sem prévia concorrência pública ou administrativa, sem que essa condição seja estabelecida em lei, regulamento ou norma geral;
> **b)** no edital de concorrência forem incluídas cláusulas ou condições, que comprometam o seu caráter competitivo;
> **c)** a concorrência administrativa for processada em condições que impliquem na limitação das possibilidades normais de competição.
> **IV -** As modificações ou vantagens, inclusive prorrogações que forem admitidas, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos de empreitada, tarefa e concessão de serviço público, sem que estejam previstas em lei ou nos respectivos instrumentos.,

V - A compra e venda de bens móveis ou imóveis, nos casos em que não cabível concorrência pública ou administrativa, quando:
a) for realizada com desobediência a normas legais, regulamentares, ou constantes de instruções gerais;
b) o preço de compra dos bens for superior ao corrente no mercado, na época da operação;
c) o preço de venda dos bens for inferior ao corrente no mercado, na época da operação.
VI - A concessão de licença de exportação ou importação, qualquer que seja a sua modalidade, quando:
a) houver sido praticada com violação das normas legais e regulamentares ou de instruções e ordens de serviço;
b) resultar em exceção ou privilégio, em favor de exportador ou importador.
VII - A operação de redesconto quando sob qualquer aspecto, inclusive o limite de valor, desobedecer a normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais.
VIII - O empréstimo concedido pelo Banco Central da República, quando:
a) concedido com desobediência de quaisquer normas legais, regulamentares,, regimentais ou constantes de instruções gerias:
b) o valor dos bens dados em garantia, na época da operação, for inferior ao da avaliação.
IX - A emissão, quando efetuada sem observância das normas constitucionais, legais e regulamentadoras que regem a espécie.

7.4. Cabimento

Quanto ao cabimento da ação popular, podem ser sistematizados os seguintes entendimentos:

CABE AÇÃO POPULAR	NÃO CABE AÇÃO POPULAR
- Contra leis de efeito concreto, a exemplo da admissibilidade do STF quanto ao cabimento da ação contra lei municipal que fixava remuneração dos vereadores para viger na própria legislatura, violando-se o patrimônio material do Poder Público e a moralidade administrativa; - Contra omissão que cause danos ao meio ambiente.	- Contra lei em tese, sendo possível o cabimento contra leis de efeito concreto; - Para realização de controle de constitucionalidade concentrado, embora possível a declaração incidental de inconstitucionalidade no processo de ação popular; - Contra atos políticos; - Contra atos jurisdicionais, embora haja precedente de cabimento da ação contra decisão judicial homologatória de acordo;

7.5. Legitimidade

A **legitimidade ativa** da ação popular é do **cidadão**, conforme já afirmado, que age em substituição processual, ingressando em nome próprio para a defesa de direitos da coletividade (o povo).

O art. 6º do §5º da Lei n.º 4.717/65 faculta a qualquer cidadão, inclusive, habilitar-se como litisconsorte ou assistente do autor da ação popular.

A **legitimidade passiva** vem definida no art. 6º da lei:

a) pessoas públicas de direito público ou privado da Administração Pública Direta e Indireta;

b) entidades de que o Estado participe;

c) autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão;

d) beneficiários diretos do ato lesivo.

QUESTÃO DE CONCURSO

(**FGV – 2022 – TJ-MG – Juiz de Direito Substituto - adaptada)** Na ação popular multitudinária, além do cidadão, em dia com suas obrigações eleitorais, se ocorrer lesão ao erário público, também o Ministério Público poderá ingressar com a ação.

Gabarito: CORRETO.

7.6. Competência

A Constituição silenciou acerca da competência para processar e julgar a ação popular, não contemplando foro por prerrogativa de função em face das autoridades demandadas.

Com isso, de acordo com o art. 5º da Lei n.º 4.717/65, a competência para conhecer da ação popular é do **juízo de primeiro grau da Justiça Federal** (art. 109 da CF/88) ou da **Justiça Estadual** (competência residual).

Assim, os tribunais, em regra, não possuem competência originária para julgar a ação popular. Há, contudo, quatro exceções:

a) causas e conflitos entre a União e os Estados, a União e o DF, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta (art. 102, I, f, da CF/88);

b) ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejm direta ou indiretamente interessados (art. 102, I, *n* da CF/88);

c) ação popular cujo pedido seja próprio de mandado de segurança coletivo contra ato do Presidente da República (art. 102, I, *d* da CF/88);

d) contra atos do CNJ e do CNMP (art. 102, I, *r* da CF/88).

7.7. Procedimento

A ação popular segue o rito ordinário do CPC.

A ação prescreve em 5 anos, a contar da realização do ato impugnado (e não do conhecimento pelo cidadão).

É cabível o pedido de concessão de medida liminar, desde que presentes os requisitos tradicionais: ***fumus boni iuris*** (probabilidade do direito) e ***periculum in mora*** (perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo). Aplicam-se, ainda, as tutelas provisórias de urgência e da evidência, uma vez que a ação segue o procedimento ordinário do CPC.

Destacam-se algumas regras específicas estabelecidas na Lei n.º 4.717/65, a saber:

I) o prazo de contestação é de 20 dias, prorrogáveis por mais 20, a requerimento do interessado, se particularmente difícil a produção de prova documental, e será comum a todos os interessados, correndo da entrega em cartório do mandado cumprido, ou, quando for o caso, do decurso do prazo assinado em edital;

II) não se admite reconvenção, já que autor atua na defesa de direito da coletividade;

III) possibilidade de julgamento antecipado da lide, já que, caso não requerida, até o despacho saneador, a produção de prova testemunhal ou pericial, o juiz ordenará vista às partes por 10 (dez) dias, para alegações,

sendo-lhes os autos conclusos, para sentença, 48 (quarenta e oito) horas após a expiração desse prazo; havendo requerimento de prova, o processo tomará o rito ordinário;

IV) se o autor desistir da ação ou der motivo à absolvição da instância, fica assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, promover o prosseguimento da ação;

V) se, no curso da ação, ficar provada a infringência da lei penal ou a prática de falta disciplinar a que a lei comine a pena de demissão ou a de rescisão de contrato de trabalho, o juiz, "*ex-officio*", determinará a remessa de cópia autenticada das peças necessárias às autoridades ou aos administradores a quem competir aplicar a sanção;

VI) o autor da ação popular fica isento de custas e de ônus de sucumbência, salvo comprovada má-fé. A má-fé deve ser provada e sentenciada para que o autor possa ser condenado.

Sobre a participação do Ministério Público no processo, destacam-se os seguintes preceitos da Lei 4.717/65:

> **Art. 6º,§ 4º, Lei 4.717/65 -** O Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores.
> **Art. 9º, Lei 4.717/65 -** Se o autor desistir da ação ou der motivo à absolvição da instância (...) ficando assegurado (...) ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação.
> **Art. 16, Lei 4.717/65 -** Caso decorridos 60 (sessenta) dias da publicação da sentença condenatória de segunda instância, sem que o autor ou terceiro promova a respectiva execução, o representante do Ministério Público a promoverá nos 30 (trinta) dias seguintes, sob pena de falta grave.
> **Art. 19, § 2º, Lei 4.717/65 -** Das sentenças e decisões proferidas contra o autor da ação e suscetíveis de recurso, poderá recorrer qualquer cidadão e também o Ministério Público

QUESTÃO DE CONCURSO

(**CESPE/CEBRASPE – 2021 – MPE-AP – Promotor de Justiça Substituto - adaptada)** Se o autor desistir da ação popular, o Ministério Público não poderá promover o prosseguimento da ação, uma vez que não possui legitimidade para propor essa demanda.

Gabarito: Incorreto.

Resolução: o art. 9ª da lei afirma que, se o autor desistir da ação popular, fica assegurado ao representante do Ministério Público a possibilidade de promover o prosseguimento da ação.

7.8. Decisão, Efeitos e Recursos

A ação popular, quando procedente, tem natureza dúplice, nos seguintes termos:

a) declaratória positiva (quando declara nulo o ato impugnado) **ou constitutiva negativa** (quando anula o ato impugnado que era apenas anulável);

b) condenatória (quando condena os responsáveis pelo ato e seus beneficiários diretos ao pagamento de perdas e danos).

O artigos 11 a 13 da Lei 4.717/ 65, aduzem:

> **Art. 11, Lei 4.717/ 65 -** A sentença que, julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis

> pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa.
> **Art. 12, Lei 4.717/ 65 -** A sentença incluirá sempre, na condenação dos réus, o pagamento, ao autor, das custas e demais despesas, judiciais e extrajudiciais, diretamente relacionadas com a ação e comprovadas, bem como o dos honorários de advogado.
> **Art. 13, Lei 4.717/ 65 -** A sentença que, apreciando o fundamento de direito do pedido, julgar a lide manifestamente temerária, condenará o autor ao pagamento do décuplo das custas.

A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova. Nesse caso, qualquer cidadão poderá intentar nova ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Assim, no caso de improcedência da ação por deficiência de provas, tem-se a configuração da **coisa julgada *secundum eventum litis*** (segundo o resultado do julgamento) e ***secundum eventum probationis*** (segundo o resultado da prova).

A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório (reexame necessário), não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal. Da que julgar a ação procedente, caberá apelação, com efeito suspensivo.

Por fim, quanto ao sistema recursal, será seguido o sistema do CPC, ou seja: a) das decisões interlocutórias, caberá agravo de instrumento; b) das decisões definitivas, caberá apelação para o segundo grau (TJ ou TRF); c) caberá, ainda, se preenchidos os requisitos, recurso especial ao STF e recurso extraordinário ao STF.

Por fim, um importante questionamento, que pode ser cobrado, inclusive, em provas de processo civil: **o que é intervenção móvel na ação popular (legitimação bifronte ou migração pendular)?**

O art. 6º da Lei de Ação Popular trata da responsabilidade passiva, nos seguintes termos:

> **Art. 6º, Lei 4.717/ 65 -** A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.
> **§ 3º** A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

O §3º, segundo a doutrina, contempla a hipótese da "intervenção móvel", ao prever a possibilidade de as pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado cujo ato esteja sendo questionado no âmbito da ação popular migrarem para o polo ativo e passarem a atuar em conjunto com o demandante. Aqui, em nome do interesse público primário, quebra-se a estabilidade subjetiva da demanda.

Assim, imagine, por exemplo, uma ação popular contra ato administrativo praticado pelo Secretário de Saúde do Estado da Bahia, sob a alegação de vício de incompetência para a sua prática. Nesse contexto, pode o Estado da Bahia:

a) apresentar contestação sustentando que inexiste ilegalidade no ato praticado;

b) ter uma posição neutra, abstendo-se de manifestação;

c) ao verificar que a ação é útil ao interesse público, migrar para o polo ativo da demanda e passar a atuar junto com o autor.

Segundo o STJ (REsp 945.238/SP), tal migração para o polo ativo pode ocorrer inclusive após a apresentação da contestação, não se falando em preclusão de direito, uma vez que a lei não traz momento limitador.

A possibilidade de intervenção móvel também se aplica no caso de Ação Civil Pública ajuizada em face do ente público, em razão do microssistema de tutela coletiva, conforme entendimento do STJ:

> **2.** O deslocamento de pessoa jurídica de Direito Público do polo passivo para o ativo na Ação Civil Pública é possível, quando presente o interesse público, a juízo do representante legal ou do dirigente, nos moldes do art. 6º, § 3º, da Lei 4.717/1965, combinado com o art. 17, § 3º, da Lei de Improbidade Administrativa. (…). (AgRg no REsp 1012960/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/10/2009, DJe 04/11/2009).

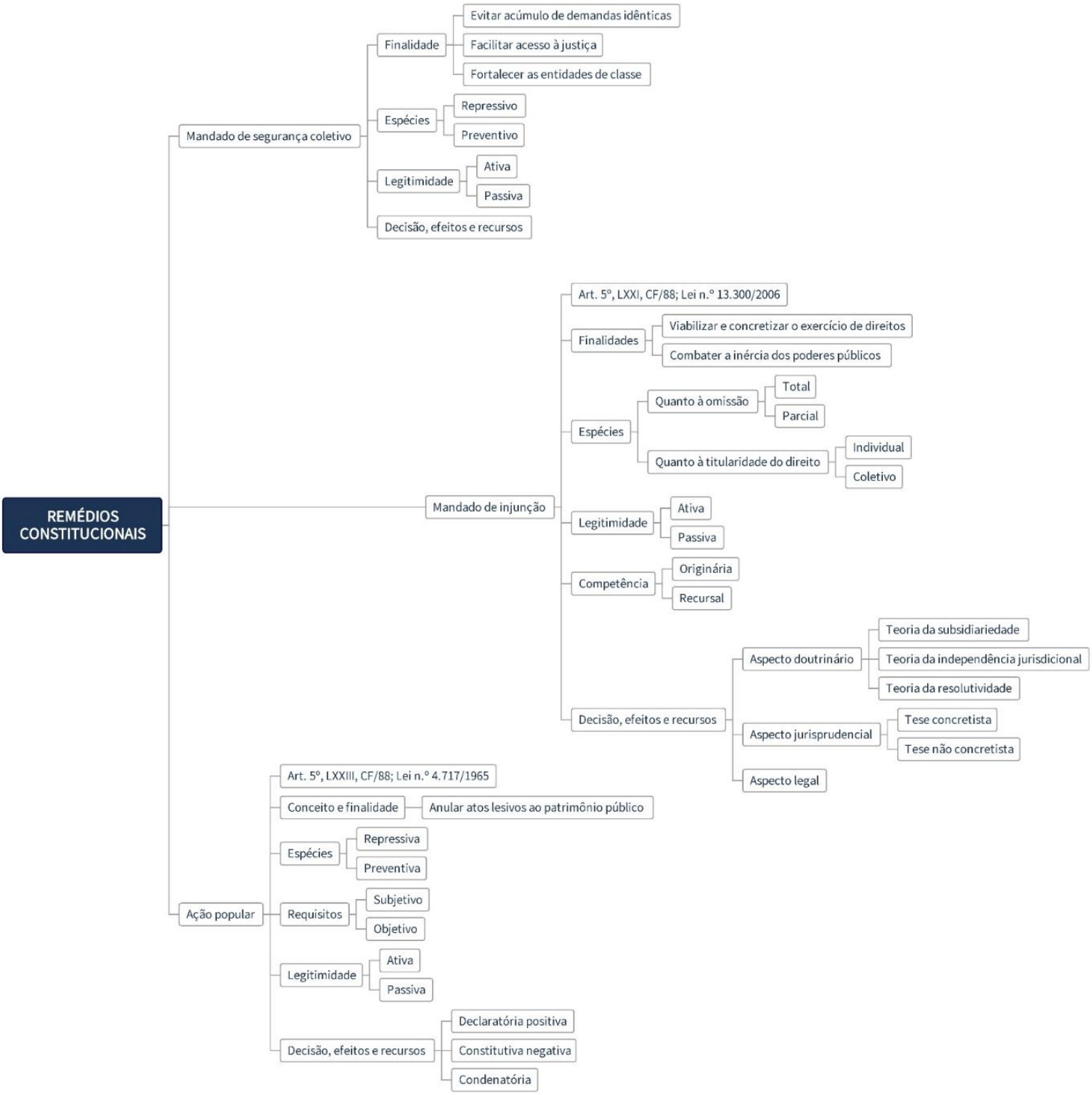
Ademais, a liberdade de a pessoa jurídica migrar para esse polo não se configura em liberdade ampla. Eis o entendimento do STJ:

> **REsp 1391263/SP[23], STJ** - AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NULIDADE DE AUTORIZAÇÃO E LICENÇA AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO FACULTATIVO. MIGRAÇÃO DE ENTE PÚBLICO PARA O POLO ATIVO. INTERESSE PÚBLICO. 1. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a Fazenda Pública do mesmo Estado para discutir a declaração de nulidade de licenças ambientais expedidas pelo DEPRN que autorizaram, ilegalmente, a intervenção em Área de Preservação Permanente. **2. A jurisprudência do STJ é no sentido de que o deslocamento de pessoa jurídica de Direito Público do polo passivo para o ativo na Ação Civil Pública é possível quando presente o interesse público, a juízo do representante legal ou do dirigente,** nos moldes do art. 6º,§ 3º, da Lei 4.717/1965, combinado com o art. 17, §3º, da Lei de Improbidade Administrativa. 3. O Estado responde – em regime jurídico de imputação objetiva e solidária, mas de execução subsidiária – pelo dano ambiental causado por particular que se valeu de autorização ou licença ilegalmente expedida, cabendo ao autor da Ação Civil Pública, como é próprio da solidariedade e do litisconsórcio passivo facultativo, escolher o réu na relação processual em formação. **Se a ação é movida simultaneamente contra o particular e o Estado, admite-se que este migre para o polo ativo da demanda. A alteração subjetiva, por óbvio, implica reconhecimento implícito dos pedidos, sobretudo os de caráter unitário (p. ex., anulação dos atos administrativos impugnados), e só deve ser admitida pelo juiz, em apreciação ad hoc, quando o ente público demonstrar, de maneira concreta e indubitável, que de boa-fé e eficazmente tomou as necessárias providências saneadoras da ilicitude, bem como medidas disciplinares contra os servidores ímprobos, omissos ou relapsos.** 4. No presente caso ficou assentado pelo Tribunal de Justiça que o Estado de São Paulo embargou as obras do empreendimento e instaurou processo administrativo para apurar a responsabilidade dos agentes públicos autores do irregular licenciamento ambiental. Também está registrado que houve manifesto interesse em migrar para o polo ativo da demanda. 5. Recurso Especial provido" (STJ. REsp 1391263/SP. Rel. Min. Herman Benjamin. DJe 07/11/2016).

Disponível em:

[23] https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/863136702


REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS
Habeas corpus
Conceito, origem e natureza jurídica
Art. 5º, LXVIII, CF/88; Arts. 647 a 667, CPP
Finalidade
Assegurar direitos que se relacionam com a liberdade
Espécies
Terminologia
Paciente
Impetrante
Autoridade coatora
Doutrina
Preventivo
Repressivo
Suspensivo
Profilático
Substitutivo
Coletivo
Legitimidade
Ativa
Passiva
Competência
Originária
Recursal
Procedimento e decisão
Habeas data
Art. 5º, LXXII, CF/88
Lei n.º 9.507/1997
Finalidade
Proteção do direito de acesso e conhecimento de dados
Legitimidade
Ativa
Passiva
Competência
Originária
Recursal
Procedimento e decisão
Mandado de segurança
Conceito, origem e natureza jurídica
Lei n.º 12.016/2009
Art. 5º, LXIX e LXX, CF/88
Finalidade
Proteção de direito não amparado por HC ou HD
Espécies
Quanto à finalidade
Repressivo
Preventivo
Quanto à titularidade
Individual
Coletivo
Legitimidade
Ativa
Passiva
Competência
Originária
Recursal
Decisão, efeitos e recursos


REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS
Mandado de segurança coletivo
Finalidade
Evitar acúmulo de demandas idênticas
Facilitar acesso à justiça
Fortalecer as entidades de classe
Espécies
Repressivo
Preventivo
Legitimidade
Ativa
Passiva
Decisão, efeitos e recursos
Mandado de injunção
Art. 5º, LXXI, CF/88; Lei n.º 13.300/2006
Finalidades
Viabilizar e concretizar o exercício de direitos
Combater a inércia dos poderes públicos
Espécies
Quanto à omissão
Total
Parcial
Quanto à titularidade do direito
Individual
Coletivo
Legitimidade
Ativa
Passiva
Competência
Originária
Recursal
Decisão, efeitos e recursos
Aspecto doutrinário
Teoria da subsidiariedade
Teoria da independência jurisdicional
Teoria da resolutividade
Aspecto jurisprudencial
Tese concretista
Tese não concretista
Aspecto legal
Ação popular
Art. 5º, LXXIII, CF/88; Lei n.º 4.717/1965
Conceito e finalidade
Anular atos lesivos ao patrimônio público
Espécies
Repressiva
Preventiva
Requisitos
Subjetivo
Objetivo
Legitimidade
Ativa
Passiva
Decisão, efeitos e recursos
Declaratória positiva
Constitutiva negativa
Condenatória

11 DIREITOS SOCIAIS

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Historicamente, o reconhecimento dos direitos sociais está associado ao **constitucionalismo social**, notadamente a partir das profundas mudanças políticas e econômicas após a Primeira Guerra Mundial.

Se antes se falava que o constitucionalismo moderno vivia a sua fase liberal, em que o Estado possuía um perfil no qual eram pregados valores como o individualismo e a valorização da propriedade privada, posteriormente verificou-se a formação de um **Estado Social**, direcionado à consagração da justiça social.

Era necessária, assim, a garantia de direitos sociais e econômicos nos textos constitucionais e, dentre os grandes movimentos que impulsionaram a fase do constitucionalismo social, destacam-se a Revolução Mexicana de 1910 e a Revolução Russa de 1917. **O perfil do Estado passava a assumir, então, uma feição social e intervencionista.**

Na configuração do modelo de Estado Social destacam-se os seguintes documentos: a **Constituição Mexicana, de 1917**; a **Constituição Russa, de 1918**; e a **Constituição de Weimar, de 1919.** Os direitos sociais passaram, desse modo, a fazer parte do texto constitucional.

De acordo com Dirley da Cunha Jr., os direitos sociais:

> São aquelas posições jurídicas que credenciam o indivíduo a exigir do Estado uma postura ativa, no sentido de que este coloque à disposição daquele, prestações de natureza jurídica ou material, consideradas necessárias para implementar as condições fáticas que permitam o efetivo exercício das liberdades fundamentais e que possibilitam realizar a igualização de situações sociais desiguais, proporcionando melhores condições de vida aos desprovidos de recursos materiais (2019, p. 672).

No Brasil, a primeira Constituição a reconhecer os direitos sociais, fazendo expressa referência a direitos como saúde, educação e cultura, foi a **CF/1934**, fortemente influenciada pela Constituição de Weimar de 1919.

A CF/88, por sua vez, consagrou um verdadeiro subsistema de direitos fundamentais sociais, a ser apresentado adiante.

2. CARACTERÍSTICAS

Com base em Bernardo Gonçalves Fernandes (2020, p. 889-890), que referencia Canotilho e Eduardo dos Santos (2022, p. 610-611), podem ser elencadas algumas características específicas dos direitos fundamentais sociais:

a) gradatividade ou gradualidade – os direitos sociais não podem ser implementados de forma instantânea, de modo que sua implementação é gradativa, notadamente por demandar a atuação positiva por parte do Estado, tal como a construção de uma escola pública ou de um hospital público com o intuito de ampliar o acesso, respectivamente, ao direito à educação e à saúde;

b) dependência financeira do orçamento público – a implementação dos direitos sociais demanda previsão orçamentária, uma vez que tais direitos possuem um custo, não sendo possível a sua concretização sem o dispêndio de recursos públicos;

c) tendencial liberdade de definição pelo legislador em relação às políticas públicas a serem assumidas – o Poder Legislativo e o Poder Executivo possuem uma margem de liberdade de escolha das políticas públicas que pretendem adotar na realização dos direitos sociais. Tal liberdade, porém, encontra limites nas normas constitucionais programáticas e na razoabilidade das medidas adotadas;

d) insuscetibilidade de controle jurisdicional dos programas políticos-legislativos – a princípio, os programas governamentais não podem ser controlados pelo Poder Judiciário, uma vez que cabe ao governo realizar a alocação de recursos financeiros para a concretização dos direitos sociais. Se houver, contudo, malversação dos recursos públicos, contrariedade às normas constitucionais e ofensa ao princípio da razoabilidade, poderá haver controle por parte do Poder Judiciário.

O controle jurisdicional das políticas públicas foi debatido pelo STF no bojo da ADPF n.º 45/2004, no qual foram debatidos temas como o mínimo existencial e reserva do possível, que serão trabalhados a seguir. Nessa ação, restou definida a possibilidade de realização de controle jurisdicional de políticas públicas em caso de omissão estatal na concretização de direitos sociais, reconhecendo-se que a referida omissão pode configurar hipótese de abusividade governamental.

e) são normas constitucionais programáticas – os direitos sociais são normas que estabelecem programas ao Estado e à sociedade direcionados à consagração do bem-estar social. Diante da força normativa da Constituição, tais normas devem ser implementadas em seu grau máximo de efetividade;

f) são direitos subjetivos *prima facie* – com base nas lições de Robert Alexy, a doutrina majoritária afirma que, uma vez que os direitos fundamentais sociais estruturam-se normativamente como princípios jurídicos, eles são direitos subjetivos *prima facie* e devem ser aplicados no maior grau possível em face do caso concreto. Porém, sujeitam-se ao instrumental da ponderação antes de serem reconhecidos como direitos definitivos no caso específico.

3. EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS, MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL

Já se sabe que toda norma constitucional é, necessariamente, dotada de eficácia jurídica. Nem toda norma jurídica é dotada, contudo, de efetividade, que nada mais é do que a sua eficácia social.

Os direitos fundamentais sociais, por demandarem uma atuação positiva do Estado para a sua concretização, nem sempre possuem efetividade. A ausência de efetividade dos direitos fundamentais sociais é, inclusive, um dos grandes desafios do constitucionalismo brasileiro contemporâneo, o que justificou a formação de uma verdadeira **doutrina brasileira da efetividade.**

No Brasil, vem sendo entendido que a efetividade dos direitos fundamentais sociais depende da disponibilidade econômico-financeira do Estado para a prestação de determinadas atividades materiais. A saúde, a educação, a assistência social e segurança pública, por exemplo, demandam recursos públicos para serem efetivados. A decisão sobre a disponibilidade de tais recursos está no âmbito da discricionariedade, cabendo aos Poderes Legislativo e Executivo decidirem sobre a forma de sua alocação, por meio da composição de seus orçamentos públicos.

Neste contexto, o Estado vem utilizando, por diversas vezes, o argumento da **teoria da reserva do possível** para justificar a sua incapacidade econômico-financeira na prestação das atividades materiais necessárias para a concretização dos direitos fundamentais sociais.

A teoria da reserva do possível **afirma que os direitos sociais, por exigirem uma disponibilidade financeira do Estado para a sua concretização, estariam sujeitos a uma cláusula, denominada cláusula de reserva financeiramente possível, ou simplesmente reserva do possível.**

Tal teoria teve origem na Alemanha, no início da década de 70, em que o Tribunal Constitucional Federal discutiu o direito de acesso ao ensino superior e a limitação do número de vagas nas universidades públicas alemãs.

No caso concreto, alguns estudantes não foram admitidos em universidades de medicina de Hamburgo e Munique, fato motivado pela política de limitação de vagas (*numerus clausus*) em cursos superiores imposta pela Alemanha na época. Por isso, tais estudantes ingressaram com ações judiciais, invocando o art. 12 da Lei Fundamental Alemã, segundo o qual "todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação". A decisão do Tribunal, embora reconhecesse o direito de escolha de profissão, associado aos princípios da igualdade e do Estado Social, afirmou que a pretensão dos estudantes não se mostrava razoável perante a sociedade, de modo que o cidadão só poderia exigir do Estado aquilo que razoavelmente se pudesse esperar, não sendo razoável o oferecimento ilimitado de vagas em cursos de medicina.

Conhecida a origem da teoria da reserva do possível, deve-se reconhecer, contudo, que o contexto social e econômico em que ela se desenvolveu é completamente distinto da realidade política, social e econômica brasileira. Torna-se necessário, neste ponto, realizar uma **análise crítica acerca da importação de teorias estrangeiras, as quais, embora relevantes para o debate e para os avanços necessários, devem passar por um filtro, evitando-se a aplicação em uma realidade totalmente desgarrada daquela em que a teoria foi forjada.**

Como contraponto à teoria da reserva do possível, a doutrina desenvolveu a **teoria do mínimo existencial**, como postulado implícito da Constituição Federal de 1988.

O mínimo existencial **representa um núcleo mínimo de direitos da pessoa humana que deve ser assegurado para que esta venha a fruir de uma vida digna (ou minimamente digna), que possibilita a realização de escolhas existenciais a partir da sua própria autonomia de vontade.**

O mínimo existencial possui uma **dimensão negativa** – ao impor limites ao Estado e à sociedade, que não podem violar condições materiais indispensáveis à vida digna do indivíduo – e uma **dimensão positiva** – que reflete um conjunto mínimo de direitos prestacionais a serem implementados e concretizados pelo Estado.

Afirma-se doutrinariamente, ainda, que o mínimo existencial leva em consideração tanto um **mínimo fisiológico** – no sentido de proteger as necessidades vitais básicas do indivíduo – quanto um **mínimo sociocultural** – referindo-se às condições materiais mínimas de inserção do indivíduo na vida social, em condições de igualdade de acesso e plenitude de possibilidade de escolhas existenciais.

É no sentido de se garantir o mínimo existencial que o Poder Judiciário vem decidindo relevantes questões em prol da garantia de direitos fundamentais sociais, os quais podem receber tutela jurisdicional individual e coletiva. Fala-se, aqui, no controle jurisdicional das políticas públicas, sendo as sentenças estruturantes de políticas públicas, inclusive, uma modalidade adequada de proteção judicial coletiva dos direitos fundamentais sociais.

QUESTÃO DE CONCURSO

(**MPE-RS – 2021 – MPE-RS – Promotor de Justiça)** No direito constitucional brasileiro, os direitos fundamentais sociais podem receber tutela jurisdicional individual e coletiva, sendo as sentenças estruturantes de políticas públicas uma modalidade apropriada de proteção judicial coletiva desses direitos.

Gabarito: Correto.

Na jurisprudência do STF, há alguns precedentes acerca do conflito entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Para exemplificar, destacam-se três:

a) a reserva do possível não se aplica quando a sua invocação puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial, sendo papel do Poder Judiciário a implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo Poder Público. (STF, ARE 745.745-AgR, julgado em 2014);

b) o Poder Judiciário pode obrigar o Poder Público a manter em estoque medicamentos específicos contra doenças raras. O exame de ato administrativo ilegal ou abusivo pelo Poder Judiciário não viola a separação dos Poderes, não podendo o Poder Público mostrar-se indiferente ao problema da saúde que aflige a população, sob pena de incidir em grave comportamento inconstitucional omissivo, afastando-se o argumento do Estado da reserva do possível (STF, RE 429.903, julgado em 2014);

c) é lícito ao Poder Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à integridade física e moral, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes (STF, RE 592.581, julgado em 2015).

Com base nesse último entendimento, a FGV formulou interessante questão no concurso para Defensor Público do Mato Grosso do Sul, em 2022:

QUESTÃO DE CONCURSO

(**FGV – 2022 – DPE-MS – Defensor Público Substituto)** Defensores públicos do Núcleo de Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado Alfa realizaram vistoria em certa Cadeia Pública estadual e constataram uma série de violações ao art. 5º, XLIX, da Constituição da República de 1988, que dispõe que é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. Além da superlotação da unidade prisional, os defensores constataram irregularidades sanitárias, ambientais e nas instalações físicas do prédio, como pane da rede elétrica, com risco de incêndio, rachaduras em paredes e tetos, falta de circulação de ar etc.

Após tentativa frustrada de solução consensual com a Secretaria Estadual de Administração Penitenciária, a Defensoria Pública ajuizou ação civil pública em face do Estado Alfa, ressaltando na inicial que, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal e previsão na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o Art. 5º, XLIX, da Constituição da República de 1988:

a) não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes, no entanto, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem considerar as consequências práticas da decisão;

b) sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível e o princípio da separação dos poderes, mas deverá o Judiciário privilegiar a dignidade da pessoa humana, sem adentrar as consequências administrativas práticas da decisão, que é matéria de mérito administrativo;

c) sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível e o princípio da separação dos poderes, mas deverá o Judiciário decidir com base principiológica e levando em conta valores jurídicos abstratos, sem juízo de valor sobre consequências práticas da decisão, que é matéria de mérito administrativo;

d) não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes, e deverá o Judiciário decidir com base em valores jurídicos abstratos sem necessidade de considerar as consequências práticas da decisão, desde que haja a devida fundamentação principiológica.

Gabarito: Letra A.

Resolução: o candidato deve estar atento que a questão faz referência, em seu enunciado, à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB.

O art. 20 da mencionada lei afirma: **Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.**

Por fim, frise-se que, em recente decisão, o STF estabeleceu parâmetros para nortear as decisões judiciais a respeito de políticas públicas direcionadas à realização dos direitos fundamentais. Tratava-se de ação civil pública movida pelo MP-RJ, em 2003, em face do Município do Rio de Janeiro, apontando péssimas condições de estrutura e atendimento do Hospital Municipal Salgado Filho, em que o Parquet formulava os seguintes pedidos: abertura de concurso público para o provimento dos cargos vagos na área da saúde, a fim de suprir o déficit de pessoal apontado; que os servidores aprovados nesse concurso fossem lotados, especificamente, no Hospital Municipal Salgado Filho; e que fossem sanadas, pela Administração municipal, todas as irregularidades apontadas com relação ao referido hospital.

Em 1ª instância, o juízo afirmou que não seria possível a sindicabilidade jurisdicional de políticas públicas, frente ao princípio da separação dos poderes, o que foi reformado no âmbito do TJ/RJ. O Município, então, interpôs Recurso Extraordinário ao STF.

A Suprema Corte afirmou que, na hipótese de ausência ou deficiência grave do serviço, a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais não viola o princípio da separação dos Poderes (art. 2°, CF/88), devendo a atuação judicial, via de regra, indicar as finalidades pretendidas e impor à Administração Pública a apresentação dos meios adequados para alcançá-las. Com isso, foram fixadas as seguintes teses:

1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos Poderes.

2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado;

3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP). (STF. Plenário. RE 684.612/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, redator do acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 01/7/2023, Repercussão Geral – Tema 698, Info 1101).

3.1. A Teoria das Escolhas Trágicas (*Tragic Choices*)

Sobre a teoria das escolhas trágicas, Eduardo dos Santos esclarece (2022, p. 614):

> Intimamente ligada à reserva do possível, a teoria das escolhas trágicas reside na ideia de que em razão da escassez de recursos públicos e da consequente impossibilidade do Estado suprir todas as demandas que lhes são apresentadas, vez que existem infinitas demandas e finitos recursos, o Poder Público, ao definir as políticas públicas para a implementação dos direitos prestacionais, notadamente os sociais, econômicos, e culturais, ao eleger as demandas da coletividade que irá atender, em contrapartida, acabará por desatender ou por atender de maneira pouco satisfatória outras demandas, fazendo assim, escolhas chamadas de trágicas. Nesse contexto, vale lembrar que a cláusula da reserva do possível não pode ser utilizada como um escudo estatal para deixar de cumprir com seus deveres constitucionais, especialmente aqueles relacionados ao mínimo existencial (2022, p. 614).

O STF já referenciou expressamente a teoria, sempre em contexto de escassez de recursos e omissão estatal. Sinalizou-se a possibilidade de controle judicial de omissão em matéria de políticas públicas quando se está diante de quadros de eternização ilícita das etapas de implementação dos planos constitucionais ou, ainda, em face da violação sistemática dos direitos fundamentais, uma vez que o princípio da separação dos Poderes não pode ser interpretado como mecanismo impeditivo da eficácia das normas constitucionais, sob pena de transformar os programas da Carta Maior em meras promessas.

A Suprema Corte afirmou que os recursos estatais são escassos por excelência, de modo que há um descompasso entre as demandas da sociedade e as correspondentes capacidades jurídico-administrativas do Estado. Com isso, na impossibilidade fática de aplicar recursos ótimos em todas as áreas deficitárias, o gestor público deve realizar escolhas alocativas trágicas (STF. Plenário. ADO 2/DF, Rel. Ministro Luiz Fuz, julgado em 15/04/2020, Info. 975).

4. ALGUNS PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS APLICÁVEIS AOS DIREITOS SOCIAIS

A doutrina tradicional sinaliza para a existência do **princípio da observância do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais,** exigindo-se que seja observado ao máximo possível o núcleo essencial de cada direito fundamental social, proibindo-se a sua supressão total ou a violação de seu núcleo duro.

Ademais, deve-se garantir que o Estado proteja e promova a pessoa humana na maior medida possível, devendo-se aplicar o **princípio da utilização máxima dos recursos possíveis,** pelo qual o Estado deve alocar o máximo de recursos possíveis para a implementação dos direitos sociais, notadamente os direitos de cunho prestacional.

Os direitos sociais devem ser implemetados pelo Estado de forma progressiva, consoante característica analisada anteriormente, devendo sempre buscar a melhoria e ampliação da realização de tais direitos. Trata-se do **princípio da implementação progressiva.**

Por fim, sinaliza-se para a existência do **princípio da proibição do retrocesso social (efeito *cliquet*),** pelo qual é vedada a reversibilidade das conquistas fáticas e jurídicas dos direitos sociais. No campo fático, exige-se que o Estado adote postura ativa e constante na redução das desigualdades sociais e na promoção dos direitos sociais como um todo. No campo jurídico, tal princípio atua como limite material ao poder constituinte derivado reformador, não podendo haver supressão de direitos fundamentais sociais por emendas constitucionais, e ao legislador infraconstitucional, que não pode retroceder nas garantias dos direitos sociais.

Doutrinariamente, aponta-se para cinco dimensões (facetas) do princípio da proibição do retrocesso, todos, inclusive, já reconhecidos no âmbito do STF:

a) proibição do retrocesso social – as conquistas já alcançadas pelo cidadão não podem ser desconstituídas;

b) proibição do retrocesso político – os direitos políticos e de cidadania conquistados, como a garantia do voto secreto pela urna eletrônica, não podem retroceder em seu âmbito de proteção;

c) proibição do retrocesso civil – os avanços conquistados nas relações civis e sociais no âmbito da existência privada, como a vedação ao tratamento discriminatório dado às uniões estáveis pelo CC/02, não podem retroceder;

d) proibição do retrocesso institucional – a representação democrática dos órgãos do poder público não pode retroceder ao ponto de significar um menor controle social da atuação do Estado por parte da população **e) proibição do retrocesso ecológico** – é vedada a diminuição da proteção ambiental, que não pode resultar em proteção insuficiente ou deficitária.

5. METODOLOGIA *FUZZY* E CAMALÕES NORMATIVOS NA ABORDAGEM JURÍDICA DOS DIREITOS SOCIAIS

Já se viu que os direitos fundamentais sociais exigem, para a sua implementação, uma prestação material, o que demanda gasto público. É nesse contexto que surge a tensão entre a sua efetivação e a alocação de recursos financeiros, os quais são finitos.

Esse dilema conduz, inclusive, os Ministros do STF a proferirem decisões que se projetam no contexto das chamadas escolhas trágicas, que expirem "a tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e das dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro" (SL 47-AgR/PE, julgado em 17/03/2010).

Nesse contexto, Canotilho chama a atenção para o fato de que os juristas não têm a exata dimensão da problemática, desprezando a necessidade da chamada **Análise Econômica do Direito.**

Canotilho, citado por Pedro Lenza (2021, p. 1356), afirma:

> Como todos sabem, *fuzzy* significa em inglês "coisas vagas", "indistintas", indeterminadas. Por vezes, o estilo "fuzzysta" aponta para o estilo do indivíduo ligeiramente embriagado. Ao nosso ver, paira sobre a dogmática e sobre a teoria jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais a carga metodológica da "vagueza", "indeterminação" e "impressionismo" que a *teoria da ciência* vem apelidando, em termos caricaturais, sob a designação de "fuzzysmo" ou "metodologia "fuzzy". Em abono da verdade, este peso retórico é hoje comum a quase todas as ciência sociais. Em toda a sua radicalidade, **a censura do "fuzzysmo", lançada aos juristas,** significa basicamente que **eles não sabem o que estão a falar, quando abordam os completos problemas dos direitos econômicos, sociais e culturais.**

Em uma análise crítica, Canotilho denuncia a indeterminação normativa dos direitos sociais que vai repercutir na definição das políticas públicas. Conforme o constitucionalista português, "mesmo nos estritos parâmetros jurídico-dogmáticos, os direitos sociais aparecem envoltos em quadros pictóricos onde o recorte jurídico cede o lugar a nebulosas normativas".

É aqui que surge o **"camaleão normativo".**

Sobre tal expressão, Canotilho segue explicando:

> A expressão não é nossa. Foi utilizada pelo conhecido constitucionalista alemão J. Isensee há mais de quinze anos. Com ela pretendia significar a instabilidade e imprecisão normativa de um sistema jurídico aberto – como o dos direitos sociais – quer a conteúdos normativos imanentes (system-immanente) quer a conteúdos normativos transcendentes ao sistema (system-transcendente). Esta indeterminação normativa explicaria, em grande medida, a

> confusão entre conteúdo de um direito juridicamente definido e determinado e sugestão de conteúdo sujeita a modelações político-jurídicas cambiantes. (2004, p. 100-101).

Frise-se que as expressões já foram utilizadas no âmbito do STF.

QUESTÃO DE CONCURSO

(**MPE-GO – 2019 – Promotor de Justiça)** Em virtude de a dogmática e a teoria jurídica dos direitos sociais, culturais e econômicos expressarem uma metodologia vaga ou mesmo indeterminada, a teoria da ciência, por meio de tons caricaturais, conferiu-lhe o apelido de 'metodologia *fuzzy*'. Traduz-se, na verdade, em forte censura aos juristas, no sentido de que estes, na abordagem dos complexos problemas dos direitos sociais, culturais e econômicos, não sabem o que dizem.

Gabarito: Correto.

6. DIREITOS SOCIAIS EM ESPÉCIES

O art. 6º da CF/88 contempla direitos sociais, verdadeiras liberdades positivas (direitos de segunda dimensão), os quais exigem um fazer do Estado.

> **Art. 6º, CF/88 -** São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Ressalta-se que alguns direitos foram inseridos pelo Poder Constituinte Derviado Reformador: o direito à moradia foi inserido pela EC n.º 26/2000; o direito à alimentação foi inserido pela EC n.º 64/2010; e o direito ao transporte foi inserido pela EC n.º 90/2015.

ATENÇÃO

De acordo com a jurisprudência do STF, **é legítima a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, em virtude de compatibilidade da exceção prevista no art. 3º, VII, da Lei n.º 8.009/1990, com o direito à moradia consagrado no art. 6º da CF/88, com a redação da EC 26/2000.**

Tal assertiva foi cobrada expressamente na prova para Defensor Público do Estado do Paraná, em 2022.

Destaque-se ainda que a EC n.º 114/2021 acresceu o parágrafo único ao art. 6º, consagrando 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, observadas a legislação fiscal e orçamentária.**

QUESTÃO DE CONCURSO

(**INSTITUTO AOCP – 2022 – DPE-PR – Defensor Público)** Todo brasileiro em situação de vulnerabilidade jurídica terá direito a uma renda básica familiar, garantida pelo poder público em programa temporário de transferência de renda, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei, observada a legislação fiscal e orçamentária.

Gabarito: Incorreto.

Resolução: nos termos do parágrafo único do art. 7º da CF/88, a renda básica familiar será garantida pelo poder público em programa permanente de transferência de renda, e não em programa temporário.

Não é unânime na doutrina a ideia de que os direitos sociais são cláusulas pétreas. Isso porque o art. 60, §4º da CF/88 dispõe que são cláusulas pétreas os direitos e garantias individuais. Os direitos sociais com

cunho individual acabam, em verdade, por se tornar direitos individuais e, portanto, devem ser tidos como cláusula pétrea. Essa tese é fundada no princípio da vedação do retrocesso.

6.1. Direitos Sociais do Trabalhador

O art. 7º da CF/88 enumera os direitos sociais dos trabalhadores. Contudo, o próprio dispositivo estabelece que essa enumeração não é exaustiva.

Eis a redação do dispositivo:

> **Art. 7º, CF/88** - São direitos 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;
> **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 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 sua vinculação para qualquer fim;
> **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;
> **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;
> **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;
> **XVI** - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinqüenta 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;
> **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;
> **XXVI -** reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;
> **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;
XXIX - ação, quanto aos 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;
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 a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;
XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso
Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII 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.

QUESTÃO DE CONCURSO

(**FCC – 2021 – DPE-AM – Defensor Público)** Dentre os direitos do trabalhador, cujo texto constitucional vigente admite disposição diversa por meio de acordo ou convenção coletiva, estão: a irredutibilidade do salário e a jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de rezezamento.

Gabarito: CORRETO.

Verifica-se, diante do parágrafo único do art. 7º da CF/88, que nem todos os direitos são aplicados aos trabalhadores domésticos.

Sobre o direito do trabalhador ao salário mínimo, chegou ao STF a discussão sobre a possibilidade de o Presidente da República editar decreto declarando o valor do salário mínimo. De acordo com a Suprema Corte, se uma lei fizer previsão da forma como o cálculo deve ser realizado, fixando critérios e parâmetros objetivos bem definidos, a serem observados para o cálculo do valor, a mera declaração do valor exato do salário mínimo feita pelo Presidente da República por meio de decreto é constitucional. Nesse caso, o Presidente estaria apenas declarando o valor exato do salário mínimo, obedecendo aos critérios previstos em lei.

O STF, ainda, faz um temperamento em outro ponto do salário mínimo, pois a CF/88, em seu art. 7º, IV, veda que o salário mínimo seja vinculado para qualquer fim. Todavia, a **Suprema Corte entende que a utilização do salário mínimo para base de cálculo do valor da pensão alimentícia não ofende a Constituição, pois a ideia é resguardar o padrão de vida do alimentando** (beneficiário da pensão).

Outras recentes e impotantes decisões do STF sobre os direitos sociais devem ser destacadas:

- segundo a Suprema Corte, **a fixação do piso salarial em múltiplos do salário mínimo mostra-se compatível com o texto constitucional, desde que não ocorra vinculação a reajustes futuros** (STF. Plenário. ADPF 53 Ref-MC/PI, ADPF 149 Ref-MC/DF e ADPF 171 Ref-MC/MA, Rel. Min. Rosa Weber, julgados em 18/02/2022, Info. 1044).

Registre-se, no mesmo sentido, a existência da OJ 71, da SBDI-2 do TST: “A estipulação do salário profissional em múltiplos do salário mínimo não afronta o art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988,

só incorrendo em vulneração do referido preceito constitucional a fixação de correção automática do salário pelo reajuste do salário mínimo".

O STF afirmou que:

> **ADPF 336/DF, Info 1007[24], STF** - O patamar mínimo diferenciado de remuneração aos presos previsto no art. 29, caput, da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal - LEP) não representa violação aos princípios da dignidade humana e da isonomia, sendo inaplicável à hipótese a garantia de salário-mínimo prevista no art. 7º, IV, da Constituição. (STF. Plenário. ADPF 336/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 27/2/2021, Inf. 1007).

A Suprema Corte estabeleceu ainda que:

> **RE 1348854/DF, Tema 1182, Info. 1054[25], STF** - 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 8.112/1990, estende-se ao pai genitor monoparental. (STF. Plenário. RE 1348854/DF, Rel. Min, Alexandre de Moraes, julgado em 12/05/2022, Repercussão Geral – Tema 1182, Info. 1054).

O STF afirmou ainda que:

> **ADI 6327/DF, Info 1073[26]** - 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. (STF. Plenário. ADI 6327/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 21/10/2022, Info 1073).

O art. 8º da CF/88, por sua vez, afirma que:

> **Art. 8º, CF/88** - É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:
> **I** - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;
> **II** - é vedada a 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;
> **III** - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;
> **IV** - a assembléia 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;
> **V** - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;
> **VI** - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

Disponível em:

[24] https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346361152&ext=.pdf

[25] https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1054.pdf

[26] https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1073.pdf

> **VII** - o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais;
> **VIII -** 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.

Tais dispositivos aplicam-se, ainda, à organização de sindicatos rurais e de colônicas de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.

Destaca-se que compete aos trabalhadores e aos empregadores do sindicato estabelecerem a base territorial respectiva, que não poderá ser inferior à área de um município. Assim, não é possível que haja mais de uma organização sindical na mesma base territorial. Havendo conflito, deverá ser observado o princípio da anterioridade daquele que realizou o registro no órgão competente.

Frise-se ainda que **o art. 8º prevê duas contribuições dos trabalhadores à entidade sindical:**

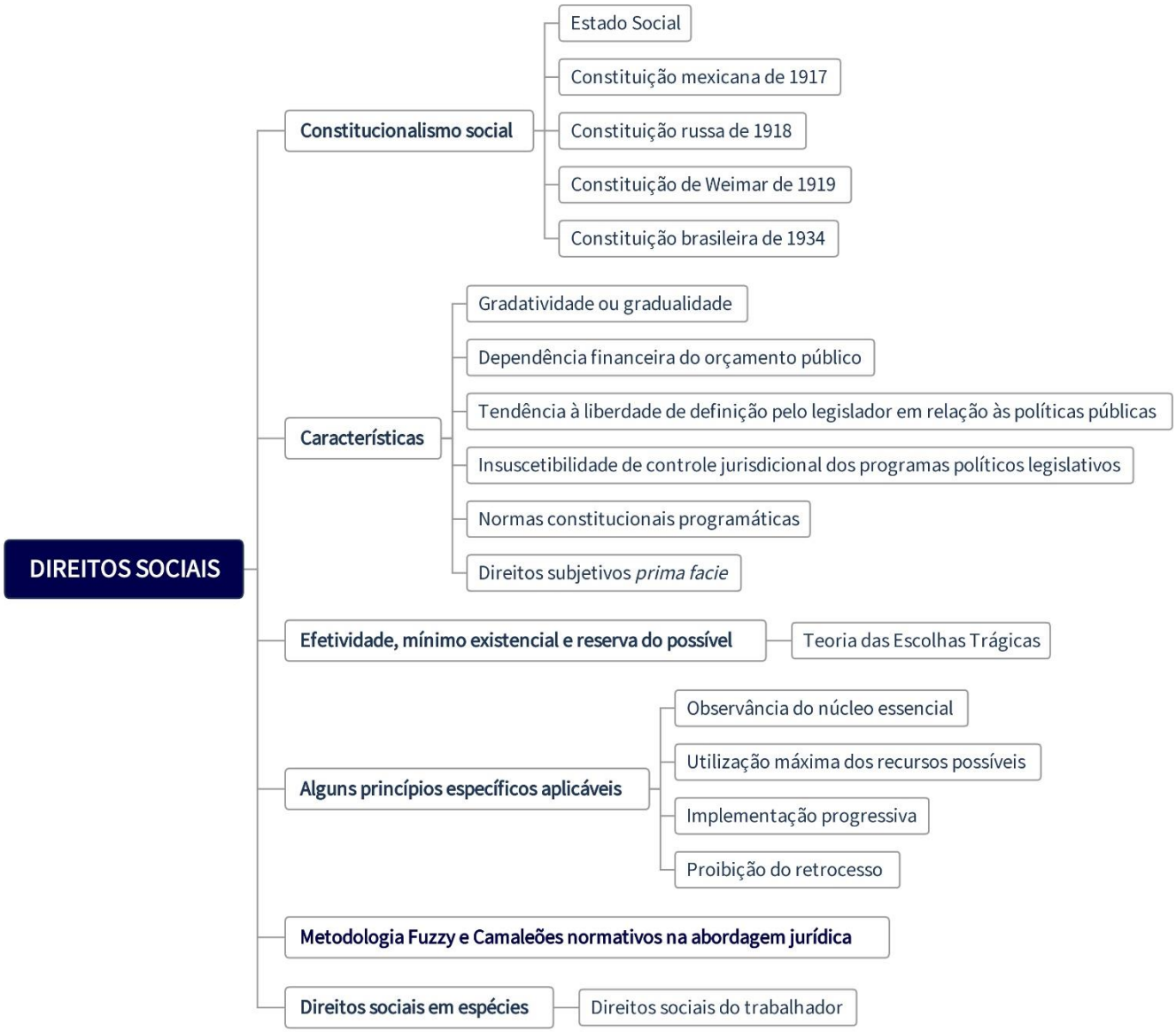
- Contribuição confederativa: contribuição fixada pela assembleia-geral para o custeio do sistema confederativo do respectivo sindicato. Tal contribuição é voluntária, só sendo paga pelos trabalhadores que se sindicalizaram. Trata-se, inclusive, de entendimento pacificado pela Súmula Vinculante 40:

> **Súmula Vinculante n.º 40, STF:** A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição Federal, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo.

- Contribuição sindical: é instituída por lei, tendo natureza tributária, sendo devida por todo trabalhador, seja filiado ou não, bastando que seja daquela categoria.

Por fim, destaca-se a redação do art. 9º ao 11 da CF/88:

> **Art. 9º, CF/88 -** É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.
> **§ 1º** A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.
> **§ 2º** Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.
> **Art. 10, CF/88** - É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.
> **Art. 11, CF/88 -** Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores.


DIREITOS SOCIAIS
Constitucionalismo social
Estado Social
Constituição mexicana de 1917
Constituição russa de 1918
Constituição de Weimar de 1919
Constituição brasileira de 1934
Características
Gradatividade ou gradualidade
Dependência financeira do orçamento público
Tendência à liberdade de definição pelo legislador em relação às políticas públicas
Insuscetibilidade de controle jurisdicional dos programas políticos legislativos
Normas constitucionais programáticas
Direitos subjetivos *prima facie*
Efetividade, mínimo existencial e reserva do possível
Teoria das Escolhas Trágicas
Alguns princípios específicos aplicáveis
Observância do núcleo essencial
Utilização máxima dos recursos possíveis
Implementação progressiva
Proibição do retrocesso
Metodologia Fuzzy e Camaleões normativos na abordagem jurídica
Direitos sociais em espécies
Direitos sociais do trabalhador

12 DIREITOS DA NACIONALIDADE

1. CONCEITOS FUNDAMENTAIS

Nacionalidade é o vínculo jurídico-político que liga um indivíduo a um determinado Estado, condição que implica reconhecimento do indivíduo como integrante do povo desse Estado.

Povo é o conjunto de pessoas que fazem parte do Estado (o elemento humano), unido ao Estado pelo vínculo jurídico-político da nacionalidade.

População é o conjunto de residentes em um determinado território, independentemente de serem nacionais, estrangeiros, apátridas *(heimatlos)*.

Nação consiste no conjunto de pessoas que possuem a mesma cultura, língua, costumes, tradições, condensadas em uma identidade sociocultural.

Cidadão é o nacional titular de direitos políticos, possuidores de capacidade eleitora ativa (votar) e passiva (ser votado). É o brasileiro nato ou naturalizado que esteja no gozo dos direitos políticos.

Estrangeiro é a pessoa que possui vínculo jurídico-político com outros Estados Nacionais. Mas, em sentido lato, abrange todos que não possuem vínculo de nacionalidade de um determinado Estado, o que inclui os apátridas.

Frise-se ainda que a Lei n. º 13.445/2017 (Lei da Migração) estabeleceu outras definições importantes, que são de imigrante, emigrante, residente fronteiriço e visitante.

Imigrante é a pessoa nacional de outro Estado-Nação ou apátrida que trabalha ou reside no Brasil e aqui se estabelece temporária ou definitivamente.

Emigrante é o brasileiro que se estabelece temporária ou definitivamente em outro Estado-Nação.

Residente fronteiriço é a pessoa nacional de país limítrofe ou apátrida que mantém a sua residência habitual em município fronteiriço de país vizinho.

Visitante é a pessoa nacional de outro país ou apátrida que vem ao Brasil para estadias de curta duração, sem pretensão de se fixar temporária ou definitivamente no território nacional.

2. ESPÉCIES DE NACIONALIDADE

A nacionalidade pode ser:

a) Primária ou originária – é imposta unilateralmente pelo Estado no momento do nascimento, independentemente da vontade do indivíduo.

Cada país estabelece as suas regras ou critérios para outorga da nacionalidade. Tradicionalmente, os critérios são:

- ***ius sanguinis,*** critério por meio do qual se define a nacionalidade por laços de sangue (ou seja, a filiação), pouco importando o local de nascimento;

- ***ius solis,*** critério da territorialidade, pelo qual se define a nacionalidade pelo local do nascimento, e não a filiação.

b) Secundária, derivada ou adquirida – é aquela que se adquire por vontade própria, depois do nascimento, normalmente pela naturalização, que poderá ser requerida tanto pelos estrangeiros como pelos *heimatlos* (apátridas).

A depender das regras de seu país, o estrangeiro poderá ser enquadrado na categoria de polipátrida (multinacionalidade), a exemplo de filhos de italiano (sendo que a Itália adota o critério *ius sanguinis*) que tenham nascido no Brasil (onde se adota, em regra, o critério da territorialidade).

Neste contexto, pode-se falar na existência de um conflito de nacionalidade, que poderá ser: **positivo,** nos casos dos polipátridas; **negativos,** nos casos de apátridas.

Para fins de esclarecimento, os apátridas são as pessoas que não são consideradas como nacional por nenhum Estado, segundo a sua legislação.

3. BRASILEIRO NATO

O brasileiro nato vem contemplado no art. 12, I da CF/88.

Verifica-se que foi adotado como regra geral o critério do *ius solis*, conforme se depreende da leitura do art. 12, I, *a*, da CF/88:

> **Art. 12, CF/88 -** São brasileiros:
> **I** - natos:
> **a)** os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;

A regra geral, contudo, é mitigada diante de situações específicas previstas pelo constituinte.

No caso do art. 12, I, *b*, prevê-se a associação do critério *ius sanguinis* com a necessidade de prestação de serviços no Brasil por, pelo menos, um dos pais, podendo-se reconhecer como brasileiro nato até mesmo quem tenha nascido fora do Brasil. Eis a redação do inciso:

> **Art. 12, CF/88** - São brasileiros:
> **I -** natos:
> **b)** os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;

Já no caso do art. 12, I, *c*, têm-se duas possibilidades. Inicialmente, transcreve-se o dispositivo:

> **Art. 12, CF/88** - São brasileiros:
> **I -** natos:
> **c)** os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira;

Assim, verifica-se que a primeira parte da alínea prevê a associação do critério *ius sanguinis* com a possibilidade de registro em repartição brasileira competente (“nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente”).

A segunda parte da alínea já contempla a associação do critério *ius sangunis* com a possibilidade de opção confirmativa, vindo residir no Brasil e optar, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira ("nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou mãe brasileira (...) venham residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira"). Aqui, tem-se o caso de **nacionalidade potestativa.** A ação de opção de nacionalidade (adoção da nacionalidade brasileira em detrimento da outra) é de competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, X, da CF/88.

QUESTÃO DE CONCURSO
(**MPE-PR – 2021 – MPE-PR – Promotor de Justiça Substituto)** Emiliano nasceu no Japão, quando sua mãe, brasileira, realizava trabalho como contratada naquele país por empresa privada japonesa. O seu pai é chinês. Quando do nascimento, Emiliano apenas foi registrado no órgão competente no Japão. Assim, é correto dizer que Emiliano pode ser considerado brasileiro nato, desde que venha a residir na República Federativa do Brasil e opte, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira. **Gabarito: CORRETO.**

4. BRASILEIRO NATURALIZADO

A Constituição Federal prevê formas de aquisição da nacionalidade secundária, que dependerá da manifestação de vontade do interessado e da aquiescência do Estado, que poderá ou não conceder a nacionalidade de forma discricionária, através do exercício de um ato de soberania.

O texto constitucional prevê as seguintes formas de naturalização:

FORMAS DE NATURALIZAÇÃO PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO	
NATURALIZAÇÃO ORDINÁRIA CONSTITUCIONAL	Prevista no art. 12, II, *a* da CF/88, para os originários de países de língua portuguesa, desde que preencham os seguintes requisitos: residência por um ano ininterrupto; idoneidade moral.
NATURALIZAÇÃO ORDINÁRIA LEGAL	Prevista também no art. 12, II, *a* da CF/88, para todos aqueles que adquiram a nacionalidade brasileira, na forma da lei. O dispositivo é regulamentado pela Lei de Migração – Lei n.º 13.445/2017 – que prevê, no art. 65, as seguintes condições: - ter capacidade civil, segundo a lei brasileira; - ter residência em território nacional, pelo prazo mínimo de 4 anos; - comunicar-se em língua portuguesa, consideradas as condições do naturalizado; - não possuir condenação penal ou estar reabilitado, nos termos da lei.
NATURALIZAÇÃO ESPECIAL	Prevista no art. 68 da Lei n.º 13.445/2017 – Lei da Migração –, que afirma que a nacionalidade brasileira poderá ser concedida ao estrangeiro que se encontre em uma das seguintes situações: - ser cônjuge ou companheiro, há mais de 5 anos, de integrante do Serviço Exterior Brasileiro em atividade ou de pessoa a serviço do Estado Brasileiro no exterior; - ser ou tenha sido empregado em missão diplomática ou em repartição consular do Brasil por mais de 10 anos ininterruptos.

	Preenchidas tais condições, o art. 69 afirma que o naturalizando deverá preencher os seguintes requisitos para a concessão da naturalização especial: - ter capacidade civil, segundo a lei brasileira; - comunicar-se em língua portuguesa, consideradas as condições do naturalizando; - não possuir condenação penal ou estar reabilitado, nos termos da lei.
NATURALIZAÇÃO PROVISÓRIA	Prevista no art. 70 da Lei n.º 13.445/2017 – Lei da Migração –, a naturalização provisória poderá ser concedida ao migrante criança ou adolescente que tenha fixado residência em território nacional antes de completar 10 anos de idade e deverá ser requerida por intermédio de seu representante legal, sendo convertida em definitiva se o naturalizando expressamente assim o requerer no prazo de 2 anos após atingir a maioridade.
NATURALIZAÇÃO EXTRAORDINÁRIA OU QUINZENÁRIA	Prevista no art. 12, II, *b* da CF/88 e no art. 67 da Lei da Migração, a naturalização extraordinária (ou quinzenária) poderá ser concedida aos estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira. Ela é intransferível, não abrangendo cônjuge e filhos de naturalizado, nem autoriza estes a entrar ou radicar-se no Brasil.

O pedido de naturalização será apresentado e processado na forma prevista pelo órgão competente do Poder Executivo, sendo cabível recurso em caso de denegação. A naturalização só produzirá efeitos após a publicação no Diário Oficial do ato de naturalização. No prazo de até 1 ano após a concessão da naturalização, o naturalizado deverá comparecer à Justiça Eleitoral para o devido cadastramento.

Nos termos do art. 109, X da CF/88, compete aos juízes federais processar e julgar:

> **Art. 109, X, CF/88 -** 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;

A opção da nacionalidade é ato personalíssimo e deverá ocorrer por meio de procedimento específico de jurisdição voluntária perante a Justiça Federal, a qualquer tempo, após atingida a maioridade civil.

5. QUASE NACIONALIDADE (PRINCÍPIO DA RECIPROCIDADE)

O art. 12, §1º da CF/88 prevê:

> **Art. 12, § 1º, CF/88 -** Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição.

Trata-se da **cláusula de reciprocidade**, a qual é assegurada pelo Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa, celebrado em Porto Seguro em 22/04/2000.

Nesta situação, os portugueses não perdem a sua cidadania, pois continuam sendo estrangeiros, sendo assegurada, contudo, a possibilidade de exercer direitos conferidos aos brasileiros, desde que não haja vedação constitucional e haja a reciprocidade em favor dos brasileiros.

O STF, ao tratar do dispositivo constitucional, já ressaltou a importância dessa hipótese excepcional de quase nacionalidade, afirmando, contudo, que ela não opera efeitos de modo imediato, seja quanto ao seu conteúdo eficacial, seja no que se refere a todas as consequências jurídicas que dela derivam, pois, para incidir, dependerá necessariamente de requerimento do português interessado, que deverá, ainda, preencher requisitos estipulados pela Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre brasileiros e portugueses.

6. DISTINÇÕES ENTRE BRASILEIROS NATOS E NATURALIZADOS

Em regra, a Constituição Federal de 1988 vedou qualquer possibilidade de estabelecer distinções entre brasileiros natos e naturalizados, excepcionando-se, contudo, alguns casos previstos na própria Constituição.

Nesse contexto, verifica-se o §2º do art. 12 da CF/88:

> **Art. 12, § 2º, CF/88 -** A lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição.

Quais são as distinções entre brasileiros natos e naturalizados previstas na CF/88?

São previstas, ao todo, cinco exceções:

1) Quanto à extradição

Conforme visto quando do estudo do art. 5º da CF/88, o inciso LI veda a possibilidade de extradição de brasileiro nato, admitindo-se, excepcionalmente, a do 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.

Interessante questão abarcando a extradição e a condição de brasileiro – se nato ou naturalizado – foi cobrada pela FGV, no concurso para Promotor de Justiça de Goiás, em 2022:

QUESTÃO DE CONCURSO

(**FGV – 2022 – MPE-GO – Promotor de Justiça Substituto)** Johan nasceu em território brasileiro quando seus pais, de nacionalidade alemã, aqui se encontravam com visto de turistas. Após o nascimento, foi levado para a Alemanha, onde era legalmente reconhecida sua nacionalidade alemã nata pelo critério do jus sanguinis. Ao completar 25 anos de idade, foi acusado de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes na Alemanha, tendo retornado pela primeira vez ao Brasil, o que ocorreu na condição de fugitivo. À luz dessa narrativa, é correto afirmar que Johan: além de ter a nacionalidade alemã, é brasileiro nato, não sendo passível de ser acolhido eventual pedido de extradição formulado pelo governo da Alemanha.

Gabarito: CORRETO.

2) Cargos privativos de brasileiros natos

O art. 12, §3º da CF/88 prevê:

> **Art. 12, § 3º, CF/88 -** São privativos de brasileiro nato os cargos:
> **I -** de Presidente e Vice-Presidente da República;

> **II** - de Presidente da Câmara dos Deputados;
> **III** - de Presidente do Senado Federal;
> **IV -** de Ministro do Supremo Tribunal Federal;
> **V** - da carreira diplomática;
> **VI** - de oficial das Forças Armadas.
> **VII** - de Ministro de Estado da Defesa.

3) Quanto à atividade nociva de interesse nacional

Apenas o brasileiro naturalizado poderá perder a nacionalidade em virtude de atividade nociva ao interesse nacional, conforme art. 12, §4º, I da CF/88.

4) Composição do Conselho da República

O art. 89 da CF/88 prevê que, na composição do Conselho da República, deverá haver seis brasileiros natos, com mais de trinta e cinco 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.

5) Propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens

O art. 222 da CF/88 prevê que a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País.

Assim, o brasileiro naturalizado só poderá ser proprietário de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens se ele possuir mais de dez anos de naturalização.

7. PERDA DA NACIONALIDADE

O art. 12, §4º da CF/88 contempla hipóteses de perda da nacionalidade. Frise-se que, a partir da Emenda Constitucional 131/2023, o dispositivo passou a contar com a seguinte redação:

> **Art. 12, § 4º, CF/88 -** Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que:
> **I -** tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de fraude relacionada ao processo de naturalização ou de atentado contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;
> **II** - fizer pedido expresso de perda da nacionalidade brasileira perante autoridade brasileira competente, ressalvadas situações que acarretem apatridia.

Existem, portanto, duas hipóteses:

a) Cancelamento da naturalização – A naturalização poderá ser cancelada em virtude de fraude relacionada ao processo de naturalização ou de atentado contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Verifica-se que a Emenda Constitucional eliminou o conceito indeterminado “atividade nociva ao interesse nacional”.

Tal hipótese aplica-se somente, como a própria situação induz, ao brasileiro naturalizado.

b) Realização de pedido expresso de perda da nacionalidade brasileira perante autoridade brasileira competente.

Com a Emenda Constitucional 131/2023, não há mais previsão da hipótese de perda da nacionalidade brasileira decorrente da aquisição de nacionalidade estrangeira, que dependerá, doravante, de pedido

expresso do cidadão perante a autoridade brasileira competente. Tal autoridade, contudo, só poderá concedê-lo se a medida não acarretar apatridia, conforme o novo texto constitucional.

A Emenda incluiu, ainda o parágrafo 5° ao art. 12, nos seguintes termos:

> **§5º** - A renúncia da nacionalidade, nos termos do inciso II do §4° deste artigo, não impede o interessado de readquirir sua nacionalidade brasileira originária, nos termos da lei.

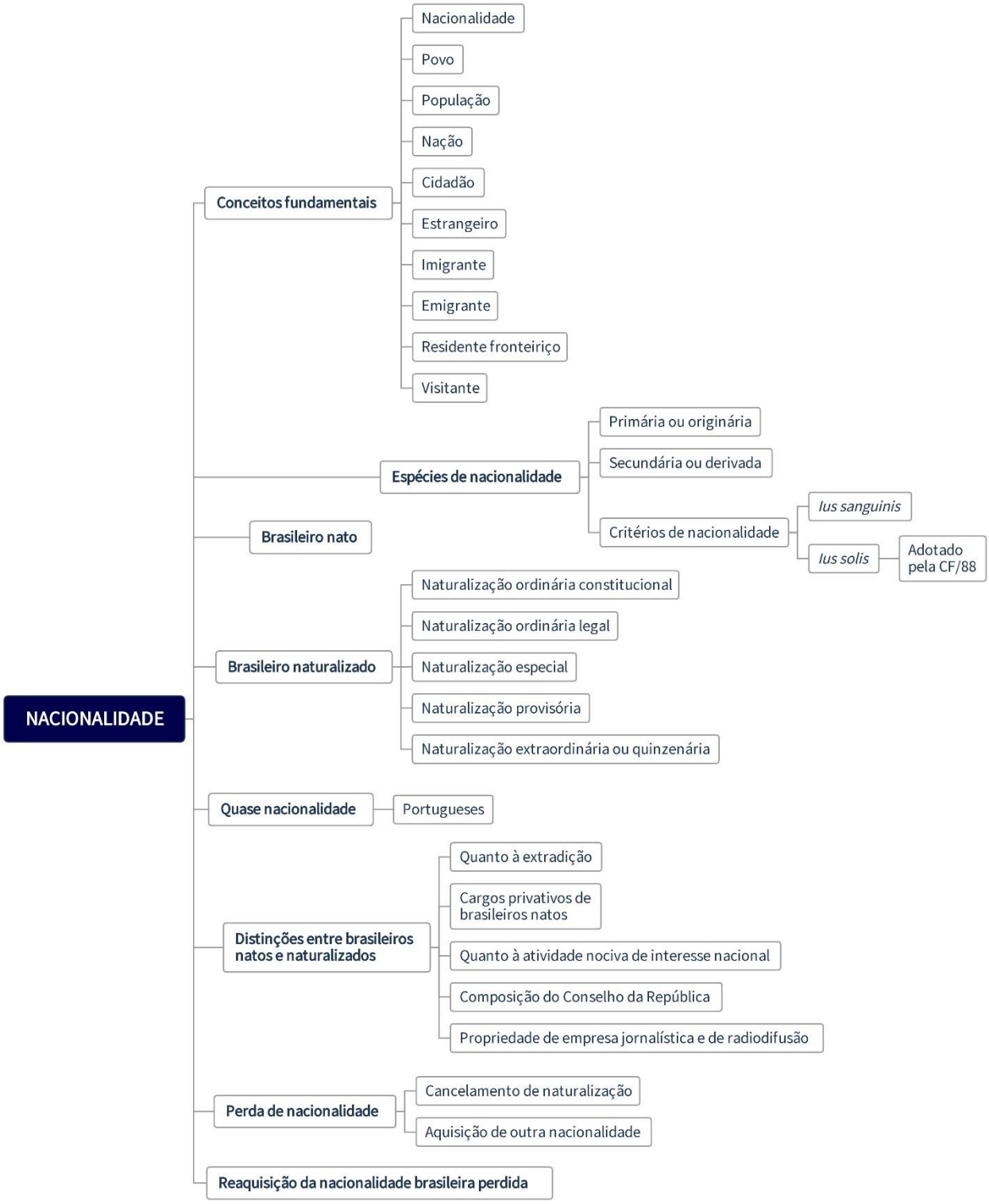
Por se tratar de recente alteração, há uma probabilidade maior de cobrança nos próximos certames.

8. REAQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE BRASILEIRA PERDIDA

É possível readquirir a nacionalidade brasileira perdida?

No caso de cancelamento da naturalização (art. 12, §4º, I da CF/88), a única possibilidade de reaquisição da nacionalidade brasileira é por meio da ação rescisória, nunca por meio de um novo processo de naturalização.

No caso de aquisição de outra nacionalidade, o art. 76 da Lei da Migração – Lei n.º 13.445/2017 – prevê que, uma vez cessada a causa, o brasileiro naturalizado poderá readquiri-la ou ter o ato que declarou a perda revogado, na forma definida pelo órgão competente do Poder Executivo.


NACIONALIDADE
Conceitos fundamentais
Nacionalidade
Povo
População
Nação
Cidadão
Estrangeiro
Imigrante
Emigrante
Residente fronteiriço
Visitante
Espécies de nacionalidade
Primária ou originária
Secundária ou derivada
Critérios de nacionalidade
Ius sanguinis
Ius solis
Adotado pela CF/88
Brasileiro nato
Brasileiro naturalizado
Naturalização ordinária constitucional
Naturalização ordinária legal
Naturalização especial
Naturalização provisória
Naturalização extraordinária ou quinzenária
Quase nacionalidade
Portugueses
Distinções entre brasileiros natos e naturalizados
Quanto à extradição
Cargos privativos de brasileiros natos
Quanto à atividade nociva de interesse nacional
Composição do Conselho da República
Propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão
Perda de nacionalidade
Cancelamento de naturalização
Aquisição de outra nacionalidade
Reaquisição da nacionalidade brasileira perdida

13 DIREITOS POLÍTICOS E PARTIDOS POLÍTICOS

1. CONCEITO E ESPÉCIES

Os direitos políticos podem ser considerados como direitos fundamentais individuais direcionados ao exercício da soberania popular. Conforme Bernardo Gonçalves Fernandes, "é um grupo de normas que envolvem a participação dos indivíduos (cidadãos) nos processos de poder, ou seja, nas tomadas de decisões que envolvem a vida pública do Estado e da sociedade" (2020, p. 995).

Tradicionalmente, os direitos políticos são classificados em positivos e negativos;

Os **direitos políticos positivos** estabelecem normas que asseguram e condicionam a participação do cidadão na vida pública do Estado.

No Brasil, os direitos políticos positivos compreendem as seguintes espécies: direito de sufrágio; plebiscito; referendo; iniciativa popular de lei; ação popular; e direito de organização e participação em partidos políticos.

Os **direitos políticos negativos** fixam normas que impedem a participação do cidadão na vida pública do Estado, em razão da moralidade e legalidade públicas necessárias ao exercício do poder político.

No Brasil, os direitos políticos negativos compreendem as seguintes espécies: inelegibilidades; perda dos direitos políticos; e suspensão dos direitos políticos.

2. DIREITOS POLÍTICOS POSITIVOS

ESPÉCIES DE DIREITOS POLÍTICOS POSITIVOS
DIREITO DE SUFRÁGIO
PLEBISCITO
REFERENDO
INICIATIVA POPULAR DE LEI
AÇÃO POPULAR
DIREITO DE ORGANIZAÇÃO E PARTICIPAÇÃO EM PARTIDOS POLÍTICOS

A) Direito de sufrágio

A Constituição Federal afirma:

> **Art. 14, CF/88 -** 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.

O **direito de sufrágio** é considerado o núcleo dos direitos políticos, uma vez que diz respeito à possibilidade de escolha dos nossos representantes (direito de voto) e possibilidade de elegibilidade dos nossos representantes (direito de ser votado). Aqui, tem-se então:

Capacidade eleitoral ativa	Direito de votar
Capacidade eleitoral passiva	Direito de ser votado

A **capacidade eleitoral ativa** é também conhecida como **alistabilidade,** consistindo no direito de votar. Para o seu exercício, é exigido, previamente, o alistamento eleitoral, o que ocorre por iniciativa própria da pessoa, devendo, para tanto, preencher os requisitos constitucionais.

O art. 14, §1º da CF/88 afirma:

> **Art. 14, §1º, CF/88 - § 1º** O alistamento eleitoral e o voto são:
> **I** - obrigatórios para os maiores de dezoito anos;
> **II** - facultativos para:
> **a)** os analfabetos;
> **b)** os maiores de setenta anos;
> **c)** os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

O §2º do art. 14, por sua vez, estabelece quem não pode se alistar como eleitores:

> **Art. 14, §2º, CF/88 - § 2º** Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.

A expressão **"estrangeiros"** é utilizada em seu sentido amplo, referindo-se a todos aqueles que não sejam brasileiros, inclusive os apátridas. A exceção é quanto aos portugueses equiparados (ou quase nacionais), previstos no art. 12, §1º da CF/88, a quem serão atribuídos os mesmos direitos inerentes aos brasileiros.

Os **conscritos** são aqueles que estão prestando serviço militar obrigatório, ou seja, não abarcam todos os militares das Forças Armadas, mas apenas os que estejam prestando o serviço militar obrigatório, nos termos do art. 143 da CF/88. Abrange, ainda, os conscritos por engajamento, como médicos e enfermeiras.

Já a **capacidade eleitoral passiva** é também conhecida como **elegibilidade,** consistindo no direito de ser votado. Qualquer cidadão que preencha os requisitos constitucionais poderá concorrer nas eleições para exercer um cargo eletivo. Para tanto, o cidadão deverá preencher os requisitos de elegibilidade, previstos no art. 14, §3º, e não incorrer nas causas de inelegibilidade dos §§4º a 9º do art. 14.

Quanto aos requisitos de elegibilidade, eis a redação do art. 14, §3º da CF/88:

> **Art. 14, §3º, CF/88 - § 3º** São condições de elegibilidade, na forma da lei:
> **I** - a nacionalidade brasileira;
> **II** - o pleno exercício dos direitos políticos;
> **III** - o alistamento eleitoral;
> **IV** - o domicílio eleitoral na circunscrição;
> **V -** a filiação partidária;
> **VI** - a idade mínima de:
> **a)** trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador;
> **b)** trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;
> **c)** vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz;
> **d)** dezoito anos para Vereador.

QUESTÃO DE CONCURSO

(**CESPE/CEBRASPE – 2022 – DPE-PA. Defensor Público)** De acordo com a CF, observada a legislação eleitoral, são condições de elegibilidade para o cargo de deputado estadual, entre outras, a nacionalidade brasileira, a filiação partidária e a idade mínima de vinte e um anos, não havendo previsão de idade máxima.

Gabarito: CORRETO.

Quanto às condições de elegibilidade, tecem-se as seguintes observações:

- O domicílio eleitoral não se confunde com o domicílio civil. O domicílio eleitoral é bem mais amplo, compreendendo o local onde o eleitor/candidato possua ligação material ou afetiva de natureza política, comercial, profissional, patrimonial, comunitária, histórica, familiar etc.;

- Em relação à filiação partidária, registre-se que não se admite, no Brasil, a candidatura avulsa, ou seja, desfiliada de partido político. A filiação partidária deve ser deferida pelo partido seis meses antes da eleição, consoante art. 4º da Lei n.º 9.504/97 – Lei das Eleições.

- Não se admite, no Brasil, a candidatura nata, ou seja, o direito do titular do mandato eletivo de ser, obrigatoriamente, escolhido e registrado pelo partido como candidato à reeleição.

Explica-se: o §1º do art. 8º da Lei n.º 9.504/97 estabeleceu:

> **Art. 8º, §1º, Lei nº 9.504/97** - Aos detentores de mandato de Deputado Federal, Estadual ou Distrital, ou de Vereador, e aos que tenham exercido esses cargos em qualquer período da legislatura que estiver em curso, é assegurado o registro de candidatura para o mesmo cargo pelo partido a que estejam filiados.

Isso é o que a doutrina e jurisprudência definiram como candidatura nata (direito que o titular do mandato eletivo possui de, obrigatoriamente, ser escolhido e registrado pelo partido político como candidato à reeleição).

O STF, contudo, entendeu que esse § 1º do art. 8º da Lei nº 9.504/97 é inconstitucional, não sendo possível a chamada "candidatura nata".

> **Info. 1026[27], STF -** O instituto da "candidatura nata" é incompatível com a Constituição Federal de 1988, tanto por violar a isonomia entre os postulantes a cargos eletivos como, sobretudo, por atingir a autonomia partidária, art. 5º, "caput", e art. 17 da CF/88 (STF. Plenário. ADI 2530/DF, Rel. Min. Nunes Marques, julgado em 18/8/2021, Info. 1026, STF).

Tal decisão, contudo, não é uma novidade, uma vez que a ADI foi proposta em setembro de 2001 e, em abril de 2002, o STF conferiu medida cautelar para suspender a eficácia do dispositivo. Assim, desde essa data, o dispositivo não produzia efeitos e já não era admitido o instituto da candidatura nata no Brasil. A questão voltou a ganhar relevância, inclusive com possibilidade de incidência em concursos públicos, por conta da recente decisão em plenário.

Disponível em:

[27] https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1026.pdf

ATENÇÃO

Como fica a situação do militar de carreira que pretenda se candidatar?

O art. 142, §3º, V da CF/88 prevê que o militar, enquanto em serviço ativo, não pode estar filiado a partidos políticos.

Por outro lado, o art. 14, §3º, V, da CF/88 exige filiação partidária para candidatar-se a cargo eletivo, devendo tal filiação dar-se pelo menos 6 meses antes do pleito.

Mas o art. 14, §8º afirma que o militar alistável é elegível, desde que atendidas as seguintes condições: se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade; se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade.

Diante da celeuma, o TSE definiu que o requisito constitucional da filiação partidária 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.

Por fim, é importante distinguir os seguintes termos:

Sufrágio – direito de escolher e ser escolhido representante do povo;

Voto – instrumento utilizado para exercer a escolha. Trata-se de um direito fundamental individual que é, ao mesmo tempo, dever fundamental autônomo. São características do voto: personalidade (é um direito personalíssimo); obrigatoriedade; liberdade; sigilosidade; direto; periodicidade; igualdade (*one man one vote*). Além disso, é cláusula pétrea.

Quanto ao voto, destacam-se duas importantes decisões do STF:

a) é inconstitucional a lei que determina, na votação eletrônica, a impressão do voto, ainda que o registro de cada voto seja impresso e depositado, de forma automática e sem contato manual do eleitor, em local previamente lacrado (ADI 4.543 e ADI 5.889);

b) é inconstitucional exigir que o eleitor porte o título de eleitor para votar, sendo obrigatória apenas a apresentação de documento oficial com foto (ADI 4.467).

Escrutínio – modo como o voto é exercido, isto é, no modo de votação e de apuração de uma eleição.

B) Plebiscito

É a consulta prévia aos cidadãos no gozo de seus direitos políticos sobre determinada matéria, de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa, a ser discutida posteriormente pelo Congresso Nacional.

A Lei n.º 9.709/98 afirma 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.

O art. 49, XV, da CF/88 estabelece a competência do Congresso Nacional para convocar plebiscito, podendo a lei ordinária estabelecer os critérios e as circunstâncias em que o plebiscito ocorrerá.

O plebiscito será convocado mediante decreto legislativo, por proposta de um terço, no mínimo, dos membros que compõem qualquer das Casas do Congresso Nacional. A aprovação ou rejeição do plebiscito

depende de manifestação de maioria simples, de acordo com o resultado homologado pelo Tribunal Superior Eleitoral.

C) Referendo

É a consulta formulada ao povo posteriormente à elaboração de uma determinada lei ou ato normativo, para que ratifique ou não determinada lei ou ato normativo (legislativo ou administrativo).

A competência para convocar o referendo é do Congresso Nacional, nos termos do art. 49, XV, da CF/88.

O referendo também será convocado mediante decreto legislativo, por proposta de um terço, no mínimo, dos membros que compõem qualquer das Casas do Congresso Nacional. A aprovação ou rejeição do plebiscito depende de manifestação de maioria simples, de acordo com o resultado homologado pelo Tribunal Superior Eleitoral.

A Emenda Constitucional n.º 111/2021 acresceu os parágrafos 12 e 13 ao art. 14 da CF/88, tratando de consultas populares durante as eleições municipais, afirmando que:

> **§ 12**. Serão realizadas concomitantemente às eleições municipais as 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.
> **§ 13.** As manifestações favoráveis e contrárias às questões submetidas às consultas populares nos termos do § 12 ocorrerão durante as campanhas eleitorais, sem a utilização de propaganda gratuita no rádio e na televisão.

D) Iniciativa popular de lei

Prevista no art. 61, §2º, da CF/88, consiste na possibilidade de o povo apresentar projeto de lei à Câmara dos Deputados para deflagrar o processo legislativo. O projeto de lei deve ser 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.

A Lei n.º 9.709/98 afirma que o projeto de lei de iniciativa popular deverá circunscrever-se a um só assunto. Ademais, ele não poderá ser rejeitado por vício de forma, cabendo à Câmara dos Deputados, por seu órgão competente, providenciar a correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação.

De acordo com o art. 27, §4º da CF/88, a lei disporá sobre a iniciativa popular no processo legislativo estadual.

O art. 29, XIII, da CF/88, por sua vez, afirma que a iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, se dará pela manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado.

E) Ação popular

É uma ação constitucional com vistas a invalidar ato lesivo ao patrimônio público, ou ainda lesivo à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico-cultural, tem como objetivo principal combater lesões ao patrimônio público, podendo ser ajuizada por qualquer cidadão, fundamentando-se no direito subjetivo a um governo honesto.

F) Direito de organização e participação em partidos políticos para o exercício da soberania popular

Trata-se de direito essencial ao desenvolvimento da democracia, notadamente porque, no Brasil, não se admite a candidatura avulsa, de modo que os partidos políticos são instrumentos de intermediação entre representantes e representados.

3. DIREITOS POLÍTICOS NEGATIVOS

ESPÉCIES DE DIREITOS POLÍTICOS NEGATIVOS
INELEGIBILIDADE
PERDA DOS DIREITOS POLÍTICOS
SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS

A) inelegibilidade

São causas impeditivas da capacidade eleitoral passiva que obstaculizam a candidatura de algumas pessoas, tornando-as inelegíveis diante de circunstâncias específicas.

As inelegibilidades podem ser:

i. Inelegibilidade absoluta – independe da eleição e do cargo eletivo em disputa, impedindo o indivíduo que se encontre em determinada situação se candidate. É o caso dos inalistáveis e analfabetos, nos termos do §4º do art. 14, da CF/88:

> **§ 4º** São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos.

Os **inalistáveis** são os estrangeiros e os conscritos, conforme já afirmado anteriormente.

Os **analfabetos** podem votar (voto facultativo), mas não podem ser votados, devendo a prova de alfabetização ser feita por comprovante de escolaridade ou, na falta, por declaração de próprio punho, sendo facultado ao juiz, se for o caso, determinar a aferição por outros meios.

ii. Inelegibilidade relativa – depende da eleição e do cargo eletivo em disputa, impedindo o indivíduo de se eleger para certos cargos em certas eleições.

As inelegibilidades relativas podem se dar: em razão da função; em razão do parentesco (inelegibilidade reflexa); e em razão de lei complementar.

Serão vistas cada uma delas.

- Inelegibilidade relativa em razão da função – envolve os Chefes do Poder Executivo e pode ser referente ao mesmo cargo ou a outro cargo.

O art. 14, §5º da CF/88 prevê a inelegibilidade relativa em razão da função referente ao mesmo cargo:

> **§ 5º** O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subseqüente.

Destacam-se alguns entendimentos sobre o tema:

- caso o Chefe do Poder Executivo, no segundo mandado sucessivo, renuncie, ele não poderá concorrer a um novo mandato no mesmo cargo, sob pena de estar assumindo um terceiro mandato consecutivo. No segundo mandato sucessivo, ele não poderá concorrer também a vice do mesmo cargo na eleição subsequente;

- após o término do seu segundo mandato, o Presidente da República não poderá se candidatar à Presidência para um terceiro mandato pelos próximos quatro anos, não podendo nem mesmo concorrer a mandato tampão em caso de dupla vacância presidencial nesse período;

- em 2012, o STF declarou inconstitucional a prática do prefeito itinerante ou prefeito principal, vedando-se a eleição para um terceiro mandato em cargo de mesma natureza, sendo proibida a desincompatibilização de um prefeito de certo município para concorrer ao cargo de prefeito de outro município;

- o vice de Chefe do Poder Executivo, em dois mandatos consecutivos, não poderá ser vice de outro candidato para um terceiro mandato consecutivo. Mas ele poderá se candidatar ao cargo de Chefe do Poder Executivo, no caso de ele haver apenas substituído temporariamente o titular, não tendo ocorrido a sucessão definitiva, podendo, até mesmo, candidatar-se à reeleição (caso seja eleito), ficando dois mandatos como vice e dois como titular.

Contudo, caso o vice tenha sucedido, de forma definitiva, o titular, assumindo seu lugar para terminar um mandato, ele poderá se candidatar ao cargo de Chefe do Poder Executivo nas próximas eleições, mas isso será considerado como reeleição, uma vez que já ocupava definitivamente o cargo.

Já o art. 14, §6º da CF/88 prevê a inelegibilidade relativa em razão da função referente a outro cargo:

> **§ 6º** Para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito.

Atenção para as observações a seguir:

- se o Chefe do Poder Executivo quiser se candidatar a algum cargo de outra natureza (por exemplo, um prefeito que queira concorrer para deputado estadual), ele deve se desincompatibilizar, ou seja, deverá renunciar ao seu mandato seis meses antes da eleição;

- havendo a desincompatibilização, os vices que assumirem o cargo é que ficarão inelegíveis, não podendo concorrer a outro cargo de outra natureza, podendo, porém, concorrer à reeleição para o mesmo cargo;

- se o vice apenas substituir temporariamente o Chefe do Poder Executivo durante os seis meses que antecederam as eleições, ele não poderá concorrer a cargos de outra natureza. Porém, poderá concorrer ao cargo de Chefe do Poder Executivo do qual é vice, ou mesmo à reeleição do próprio cargo de vice, caso esteja em seu primeiro mandato como vice do respectivo cargo.

- inelegibilidade relativa em razão do parentesco (inelegibilidade reflexa) – recai sobre os parentes dos Chefes do Poder Executivo, impedindo-os de se candidatarem no território da circunscrição eleitoral do titular do Poder Executivo, exceto se já forem titulares de algum mandato e estiverem se candidatando à reeleição.

É disciplinada no art. 14, §7º da CF/88:

> **Art. 14, § 7º, CF/88 -** São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consangüíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

Observa-se que tal inelegibilidade só alcança o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau (pais e avós; filhos e netos; irmãos; padrasto, madrasta, sogro, sogra e avós do cônjuge; enteado e enteada, genro, nora e os cônjuges dos netos; e cunhados) ou por adoção.

A inelegibilidade reflexa alcança, ainda, os parentes de quem substituiu o Chefe do Poder Executivo nos seis meses anteriores à eleição.

Por território de jurisdição eleitoral do Chefe do Poder Executivo, deve-se entender o território geográfico do ente federativo que ele administra. Assim, uma vez que o território de circunscrição do Presidente da República é o país, fica impedida a candidatura de seus parentes para quaisquer cargos eletivos federais, estaduais, distritais ou municipais. No caso dos governadores, fica impedida a candidatura de seus parentes para quaisquer cargos eletivos daquele Estado (Senador, Deputado Federal e Deputado Estadual por aquele Estado, Governador e Vice daquele Estado, Prefeito e vice de Município daquele Estado, Vereador de Município daquele Estado).

No caso dos Prefeitos, fica impedida a candidatura de seus parentes aos cargos eletivos daquele Município (Prefeito, Vice ou Vereador daquele Município).

E se for criado um novo Estado ou Município por desmembramento de outro já existente?

Neste caso, também há incidência do art. 14, §7º da CF/88, impedindo-se os parentes do Chefe do Poder Executivo do ente já existente de candidatar-se aos cargos eletivos daquele ente federativo criado.

Da mesma forma, incide ainda o art. 14, §5º da CF/88, de modo que o próprio Chefe do Poder Executivo que já existia, no segundo mandato sucessivo, não poderá candidatar-se a Chefe do Poder Executivo do ente federativo recém-criado pelo desmembramento.

Importante destacar a Súmula Vinculante n.º 18 do STF:

> **Súmula Vinculante n.º 18, STF** - 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.

Segundo a Suprema Corte, a tese da Súmula não se aplica aos casos de extinção de vínculo conjugal pela morte de um dos cônjuges (STF, RE 758.461). Ou seja, caso, por exemplo, um Chefe do Poder Executivo venha a falecer, no curso do mandato, a viúva não será inelegível, podendo candidatar-se.

Ainda de acordo com o STF, se houver a separação de fato em momento anterior ao início do mandato do Chefe do Poder Executivo, ainda que o divórcio seja posterior, o ex-cônjuge não será inelegível, podendo se candidatar (STF, RE 446.999).

Frise-se que a parte final do §7º do art. 14 excepciona o caso do parente que já era titular de mandato eletivo e pretende candidatar-se à reeleição. Aqui, não há que se falar em inelegibilidade reflexa.

Não há incidência da inelegibilidade reflexa, ainda, no caso de o Chefe do Poder Executivo desincompatibilizar-se antes dos seis meses que antecedem o pleito eleitoral, conforme entendimento do

STF (RE 344.882). Neste caso é permitido que os parentes do Chefe do Poder Executivo concorram a todos os cargos eletivos de sua circunscrição, inclusive, à Chefia do Executivo, desde que seja possível que o Chefe do Poder Executivo concorra à reeleição.

Assim, é possível sintetizar os entendimentos da seguinte forma:

CHEFE DO PODER EXECUTIVO EM SEU 1º MANDATO (É REELEGÍVEL)
Não desincompatibilizou seis meses antes da eleição – os parentes não podem candidatar-se a cargos da circunscrição.
Desincompatibilizou-se seis meses antes da eleição – os parentes podem candidatar-se a todos os cargos da circunscrição, inclusive à Chefia do Executivo.
CHEFE DO PODER EXECUTIVO EM SEU 2º MANDATO (NÃO É REELEGÍVEL)
Não desincompatibilizou seis meses antes da eleição – os parentes não podem candidatar-se a cargos da circunscrição.
Desincompatibilizou-se seis meses antes da eleição – os parentes podem candidatar-se a todos os cargos da circunscrição, menos à Chefia do Executivo.

QUESTÕES DE CONCURSO

(CESPE/CEBRASPE – 2022 – DPE-PI – Defensor Público) Uma Governadora está no fim do seu segundo mandato consecutivo no cargo. Considerando-se a posição majoritária e atual do Supremo Tribunal Federal e as normas constitucionais sobre direitos políticos, é correto afirmar que o cônjuge de governadora que esteja no fim de seu segundo mandato consecutivo será inelegível em todo o território do respectivo estado, ainda que o vínculo conjugal se dissolva no curso do mandato.

Gabarito: CORRETO.

(FGV – 2021 – TJ-PR – Juiz Substituto) João e Antônio eram casados com influentes políticas de determinada região do país, sendo ambas Prefeitas Municipais. João almejava iniciar sua carreira política concorrendo ao cargo de vereador, nas próximas eleições, no mesmo Município em que sua esposa chefiava, pela segunda vez consecutiva, o Poder Executivo municipal. Antônio, por sua vez, almejava concorrer ao cargo de Prefeito Municipal, nas próximas eleições, no mesmo Município chefiado por sua esposa. Um ano antes da eleição, Antônio se divorciou de sua esposa. À luz da sistemática constitucional e dos dados da narrativa, é correto afirmar que João e Antônio estão inelegíveis para concorrer aos referidos cargos eletivos.

Gabarito: CORRETO.

A inelegibilidade reflexa, inclusive quanto ao prazo de seis meses, é aplicável às eleições suplementares, que são aquelas que ocorrem no curso de um determinado mandato, instaurando um mandato tampão, em virtude, por exemplo, de uma cassação de prefeito e vice-prefeito ou de uma dupla vacância presidencial (STF, RE 843.455).

Por fim, a vedação constitucional ao exercício de três mandatos consecutivos de Chefe do Poder Executivo de um mesmo ente federativo por integrantes do mesmo grupo familiar aplica-se mesmo nos casos em que um dos mandatos tenha sido um mandato tampão.

QUESTÃO DE CONCURSO

(**VUNESP – 2019 – TJ-RJ – Juiz Substituto)** Narciso, 19 anos de idade, que está em pleno gozo dos seus direitos políticos, pretende candidatar-se ao mandato de Vereador em seu Município nas próximas eleições, que ocorrerão em outubro de 2020. Poliana, que é sua cunhada, ocupava o cargo de Presidente da Câmara de Vereadores, no mesmo Município, mas, atualmente, veio a assumir o cargo de Prefeito em razão da perda de mandato dos seus ocupantes anteriores. Segundo o disposto na Constituição Federal, nessa situação hipotética, é correto afirmar que Narciso não poderá se candidatar, tendo em vista a sua condição de inelegibilidade por ser cunhado de Poliana, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição. **Gabarito: CORRETO.**

- Inelegibilidade relativa em razão de lei complementar – o art. 14, §9º da CF/88 estabelece:

> **Art. 14, § 9º, CF/88 -** Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Tal dispositivo foi regulamentado pela Lei das Inelegibilidades (LC n.º 64/1990), com modificações implementadas pela Lei da Ficha Limpa (LC n.º 135/2010).

O estudo das inelegibilidades estabelecidas pelas aludidas leis complementares é afeto ao Direito Eleitoral, devendo nele ser aprofundado, caso se trate de disciplina exigida no certame.

ATENÇÃO

Pode-se mencionar ainda a existência das inelegibilidades impostas a ocupantes de certos cargos públicos, seja pelo legislador constituinte ou pelo legislador infraconstitucional.

Nos termos da CF/88, aos magistrados (art. 95, parágrafo único, III) e aos membros do Ministério Público (art. 128, §5º, II), é vedada a dedicação à atividade político-partidária.

No âmbito da legislação infraconstitucional, os membros dos Tribunais de Contas (art. 74, VI da Lei n.º 8.443/92), os servidores da Justiça Eleitoral (art. 366, do Código Eleitoral) e os Defensores Públicos da União que estejam atuando perante a Justiça Eleitoral (art. 46, V, da LC n.º 80/94) não podem dedicar-se à atividade político-partidária.

B) Perda e suspensão dos direitos políticos

A perda e suspensão dos direitos políticos, como institutos de privação dos direitos políticos, na lição de Edem Nápoli, "são limitações excepcionais que neutralizam tanto a capacidade eleitoral ativa, quanto a capacidade eleitoral passiva, anulando, assim, os direitos políticos positivos caracterizados pelo direito de sufrágio (votar e ser votado)" (2022, p. 280).

O art. 15 da CF/88 estabelece:

> **Art. 15, CF/88 -** É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:
> **I** - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;
> **II** - incapacidade civil absoluta;
> **III -** condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;
V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Aqui, deve-se diferenciar os casos de perda e os casos de suspensão dos direitos políticos:

PERDA DOS DIREITOS POLÍTICOS

1) Cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado – o cancelamento da naturalização desconstitui a nacionalidade adquirida pelo estrangeiro, o que o faz retornar à condição anterior de *não nacional,* perdendo por completo os direitos de cidadania brasileira.

O cancelamento só poderá ser declarado pela Justiça Federal, diante de ação proposta pelo Ministério Público Federal contra o brasileiro naturalizado por prática de atividade nociva ao interesse nacional.

Podem ser mencionadas, ainda, outras duas hipóteses:

3) Perda da nacionalidade brasileira por aquisição voluntária de outra (art. 12, §4º, II, da CF/88) – trata-se de hipótese não prevista no art. 15 da CF/88, mas é decorrência lógica da Constituição. Sabe-se que apenas o nacional pode ser cidadão e gozar dos direitos políticos no Brasil, razão pela qual a perda da nacionalidade brasileira em virtude de aquisição voluntária de outra é causa que leva à perda dos **direitos** políticos;

4) Procedimento de naturalização anulado judicialmente por vício – o procedimento de naturalização pode, eventualmente, ser anulado judicialmente em virtude de algum vício, fazendo com que o indivíduo perca a nacionalidade brasileira e retorne à condição de estrangeiro, o que levará, por consequência, à perda dos direitos políticos.

SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS

1) Incapacidade civil absoluta – são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 anos, nos termos do art. 3º do Código Civil.

2) Condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos – indivíduos condenados criminalmente por decisão judicial transitada em julgado terão seus direitos políticos suspensos. Tal hipótese será aplicada a todos os tipos penais e todos os tipos de penas, ainda que sejam somente penas restritivas de direitos.

A Súmula n.º 9 do TSE afirma que a suspensão dos direitos políticos decorrente de condenação criminal transitada em julgado cessa com o cumprimento ou a extinção da pena, independente de reabilitação ou de prova de reparação dos danos.

A hipótese em questão aplica-se aos mandatários de cargos eletivos que são condenados por decisão criminal transitada em julgado no curso do mandato, devendo ter seus mandatos imediatamente cassados. Há, contudo, uma exceção: os deputados federais e senadores não perdem seus mandatos automaticamente, de modo que, em caso de condenação criminal transitada em julgado, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa (art. 55, VI e §2º, da CF/88).

3) **Recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII** – o indivíduo que alega a escusa de consciência só pode ter seus direitos políticos suspensos se recusar-se também a cumprir obrigação legal a todos imposta e a obrigação alternativa fixada em lei;

4) Improbidade administrativa nos termos do art. 37, §4º - o dispositivo constitucional afirma expressamente que os atos de improbidade administrativa causarão, dentre outras sanções, a suspensão dos direitos políticos. O período da suspensão vem estabelecido na Lei de Improbidade Administrativa (LIA) – Lei n.º 8.429/92, sendo de até 14 anos para os atos de improbidade que importem enriquecimento ilícito e de até 12 anos para aqueles que causem prejuízo ao erário.

Após a edição da Lei n.º 14.230/2021, que alterou a LIA, os atos de improbidade administrativa que atentem contra os princípios da Administração Pública não mais sujeitam os responsáveis à suspensão dos direitos políticos.

ATENÇÃO:

Em relação às hipóteses de perda e suspensão dos direitos políticos, há doutrina minoritária indicando que a hipótese de escusa de consciência (recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5°, VIII da CF/88), seria caso de perda dos direitos políticos e não de suspensão.

QUESTÃO DE CONCURSO

(**CESPE/CEBRASPE – 2021 – MPE-SC – Promotor de Justiça Substituto)** O indivíduo que perder a nacionalidade brasileira após ter adquirido outra nacionalidade terá seus direitos políticos preservados para fins de participação eleitoral.

Gabarito: INCORRETO.

Resolução: se o indivíduo perdeu a nacionalidade brasileira por aquisição voluntária de outra, ele perderá os direitos políticos. Apesar de tal hipótese não estar expressamente prevista no art. 15 da CF/88, trata-se de uma decorrência lógica da Constituição.

4. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO (AIME)

A ação de impugnação de mandato eletivo (AIME) vem disciplinada nos §§10 e 11 do art. 14 da CF/88:

> **Art. 14, CF/88 –**
> **§ 10** - O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.
> **§ 11** - A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé.

O **prazo** de 15 dias assinalado é **decadencial.**

Quando procedente, a ação levará à perda do mandato do candidato impugnado.

A ação deverá ser proposta perante a Justiça Eleitoral, observando-se a seguinte sistemática:

- No caso de Presidente e Vice-Presidente da República, é competente para julgamento o TSE;

- No caso de Senador, Governador, Vice-Governador e Deputados Federais, Estaduais e Distritais, é competente para julgamento o TRE do respectivo Estado;

- No caso de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereador, são competentes para julgamento os juízes eleitorais da zona em que ocorreu a diplomação.

A **legitimidade ativa** para a propositura da AIME é dos partidos políticos, coligações e candidatos que tiverem concorrido nas eleições, além do Ministério Público Eleitoral.

A **legitimidade passiva** é do candidato diplomado.

5. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE (OU ANUALIDADE) ELEITORAL

De acordo com o art. 16 da CF/88, 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. Trata-se do **princípio da anterioridade ou anualidade eleitoral,** norma fundada no princípio da segurança jurídica, uma vez que evita a realização alterações casuísticas que possam causar desequilíbrio ao processo eleitoral.

O princípio em questão deve ser observado não apenas pelo legislador infraconstitucional, mas também pelo próprio Poder Constituinte Derivado Reformador (sendo cláusula pétrea) e pelos órgãos da Justiça Eleitoral na construção de entendimentos jurisprudenciais.

Mas o que se entende por processo eleitoral?

O processo eleitoral deve ser compreendido como a sequência concatenada de atos voltados para a seleção de candidatos, compreendendo: a apresentação de candidaturas; o registro das candidaturas; o sistema de votos; a organização das seções eleitorais; a organização e realização do escrutínio; e o contencioso eleitoral.

Assim, nem todas as normas do Direito Eleitoral são normas sobre processo eleitoral.

6. PARTIDOS POLÍTICOS

O partido político é "pessoa jurídica de direito privado que consiste na união ou agremiação voluntária de cidadãos com afinidades ideológicas e políticas, organizada segundo princípios de disciplina e fidelidade" (CUNHA JR., 2019, p. 739).

Eles adquirem a sua personalidade jurídica mediante inscrição de seus atos constitutivos no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas, nos termos do art. 45 do Código Civil, e devem registrar seus estatutos no TSE, conforme o §2º do art. 17 da CF/88.

O art. 17 da CF/88 estabelece:

> **Art. 17, CF/88 -** 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 humana e observados os seguintes preceitos:
> **I** - caráter nacional;
> **II** - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;
> **III -** prestação de contas à Justiça Eleitoral;
> **IV** - funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

O partido político deve ter **caráter nacional**, ou seja, deve ser uma instituição com projeto para a nação, atuante em todo o território nacional, não sendo admitidos partidos políticos locais, regionais ou de caráter supranacional.

Não se admite que partidos políticos brasileiros recebam recursos financeiros de entidades ou governos estrangeiros ou qualquer tipo de subordinação a estes. A ideia é resguardar a soberania e a independência nacionais.

Os partidos políticos devem **prestar contas à Justiça Eleitoral** de todos os recursos que recebam, sejam do fundo partidário ou e doações, alem de informarem os seus gastos.

Os partidos políticos devem, ainda, **funcionar em conformidade com os preceitos legais.**

6.1. Coligações e fidelidade partidária: a liberdade e autonomia dos partidos políticos

O art. 17, §1º da CF/88 prevê:

> **Art. 17, § 1º, CF/88 -** É assegurada aos partidos políticos autonomia 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, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

Os partidos possuem **ampla liberdade de escolha** e **formação de sua estrutura interna**, frisando que se trata de uma liberdade dentro da lei, observando-se os preceitos constitucionais e legais.

Sobre as **coligações partidárias**, é permitido aos partidos políticos adotarem os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, sendo vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal. Assim, há possibilidade de múltiplas coligações pelo mesmo partido, sendo proibida celebração de coligações apenas nas eleições para os cargos de deputados federais, estaduais, distritais e para vereadores (eleições proporcionais).

Teceremos algumas considerações sobre a fidelidade partidária e a EC n.º 111/2021.

Sabe-se que, no Brasil, nos termos do quanto estabelecido no art. 14, §3º, V da CF/88, a filiação partidária é uma das condições de elegibilidade. Em 2007, tanto o TSE quanto o STF decidiram que a infidelidade partidária consistia em causa de perda do mandato eletivo. Assim, se o titular do mandato eletivo sai do partido político do qual foi eleito, sem justa causa, ele perde o cargo que ocupa.

O tema, que antes era tratado apenas na Resolução 22.610/2007 do TSE, passou a ser contemplado na Lei n.º 13.165/2015, a qual alterou a Lei n.º 9.096/1995, tratando expressamente sobre a "infidelidade partidária", acrescentado o art. 22-A, nos seguintes termos:

> **Art. 22-A.** Perderá o mandato o detentor de cargo eletivo que se desfiliar, sem justa causa,do partido pelo qual foi eleito.
> **Parágrafo único.** Consideram-se justa causa para a desfiliação partidária somente as seguintes hipóteses:
> **I** - mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;
> **II** - grave discriminação política pessoal; e
> **III** - 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 EC n.º 97/2007 acrescentou o §5º ao art. 17 da CF/88, a qual possibilita a troca de partido sem que se configure infidelidade partidária ao eleito por partido que não preencha os requisitos para acesso ao fundo partidário e ao direito de antena (§3º do art. 17), temas a serem vistos a seguir. Eis a redação do dispositivo:

> **§5º** Ao eleito por partido que não preencher os requisitos previstos no § 3º deste artigo 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 2021, a EC n.º 111 acrescentou o §6º do art. 17 prevê:

> **§6º** 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.

Registre-se, de antemão, que só se fala em fidelidade partidária para os detentores de cargos eletivos proporcionais, não se falando do dever de fidelidade partidária para os ocupantes de cargos majoritários. Isso porque no sistema majoritário escolhe-se o candidato que obteve mais votos, não havendo que se falar em quocientes eleitoral ou partidário. Tal tema, inclusive, já havia sido sumulado pelo TSE, consoante abaixo exposto:

> **Súmula 67, TSE** - A perda do mandato em razão da desfiliação partidária não se aplica aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário.

O que se observa é que a EC 111, ao acrescer o §6º ao art. 17 da CF/88, criou uma quarta hipótese de justa causa para a desfiliação partidária, qual seja: a anuência do partido político. Assim, além das três hipóteses legais – art. 22-A, parágrafo único, incisos I, II e III da Lei n.º 9.096/1995, pode-se afirmar que hoje se tem a anuência do partido político como uma quarta hipótese de justa causa para a desfiliação partidária.

Esclarece-se que tal hipótese já era admitida no âmbito do TSE, mesmo antes da EC 111/21, conforme excerto da jurisprudência abaixo transcrito:

> A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a concordância da agremiação partidária com o desligamento do filiado é apta a permitir a desfiliação sem prejuízo do mandato eletivo. (RESPE - Recurso Especial Eleitoral nº 060015033 - BELO HORIZONTE – MG - Acórdão de 10/09/2019 - Relator(a) designado(a) Min. Alexandre de Moraes).

Deve o candidato estar atento para o quanto explanado acerca da fidelidade partidária e a EC 111/2021, especialmente para os certames que exigem o Direito Eleitoral em seu conteúdo programático.

6.2. Direito aos recursos do fundo partidário e ao acesso gratuito ao rádio e à televisão

Os partidos políticos possuem, além de algumas prerrogativas constitucionais, **direito a recursos do fundo partidário e direito ao acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma de lei.**

O §3º do art. 17 da CF/88 estabelece:

> **Art. 17, § 3º, CF/88 -** Somente terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei, os partidos políticos que alternativamente:
> **I** - obtiverem, 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
> **II** - tiverem elegido pelo menos quinze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação.

Consagra-se, assim, a chamada **cláusula de barreira,** submetida a uma sistemática de implementação progressiva, estabelecendo percentuais específicos de votos válidos em legislaturas específicas. O art. 3º da EC n.º 97/2017 fixou:

> **Art. 3º, EC nº 97/2017 -** O disposto no § 3º do art. 17 da Constituição Federal quanto ao acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e à propaganda gratuita no rádio e na televisão aplicar-se-á a partir das eleições de 2030.
> Parágrafo único. Terão acesso aos recursos do fundo partidário e à propaganda gratuita no rádio e na televisão os partidos políticos que:
> **I -** na 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.

Assim, o disposto no §3º do art. 17 da CF/88 será integralmente aplicado apenas a partir da legislatura de 2030.

ATENÇÃO

O sistema brasileiro de financiamento de campanhas eleitorais trabalha tanto com recursos públicos, os quais advêm basicamente do fundo partidário, quanto com recursos privados, obtidos mediante doações.

Sobre as doações, destacam-se duas importantes decisões do STF:

- na ADI 4.650, o STF declarou inconstitucional dispositivos das Leis n.ºs 9.096/95 e 9.504/97 que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, reconhecendo, por outro lado, a constitucionalidade das contribuições de pessoas físicas, nos termos da legislação em vigor;

- na ADI 5.394, a Suprema Corte declarou inconstitucional as doações ocultas aos candidatos, pois ofenderia o princípio republicano e a transparência.

6.3. Partidos Políticos,Representação Feminina e Candidaturas de Pessoas Pretas e Pardas

A EC n.º 117/2022 trouxe importante incentivo à participação política das mulheres nos partidos, por meio da inserção dos §§7º e 8º no art. 17 da CF/88. Eis a redação dos dispositivos:

> **Art. 17, CF/88 –**
> **§ 7º** 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.

§ 8º 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.Ademais, a EC n° 133/2024 previu a destinação de recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha e do fundo partidário, ainda, para a candidatura de pessoas pretas e pardas, no seguinte sentido:

> **§ 9º** Dos recursos oriundos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha e do fundo partidário destinados às campanhas eleitorais, os partidos políticos devem, obrigatoriamente, aplicar 30% (trinta por cento) em candidaturas de pessoas pretas e pardas, nas circunscrições que melhor atendam aos interesses e às estratégias partidárias

Em se tratando de novidades recentemente inseridas, o candidato deve estar atento à redação dos dispositivos, diante da probabilidade de cobrança nos certames.


DIREITOS POLÍTICOS E PARTIDOS POLÍTICOS
Conceito e espécies
Direitos políticos positivos
Direito de sufrágio
Capacidade eleitoral ativa
Capacidade eleitoral passiva
Plebiscito
Referendo
Iniciativa popular de lei
Ação popular
Direito de organização e participação em partidos políticos
Direitos políticos negativos
Inelegibilidade
Absoluta
Relativa
Em razão da função
Em razão de parentesco
Em razão de lei complementar
Perda dos direitos políticos
Suspensão dos direitos políticos
Ação de impugnação de mandato eletivo
Art. 14, § § 10 e 11, CF/88
Princípio da anterioridade eleitoral (ou anualidade eleitoral)
Art. 16, CF/88
Partidos políticos
Art. 17, CF/88
Coligações e fidelidade partidária
Fundo partidário e radio-teletransmissão
Representação feminina

14 ORGANIZAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO

ATENÇÃO: para o estudo da Federação brasileira, recomenda-se a leitura atenta dos artigos 18 a 36 da Constituição Federal, notadamente dos artigos 21 a 24, que tratam das competências federativas. São temas muito cobrados nos concursos públicos, cujas exigências concentram-se, em maior parte, na cobrança literal dos dispositivos. Por vez, os artigos serão mencionados ao longo do capítulo sem a sua transcrição literal, exigindo-se a sua leitura diretamente no texto constitucional, para fins de memorização. Serão reproduzidas, ainda, as decisões dos Tribunais Superiores com maior probabilidade de cobranças.

Assim, o estudo terá início a partir do art. 18 da CF/88:

> **Art. 18, CF/88 -** A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

Sobre o assunto, é preciso estar atento para algumas classificações, abaixo trabalhadas.

1. FORMAS DE ESTADO

Forma de Estado pode ser conceituada como sendo a **distribuição geográfica do poder político em um determinado Estado nacional**.

São espécies de forma de Estado: Estado Unitário; Estado Federal; e Confederação.

1.1. Estado Federado

É aquele em que há uma **repartição constitucional de competências, havendo diferentes entidades governamentais com autonomia.** Há uma descentralização política de competências. No Estado federado, estas diferentes entidades políticas autônomas formam, por meio de um vínculo indissolúvel, um Estado Soberano. Em função disso, não há um direito de secessão em um Estado federado.

1.2. Estado Unitário

Há um centro de poder político, podendo ser dividido nos seguintes termos:

1.2.1. Unitário Puro

Há uma centralização do poder. Esse tipo de Estado - unitário puro –, em que não há nenhum tipo de distribuição do poder político, **é uma característica de microestados** (Vaticano, Malta, Mônaco etc.).

Atualmente, apesar desse conceito, os atuais Estados unitários complexos ou compostos trabalham com a descentralização administrativa, ou seja, braços da administração são criados com personalidade jurídica própria para a tomada de decisões. Esses braços podem ser em forma de distritos, regiões, departamentos, municípios etc. São criadas regiões administrativas com poder de mando, com personalidade jurídica própria para tomada de decisões, mas tudo ligado ao poder central (França, Portugal).

Em função disso, pode-se dizer que dois problemas são resolvidos, pois há uma maior **democratização** com o Estado se aproximando da população, chegando às mais variadas regiões por conta da descentralização, fazendo com que o povo se sinta mais partícipe do poder. Além disso, há a **desburocratização**, pois, havendo qualquer problema, não há necessidade de ir até o polo central/capital, bastando ir à regional na qual se tem a possibilidade de tomada de decisões.

1.2.2. Unitário descentralizado administrativamente

As decisões políticas são centralizadas, mas as execuções dessas decisões políticas são delegadas.

1.2.3. Unitário descentralizado administrativamente e politicamente

Aqui há uma descentralização administrativa dessas decisões políticas tomadas, mas essas entidades são dotadas de uma autonomia para execução das decisões tomadas pelo governo central. Diante disso, podem decidir, no caso concreto, o que é mais conveniente ou oportuno fazer.

Qual é a diferença entre o Estado descentralizado administrativamente e politicamente e o Estado federado?

No Estado federado, essa repartição de competências é dada pela Constituição. Mesmo as decisões políticas são tomadas por entes diversos. No Estado unitário, apesar de poder haver a descentralização, poderá regredir à centralização. Nesse caso, essa regressão poderá se dar no momento e na forma que entender mais conveniente, ao contrário do estado federado, em que encontra guarida da repartição pela CF/88.

1.3. Confederação

Enquanto no Estado federal há uma distribuição do poder político, na qual temos entes dotados de autonomia e que se reúnem por um vínculo indissolúvel para formação de um Estado soberano, não admitindo o direito de secessão (ex.: CF/88), na **Confederação também há uma distribuição efetiva do poder político, mas nesta todos os estados que se reúnem não abrem mão de sua soberania,** podendo a qualquer momento sair da confederação, ou seja, **admite-se o direito de secessão**. A confederação nasce a partir de um tratado internacional, pois os estados são soberanos.

As principais diferenças entre o Estado federal e a confederação são:

- no Estado federal se tem um ente soberano e os demais entes são autônomos, enquanto na confederação todos os entes são dotados de soberania;
- no federalismo, é proibido o direito de secessão, ou seja, o direito de ruptura do vínculo. No Brasil, o art. 1º da Constituição traz o princípio da indissolubilidade do vínculo federativo. Já na confederação permite-se o direito de secessão;
- o estado federal nasce de uma constituição do ente soberano. A confederação nasce de um tratado ou um acordo entre os entes soberanos e cada um desses entes soberanos da confederação tem a sua própria constituição;
- no estado federal, existe um órgão de cúpula do Poder Judiciário. No caso do Brasil, é o STF, seja por via originária ou recursal. Na confederação, não existe esse órgão de cúpula do Poder Judiciário, porque todos os entes são soberanos e cada um possui o seu órgão máximo do Judiciário. O vínculo na confederação é mais tênue, mais fraco.

Não se pode confundir forma de estado com forma de governo, nem com sistema de governo, nem com regime político.

2. FORMA DE GOVERNO

É o conhecimento da maneira pela qual se dará o governo, bem como a relação entre governantes e governados. Em outras palavras, **é o modo como se dá a relação entre representantes e representados**. São basicamente duas as formas de governo, conforme a seguir.

2.1. República

São características básicas da República:

- eletividade dos governantes;
- temporalidade do exercício do poder;
- representatividade popular;
- responsabilidade do governante, que inclusive deve prestar contas.

2.2. Monarquia

São características da monarquia:

- hereditariedade do governo;
- vitaliciedade no governo;
- inexistência da representação popular, pois o governante tem o seu cargo determinado pelos laços sanguíneos;
- irresponsabilidade do governante, sem que haja dever de prestar contas.

3. SISTEMA DE GOVERNO

É o modo **como se dá a relação dos poderes dentro de um Estado nacional**, sobretudo entre o Legislativo e o Executivo. Os dois principais sistemas de governo são o presidencialismo e o parlamentarismo.

3.1. Sistema presidencialista

Há uma maior independência entre o Poder Executivo e o Legislativo. É característica do presidencialismo que **o Presidente da República acumule as funções de chefe de Estado** (na esfera internacional) **e chefe de governo** (na esfera interna), além de ser o chefe da administração pública federal. O governante tem um mandato com prazo certo.

3.2. Sistema parlamentarista

Há uma **colaboração entre o Executivo e Legislativo**. O Chefe do Executivo, que é chefe do Estado, escolhe o primeiro ministro, o qual irá exercer a função de chefe de governo. Uma vez escolhido o primeiro-ministro, ele elabora um plano de governo, devendo este ser submetido à apreciação do Parlamento.

A partir de então, o primeiro-ministro somente permanecerá no poder enquanto o seu plano de governo obtiver o apoio do Parlamento. Ou seja, no sistema parlamentarista, a chefia é **dual**: chefia de estado, a ser exercida por uma monarca ou presidente, e a chefia de governo, exercida pelo primeiro-

ministro. O chefe de governo permanece na chefia enquanto obtiver a maioria parlamentar, pois depende do apoio do Parlamento.

Exemplo de perda do apoio do Parlamento ocorreu recentemente no Reino Unido, quando aprovou a saída da União Europeia. Nessa situação, David Cameron disse que não seria mais o primeiro-ministro, pois o seu plano de governo seria ficar na União Europeia, razão pela qual não caberia mais a ele se manter como chefe de governo, tendo em vista que perdeu o apoio ao seu plano.

4. REGIME DE GOVERNO

O regime de governo diz respeito à participação do povo nos processos de poder e divide-se basicamente em dois:

4.1. Regime democrático

Há participação popular.

4.2. Regime autocrático

Não há participação popular.

O Brasil, à luz da Constituição Federal de 1988, compõe-se da seguinte maneira:

Forma de Estado: Estado Federal;

Forma de Governo: República;

Sistema de Governo: Presidencialista; e

Regime Político: Democracia.

5. A FEDERAÇÃO E SUAS CARACTERÍSTICAS

A federação na Constituição de 1988 não é uma típica federação, pois o Estado brasileiro não é um típico Estado federado. Isso porque, em verdade, somos compostos de 4 espécies distintas de entes federados, dotados de autonomia: União, estados, Distrito Federal e municípios.

A União e os estados são típicos da federação, porém **o Distrito Federal e os municípios são atípicos.** A doutrina explicita que existe o federalismo típico (federalismo de 1º grau), que é aquele exercido da relação da União com os estados. Porém, no Brasil, existe também um federalismo de 2º grau, pois, além da relação da União com os estados, também há relação dos estados com os municípios.

5.1. Classificações do federalismo

Temos dois federalismos básicos: federalismo centrípeto e o federalismo centrífugo.

5.1.1. Federalismo centrípeto

Também chamado de federalismo de **agregação**, é aquele que nasce de um movimento da periferia para o centro. Há um conjunto de Estados dependentes e soberanos que renunciam a sua soberania, fazendo um movimento centrípeto (de fora para dentro) que forma um Estado federado. Exemplo: federalismo norte-

americano; em 1781 os EUA eram uma confederação e, então, resolveram alienar a sua soberania para um único ente e ficar somente com a autonomia, criando um Estado federado em 1787.

5.1.2. Federalismo centrífugo

Também chamado de federalismo de **segregação**, nasce de um movimento do centro para a periferia. Ocorre quando um Estado unitário decide se **descentralizar**. Há um Estado soberano que decide conferir autonomia a entidades dentro do Estado. Trata-se de um movimento de dentro para fora, sendo denominado movimento centrífugo.

Nesse federalismo, há, ainda, um poder central, no caso a União, que detém certas competências mais amplas do que os demais entes. Exemplo: em 1824, na sua primeira Constituição, o Brasil era um Estado unitário. Não existiam estados-membros, eram nove províncias. Em 1891, foi elaborada a primeira Constituição republicana e federalista. Houve a saída de um Estado unitário para o federalismo, ou seja, do centro para a periferia, fazendo com o que o federalismo brasileiro seja centrífugo.

Há também o chamado federalismo dual e o federalismo cooperativo.

5.1.3. Federalismo dual ou clássico

Estabelece competências fechadas e específicas para os entes que vão desenvolvê-las de forma separada e independente. Ou seja, os entes terão as suas competências específicas não as dividindo com os demais. É típico de Estados liberais.

5.1.4. Federalismo cooperativo ou neoclássico

Nele, dois ou mais entes atuam de forma conjunta ou concorrentemente para a mesma matéria. Não há uma separação rígida de competências, pois a ideia é de que os entes federativos atuem em conjunto de forma comum ou concorrente. O federalismo brasileiro é cooperativo, pois a CF prevê vários artigos de competência comum ou concorrente. Típico de estados sociais.

O Brasil trabalha com os dois: há uma parte dual e uma parte cooperativa ou de integração.

5.1.5. Federalismo por integração

Há uma relação de subordinação dos Estados em relação à União (repartição vertical de competências), desvirtuando a natureza do federalismo, o que o aproxima do Estado Unitário descentralizado.

Há, ainda, os federalismos simétrico e assimétrico.

5.1.6. Federalismo simétrico

Visa a uma divisão de competências e receitas de forma paritária (equivalente e igualitária) entre os entes da mesma categoria, mesma estrutura. Ex.: Estados Unidos, onde existem 50 estados e existem 2 senadores para cada estado. O que se busca é a igualdade de tratamento, como, por exemplo, quando a CF estabelece tratamento igualitário entre os Estados (ex.: repartição de competências, regime tributário, representação dos Estados etc.).

O problema é que o federalismo simétrico pressupõe uma igualdade de desenvolvimento entre os entes, como a homogeneidade de cultura, o grau de desenvolvimento, de educação etc. São características a possibilidade de intervenção federal, o Poder Legislativo bicameral, o Poder Judiciário dual (federal e estadual) e os poderes constituintes originário e decorrente.

5.1.7. Federalismo assimétrico

O federalismo assimétrico do pressuposto da existência de desigualdades regionais (socioeconômicas, políticas, culturais, geográficas etc.), e busca reverter esse quadro com atribuições de competências e receitas de forma desigual. Também se busca reverter esse quadro mediante a realização de programas direcionadas a determinadas regiões que acabam sendo tratadas de formas diferenciadas. Ex.: Canadá.

A Constituição estabelece tratamentos distintos aos entes federados em certas disciplinas, tendo por certa finalidade igualar os entes. Visa reduzir as desigualdades regionais, que é objetivo fundamental da República.

Existe um debate na doutrina acerca do tipo de federalismo brasileiro no que diz respeito ao equacionamento de desigualdades. Muitos afirmam que faz parte do federalismo assimétrico, mas a corrente majoritária (professor Bernardo Gonçalves é adepto a essa corrente) entende que é classificado como simétrico. Por exemplo, cada estado brasileiro possui três senadores.

Porém, por mais que o estado brasileiro seja classificado como simétrico, existem manifestações assimétricas no federalismo brasileiro. Por exemplo, os art. 3º, III, art. 43, art. 151, I e o art. 159, I, c, todos da CF/88, demonstram exceções ao federalismo simétrico, são todos esses exemplos de situações assimétricas possíveis no federalismo brasileiro, classificado como simétrico.

Com o intuito de corrigir distorções eventualmente existentes no federalismo, o mencionado art. 43 da CF/88, por exemplo, prevê a possibilidade de a União, para efeitos administrativos, articular sua ação em um mesmo complexo geoconômico e social, com vistas ao seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais. Eis a redação do dispositivo:

> **Art. 43.** Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais.
> **§ 1º** Lei complementar disporá sobre:
> **I -** as condições para integração de regiões em desenvolvimento;
> **II -** a composição dos organismos regionais que executarão, na forma da lei, os planos regionais, integrantes dos planos nacionais de desenvolvimento econômico e social, aprovados juntamente com estes.
> **§ 2º** Os incentivos regionais compreenderão, além de outros, na forma da lei:
> **I -** igualdade de tarifas, fretes, seguros e outros itens de custos e preços de responsabilidade do Poder Público;
> **II -** juros favorecidos para financiamento de atividades prioritárias;
> **III -** isenções, reduções ou diferimento temporário de tributos federais devidos por pessoas físicas ou jurídicas;
> **IV -** 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.
> **§ 3º** Nas áreas a que se refere o § 2º, IV, a União incentivará a recuperação de terras áridas e cooperará com os pequenos e médios proprietários rurais para o estabelecimento, em suas glebas, de fontes de água e de pequena irrigação.

§ 4º Sempre que possível, a concessão dos incentivos regionais a que se refere o § 2º, III, considerará critérios de sustentabilidade ambiental e redução das emissões de carbono

ATENÇÃO

Quadro-resumo: a Federação brasileira é de primeiro grau, visto que declina competências da União para os estados, e de segundo grau, pois avança dos estados para os municípios. Foi formada por segregação ou desagregação, ou seja, havia um estado unitário que se descentralizou, criando várias unidades autônomas. É vedado o direito de secessão, pois um ente não pode decidir se separar do Brasil. E, por fim, não há superioridade de um ente federativo sobre o outro.

6. O FEDERALISMO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Cabe lembrar que os entes federados possuem tão somente autonomia. Nem mesmo a União tem soberania. Essa autonomia da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios se desdobra numa tríplice capacidade:

- capacidade de auto-organização: é a capacidade de elaborar a sua própria legislação;
- capacidade de autogoverno: capacidade de se autogovernar;
- capacidade de autoadministração: capacidade de se autogerenciar.

Não há precedência de um ente federado sobre o outro, mas somente uma distribuição de competências constitucionais. Essa é a razão pela qual um ente pode ter a sua atividade julgada inconstitucional quando violar a iniciativa cabível a outro ente.

Inclusive o STF já entendeu que a fixação, pelas Constituições dos Estados, de data para o pagamento dos vencimentos dos servidores estaduais e a previsão de correção monetária em caso de atraso não afrontam a CF/88. No entanto, a Constituição do Estado que estende a obrigação aos servidores municipais e aos empregados celetistas de empresas públicas e sociedades de economia mista **viola a autonomia desses entes.**

O ente soberano é a República Federativa do Brasil. A União não goza de soberania. Há, muitas vezes, confusão em relação ao entendimento da União como sendo o ente soberano, pois era preciso eleger alguém para representar a República Federativa do Brasil (RFB) e exercer as suas prerrogativas tanto no âmbito internacional quanto no interno. Por exemplo, o art. 21, I, da CF dispõe que é de competência da União manter relações com os Estados estrangeiros, mas esta exercendo prerrogativas da República Federativa do Brasil, que é o ente soberano.

Outro exemplo da posição da União em relação à RFB é o art. 18, CF, que dispõe que a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos.

Mas do que se trata essa autonomia?

Autonomia, que os entes federativos possuem, é a **capacidade para desenvolver atividades dentro de limites previamente determinados pelo ente soberano.** Dentro do nosso federalismo, a capacidade para desenvolver atividades se divide numa tríplice capacidade: auto-organização (normatização própria), autogoverno e autoadministração.

6.1. Auto-organização

A **União** se auto-organiza por meio da Constituição Federal e das leis federais; os **estados**, da Constituição estadual e das leis estaduais; os **municípios**, da lei orgânica do município e das leis municipais; e o **DF**, por meio da lei orgânica do DF e das leis distritais.

6.2. Autogoverno

A **União** se autogoverna por meio dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (art. 2º, CF). A própria Constituição delimita os poderes do ente autônomo. Nesse caso, o Congresso Nacional é o Poder Legislativo da União e também da RFB. Tanto é assim que o Congresso Nacional produz dois tipos de leis: lei nacional e lei federal. A lei nacional tem amplitude nacional e vincula todos os entes, a exemplo, o Código Penal. E também o próprio Congresso Nacional faz leis somente federais, por exemplo, a Lei n.º 8.112/1990, que vincula somente a União e a sua estrutura, não vinculando os servidores estaduais e municipais, que terão seus próprios estatutos.

O mesmo ocorre com relação ao Presidente da República (Poder Executivo), que é Presidente da República Federativa do Brasil ao mesmo tempo em que chefia e preside a estrutura federal da União.

O autogoverno dos **estados** também tem Poderes Legislativo (art. 27, CF), Executivo (art. 28, CF) e Judiciário (art. 125, CF), tudo sempre delimitado pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Os municípios e o DF fogem à lógica do autogoverno, porque existem exceções. Para os municípios, há somente os Poderes Legislativo e Executivo (art. 29, CF), não existindo Poder Judiciário municipal. Além de faltar Poder Judiciário, falta representação federativa no Senado. É tradicional, no federalismo, ter uma câmara de representantes dos entes, **mas não existe representação federativa dos municípios.**

Em função disso, autores como José Afonso da Silva defendem que municípios não são propriamente entes federativos com autonomia política, sendo somente nominal na Constituição. No entanto, a corrente majoritária defende que o município é um ente federativo dotado de autonomia política, embora existam exceções à sua autonomia.

O mesmo ocorre com o DF. Ele é um ente federativo com autonomia política, mas têm exceções. O DF tem Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, mas existem exceções à sua autonomia, como seu próprio Poder Judiciário, que é organizado e estruturado pela União, assim como o Ministério Público do DF, que está dentro da estrutura do Ministério Público da União.

Além disso, as **polícias civil e militar do DF** são organizadas e mantidas pela União (Súmula 647, STF), mas submetidas aos mandos do gorvenador (art. 144, §6º, CF). Em termos constitucionais, os artigos 22, XVII; art. 21, XIII e XIV, todos da CF/88, provam as exceções à autonomia do DF.

6.3. Autoadministração

É o exercício de competências administrativas, legislativas e tributárias pelos entes. Competências são faculdades juridicamente atribuídas aos entes para a tomada de decisões (administrativas, legislativas e tributárias) e com isso se auto administram.

6.4. Técnicas de repartição de competências entre os entes

Destacam-se duas grandes técnicas de repartição de competências entre os entes: repartição horizontal de competências e repartição vertical de competências.

Quando se fala em **repartição horizontal de competências,** entende-se como **técnica através da qual as competências são distribuídas com exclusividade, de forma enumerada e específica, para um único ente federativo, ficando tal atribuição apenas a cargo daquele ente.**

Tem origem na Constituição dos Estados Unidos da América.

A repartição horizontal desenvolve o federalismo dual ou clássico e nasce no Brasil na Constituição de 1891, em que a União terá competências enumeradas, e os estados, as competências remanescentes.

Atualmente, na CF/88, temos a União com competências enumeradas, os estados com competências remanescentes e os municípios com competências também enumeradas.

Assim, pode-se apresentar o seguinte quadro de repartição horizontal de competências na CF/88:

REPARTIÇÃO HORIZONTAL DE COMPETÊNCIAS NA CF/88	
ENTE FEDERATIVO	**COMPETÊNCIA**
União	Art. 21 - competências administrativas exclusivas da União;
União	Art. 22 - competências legislativas privativas da União;
Estados	Art. 25, §1º - competências residuais dos Estados;
Municípios	Art. 30, I - competência legislativa dos Municípios;
Municípios	Art. 30, III ao IX - competências administrativas dos Municípios;
DF	Art. 32, §1º - competências cumulativas do DF, reservando-lhe as competências legislativas dos Estados e Municípios.

Ao se falar em **repartição vertical de competências, por sua vez, deve-se entender a técnica pela qual as competências são distribuídas por dois ou mais entes federativos, que devem atuar por meio de cooperação, concorrentemente ou conjuntamente.**

A repartição vertical tem origem na Alemanha, na Constituição de Weimar de 1919, e desenvolve o federalismo cooperativo ou de integração. Os entes vão atuar conjuntamente, concorrentemente, sobre a mesma matéria. Há uma cooperação entre os entes para agirem em conjunto e atingirem objetivos que, talvez sozinhos, não seriam atingidos em termos estratégicos.

No Brasil, a repartição vertical surge com a Constituição de 1934, a primeira Constituição do Brasil de Estado social.

Na CF/88 há a repartição vertical com competências comuns e concorrentes.

Assim, apresenta-se o seguinte quadro de repartição vertical de competências na CF/88:

REPARTIÇÃO VERTICAL DE COMPETÊNCIAS NA CF/88	
ENTE FEDERATIVO	**COMPETÊNCIA**
União, Estados, DF e Municípios	Art. 23 - competências administrativas comuns;
União, Estados e DF	Art. 24 - competências legislativas concorrentes;
Municípios	Art. 30, II - competência legislativa concorrente dos Municípios.

6.5. Federação de equilíbrio

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo afirmam que a CF/88 se enquadra na federação de equilíbrio, pois está fundada no equilíbrio entre as competências e a autonomia conferidas aos entes federados.

Vale ressaltar que, **como decorrência dos conflitos federativos surgidos no contexto na pandemia da COVID-19,** o Supremo Tribunal Federal foi chamado a se manifestar sobre a amplitude da autonomia dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Na oportunidade, o Pretório Excelso ratificou a autonomia desses entes federados, sinalizando que a União poderia traçar as diretrizes gerais, entretanto, que em face da mencionada autonomia dos entes, Governadores e Prefeitos poderiam, de modo fundamentado e com base em dados técnicos, adotar, ao fim e ao cabo, as medidas que reputassem mais pertinentes à realidade de cada ente, ainda que não contassem com a concordância do Governo Federal.

6.6. Garantias à federação

A CF/88 tem uma especial motivação para se enquadrar na forma federativa, eis que elenca uma série de garantias à federação. Por exemplo, **as competências são definidas constitucionalmente**. Ao distribuí-las, a Constituição assegura equilíbrio federativo, o que transmite também segurança. Ou seja, se a competência está no Texto Maior, ela deve ser respeitada, sob pena de uma atuação inconstitucional, passível de controle de constitucionalidade.

A fim de observar a unidade da federação, ou seja, vedação ao direito de secessão, é possível até a chamada **intervenção**, que assegura o equilíbrio e a manutenção da federação. Para manter o equilíbrio entre os entes federados, a CF/88 consagra uma imunidade recíproca de impostos, além da própria repartição das receitas tributárias.

Percebe-se que **a federação é de tão grande importância que o art. 60, §4º, da CF/88 consagra a forma federativa de estado como cláusula pétrea**. Vale lembrar que **a República não é cláusula pétrea**. Nem mesmo o **sistema de governo presidencialista** é cláusula pétrea. Com relação à forma de governo republicana, destaca-se que, apesar de não ser cláusula pétrea, é um princípio constitucional sensível, autorizando a intervenção federal.

6.7. União

A União é pessoa jurídica de direito público interno. A pessoa jurídica de direito público externo é a República Federativa do Brasil. Todavia, a União representa a República Federativa do Brasil, portanto, **cabe à União exercer as prerrogativas da República nas relações internacionais**, sendo que essas prerrogativas são de atribuição exclusiva da União.

Atente-se para o fato de que a União somente representa a República Federativa do Brasil. Ou seja, não é ela quem age, e sim o Estado Federal, o qual pratica os respectivos atos.

A CF/88 estabelece, no art. 20, os bens da União:

> **Art. 20, CF/88** - São bens da União:
> **I -** os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos;
> **II** - 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;
> **III -** 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;
> **IV –** as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; 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;
> **V** - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;
> **VI** - o mar territorial;
> **VII** - os terrenos de marinha e seus acrescidos;
> **VIII** - os potenciais de energia hidráulica;
> **IX** - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;
> **X -** as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos;
> **XI** - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

Em relação às competências da União, estas serão estudadas posteriormente.

6.7.1. Territórios

Os Territórios são **meras descentralizações administrativas-territoriais** da União, possuindo natureza jurídica de autarquias administrativas territoriais da União, sem autonomia política e, portanto, sem capacidade de autolegislação, autoadministração ou autogoverno. Atualmente não há territórios federais.

Com a promulgação da Constituição de 1988, os Territórios Federais então existentes foram eliminados da ordem jurídica brasileira. A doutrina (Uadi Lammêgo Bulos, Dirley da Cunha Júnior, Bernando Gonçalves, José Afonso da Silva) afirma que eles foram extintos. No mesmo sentido, os arts. 14 e 15 do ADCT (Atos das Disposições Constitucionais Transitórias) afirmam que parte deles foram extintos por transformação em Estados e outro extinto por reincorporação.

Território de Roraima — extinção por transformação no Estado de Roraima — art. 14 ADCT.

Território do Amapá — extinção por transformação no Estado do Amapá — art. 14 do ADCT.

Território de Fernando de Noronha — extinção por incorporação ao Estado de Pernambuco — art. 15 do ADCT.

> **ADCT:**
> **Art. 14**. Os Territórios Federais de Roraima e do Amapá são transformados em Estados Federados, mantidos seus atuais limites geográficos.
> **§ 1º** A instalação dos Estados dar-se-á com a posse dos governadores eleitos em 1990.
> **§ 2º** Aplicam-se à transformação e instalação dos Estados de Roraima e Amapá as normas e critérios seguidos na criação do Estado de Rondônia, respeitado o disposto na Constituição e neste Ato.
> **§ 3º** O Presidente da República, até quarenta e cinco dias após a promulgação da Constituição, encaminhará à apreciação do Senado Federal os nomes dos governadores dos Estados de Roraima e do Amapá que exercerão o Poder Executivo até a instalação dos novos

> Estados com a posse dos governadores eleitos.
> **§ 4º** Enquanto não concretizada a transformação em Estados, nos termos deste artigo, os Territórios Federais de Roraima e do Amapá serão beneficiados pela transferência de recursos prevista nos arts. 159, I, "a", da Constituição, e 34, § 2º, II, deste Ato.
> **Art. 15.** Fica extinto o Território Federal de Fernando de Noronha, sendo sua área reincorporada ao Estado de Pernambuco.

O texto constitucional prevê que **territórios federais podem ser criados**, consoante regulamentação que deve ser estabelecida por lei complementar federal.

A CF/88 estabelece as seguintes regras:

> **Art. 33, CF/88 -** A lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios.
> **§ 1º** Os Territórios poderão ser divididos em Municípios, aos quais se aplicará, no que couber, o disposto no Capítulo IV deste Título.
> **§ 2º** As contas do Governo do Território serão submetidas ao Congresso Nacional, com parecer prévio do Tribunal de Contas da União.
> **§ 3º** Nos Territórios Federais com mais de cem mil habitantes, além do Governador nomeado na forma desta Constituição, haverá órgãos judiciários de primeira e segunda instância, membros do Ministério Público e defensores públicos federais; a lei disporá sobre as eleições para a Câmara Territorial e sua competência deliberativa.

Destacam-se as seguintes regras constitucionais sobre territórios:

- territórios podem ou não ser divididos em municípios. Sendo divididos em municípios, haverá a única hipótese em que poderá ocorrer intervenção federal em municípios;
- territórios federais com mais de 100 mil habitantes terão órgãos judiciários de primeira e segunda instância, membros do Ministério Público e defensores públicos federais; e a lei disporá sobre as eleições para a Câmara Territorial e sua competência deliberativa;
- governador de território é escolhido pelo Presidente da República, devendo o seu nome ser previamente aprovado por voto secreto, após arguição pública pelo Senado Federal;
- pertence à União, em Território Federal, os impostos estaduais e, se não for dividido em municípios, também pertencerá os impostos municipais;
- cada território elegerá quatro deputados federais.

6.7.2. Estados-membros

Os estados-membros são **dotados de autonomia**, que começa com a auto-organização, também denominada autolegislação. Dessa característica advém a possibilidade de elaborar suas próprias Constituições Estaduais, desde que observados os princípios da Constituição Federal, conforme se observa a seguir.

a) Princípios constitucionais sensíveis

A observância é **obrigatória**, sob pena de intervenção federal. Estão previstos no art. 34, VII, da CF, sendo, portanto, princípios sensíveis:

- forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
- direitos da pessoa humana;
- autonomia municipal (prova a importância que a CF deu ao federalismo de 2º grau);
- prestação de contas da administração pública, direta e indireta (decorre da forma republicana de governo);

- 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.

A ofensa a esses princípios poderá ensejar representação interventiva, proposta pelo Procurador-Geral da República perante o STF. Nesse caso, o PGR buscará a declaração de inconstitucionalidade daquela medida pelo STF, por meio da intervenção, bem como que a própria Corte faça uma requisição ao Poder Executivo, a fim de que ele decrete a intervenção federal.

b) Princípios constitucionais extensíveis

São regras de organização que a Constituição estendeu aos estados-membros, ao Distrito Federal e aos municípios.

Os princípios constitucionais extensíveis podem ser identificados a partir das normas atinentes ao processo legislativo, ao sistema constitucional tributário, aos preceitos ligados à Administração Pública bem como às normas constitucionais de caráter orçamentário.

c) Princípios constitucionais estabelecidos (ou organizatórios)

São diversos princípios que se encontraram na CF/88 e que limitam a autonomia organizatória do Estado, ainda que não estejam expressamente previstos como limitadores. Os estados ainda são dotados de autogoverno. Isso significa que o estado é organizado em Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário.

A Carta Magna estabelece importantes regras para limitar a definição do Poder Estadual. **O Poder Legislativo estadual é unicameral**, visto que é composto por uma única câmara, denominada de **Assembleia Legislativa**, composta por deputados estaduais. Vigora o sistema proporcional dos deputados estaduais, ou seja, não podem ser eleitos pelo sistema majoritário. O mandato dos parlamentares estaduais será de quatro anos, não podendo ser de cinco anos.

De acordo com o art. 27*, caput*, da CF/88, **número de deputados estaduais** corresponderá ao triplo da representação do estado na Câmara dos Deputados, até que o número de deputados federais seja igual a 12. A partir do momento em que se tem 36 deputados estaduais, há o acréscimo de 1 para 1. Assim, atingido o número de 36, será acrescido de tantos quantos forem os deputados federais acima de doze. O estado de São Paulo tem 70 deputados federais, razão pela qual tem 94 deputados estaduais.

O subsídio dos deputados estaduais deverá ser no máximo de 75% do subsídio de um deputado federal, sendo a lei de iniciativa da Assembleia Legislativa, nos termos do art. 27, §2º da CF/88. O STF decidiu que tal subsídio deve ser fixado, necessariamente, por lei em sentido formal, sendo vedada a sua vinculação ao *quantum* estipulado pela União aos deputados federais, por incompatibilidade com o princípio federativo e com a autonomia dos entes federados (STF. Plenário. ADI 6437/MT, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 28/5/2021).

Frise-se que o STF decidiu que o Deputado Estadual pode receber ajuda de custo, não havendo afronta ao regime de subsídio. Registrou-se, assim, no âmbito da Suprema Corte, que é constitucional norma estadual que estabeleça o pagamento a parlamentar — no início e no final de cada sessão legislativa — de ajuda de custo correspondente ao valor do próprio subsídio mensal (STF. Plenário. ADI 6468/SE, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 2/8/2021, Informativo 1024, STF).

A Constituição Federal estabelece que é obrigatório o estado tratar sobre a **Lei de Iniciativa Popular**.

A eleição de governador e vice deve corresponder ao período de 4 anos.

O subsídio do governador é de iniciativa da Assembleia Legislativa, conforme o art. 28, §2º, CF.

O **limite remuneratório**, no âmbito do **Poder Legislativo**, é o subsídio dos deputados estaduais. No âmbito do **Poder Executivo**, o limite é o subsídio do governador, exceto para procuradores de estado e defensores públicos, cujo teto é 90,25% do subsídio do ministro do STF.

A CF/88 autoriza que os estados fixem como limite único para o teto remuneratório do estado o subsídio mensal dos desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça, o qual tem como limite o *quantum* de 90,25% do subsídio do ministro do STF. Esse teto de subsídio não se aplica aos deputados estaduais e distritais nem aos vereadores, eis que a própria CF/88 assim já estabelece.

É possível que a Constituição Estadual **estabeleça mecanismos de controle abstrato de constitucionalidade**, a fim de verificar se as leis estaduais e municipais guardam relação com a Constituição estadual. A legitimidade para representação de inconstitucionalidade não poderá ser atribuída a um único órgão.

A CF admite que a Constituição Estadual **crie uma Justiça Militar Estadual**, sendo composta em 1º grau pelos juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça, e, em 2º grau, pelo próprio Tribunal de Justiça. É possível que, em 2º grau, exista um Tribunal de Justiça Militar nos estados em que o efetivo militar seja superior a 20.000 integrantes, caso contrário, a competência será do Tribunal de Justiça.

É constitucional a norma de Constituição Estadual que preveja que as proibições e os impedimentos estabelecidos para os deputados estaduais deverão ser aplicados também para o governador e o vice-governador do estado.

Ainda, a CF/88 estabelece que a **competência dos estados é residual**. São reservadas aos estados as competências que não estejam vedadas pela própria CF. Os estados terão a sua autoadministração dentro das competências administrativas e legislativas definidas constitucionalmente.

O art. 25, §3º da CF/88 estabelece:

> **Art. 25, §3º, CF/88** - 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.

A diferença entre elas é:

Regiões metropolitanas: são conjuntos de municípios limítrofes com certa continuidade urbana e que se reúnem em torno de um município polo (em destaque), tendo em relação aos outros municípios uma continuidade urbana. Ex.: região metropolitana de São Paulo.

Aglomeração urbana: são áreas urbanas de municípios limítrofes, mas não há município sede (central), havendo uma grande densidade populacional (demográfica). Há também uma continuidade urbana entre esses municípios, porém não há o município polo.

Microrregiões: há também municípios limítrofes, porém apresentam características homogêneas e problemas comuns. Esses municípios não estão ligados a uma continuidade urbana.

A competência para criá-los é exclusiva dos estados, sempre por meio de lei complementar. Quando o estado-membro se vale da sua autolegislação e cria a Constituição Estadual, estará exercendo o Poder Constituinte Derivado Decorrente. Todavia, existem limitações ao Poder Constituinte Derivado Decorrente.

A Lei n.º 13.089/2015 (Estatuto da Metrópole) traz diretrizes para as regiões metropolitanas, as quais são instituídas pelos Estados-Membros por meio de lei complementar estadual, com o objetivo de realizar funções públicas de interesse comum. Tais funções públicas de interesse comum são políticas públicas cuja realização por parte de um Município isoladamente seria inviável, ou causaria impactos em Municípios limítrofes, razão pela qual devem ser organizadas, planejadas e executadas por todos os entes municipais envolvidos. Para tanto, os Municípios reúnem-se em forma de aglomerações urbanas ou regiões metropolitanas, instaurando-se uma forma de administração denominada "governança interfederativa".

Por governança interfederativa deve-se entender o compartilhamento (divisão) das responsabilidades e ações entre os entes federativos integrantes do agrupamento, a fim de que todos participem da organização, planejamento e execução das funções públicas de interesse comum.

Sobre o tema, o STF já decidiu que **é inconstitucional norma que prevê a concentração excessiva do poder decisório nas mãos de só um dos entes públicos integrantes de região metropolitana.** Neste mesmo contexto, é inadmissível a gestão e a percepção dos frutos da empreitada metropolitana comum, incluídos os valores referentes a eventual concessão à iniciativa privada, aproveitem a apenas um dos entes federados.

Assim, o STF declarou inconstitucionais normas que concentravam no Estado de Alagoas o poder decisório nas instâncias deliberativas e executivas da Região Metropolitana de Maceió, resultando na violação da autonomia dos municípios envolvidos. O STF, contudo, modulou os efeitos da decisão para que passasse a valer em 24 meses, período em que o legislativo estadual deverá reapreciar o desenho institucional da região metropolitana (STF. Plenário. ADI 6573/AL, ADI 6911/AL e ADPF 863/AL, Rel. Min. Edson Fachin, julgados em 13/5/2022, Info. 1055).

Reproduz-se, abaixo, a ementa da decisão do STF:

> **ADPF 863[28], STF** - CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO CONJUNTO DAS ADIS Nº 6.573 E Nº 6.911. ORGANIZAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA. REGIÃO METROPOLITANA DE MACEIÓ. LEI COMPLEMENTAR Nº 50/2019, DO ESTADO DE ALAGOAS. SISTEMAS DE SANEMANETO BÁSICO NÃO INTERLIGADOS. AUSÊNCIA DE CONURBAÇÃO. SITUAÇÕES NÃO IMPEDITIVAS DA CONSTITUIÇÃO DE REGIÃO METROPOLITANA. SERVIÇO PUBLICO DE INTERESSE COMUM METROPOLITANO. AUTONOMIA MUNICIPAL. COMPATIBILIDADE COM A INSTITUIÇÃO DE REGIÕES METROPOLITANAS DESDE QUE GARANTIDA A PARTICIPAÇÃO MUNICIPAL. TITULARIDADE DO INTERESSE PÚBLICO METROPOLITANO E DO PODER CONCEDENTE. COMPETÊNCIA CONJUNTA. PROIBIÇÃO DE CONCENTRAÇÃO DE PODER DECISÓRIO EM UM ÚNICO ENTE-FEDERADO. MODULAÇÃO DE EFEITOS. ADI Nº 6.573 JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. ADI 6.911 JULGADA PROCEDENTE. 1. O argumento de que as cidades da Região Metropolitana de Maceió não possuem sistema de saneamento básico integrado, ou que não se verifica, naquelas localidades, o fenômeno da conurbação é insuficiente para inquinar a constitucionalidade da Lei Complementar nº 50/2019, do Estado de Alagoas. Nos termos da jurisprudência dominante neste Supremo Tribunal Federal, são legítimas as regiões metropolitanas criadas por lei complementar estadual, e que se dirijam a agrupamento de municípios limítrofes com o objetivo de integrar a organização, o planejamento e a execução no âmbito de funções públicas de interesse comum. **2. No julgamento da ADI nº 1.842, a Corte se posicionou sobre a titularidade do interesse público metropolitano, afastando as posições extremadas que alocavam esta titularidade quer seja no Município, quer seja no conjunto de Municípios, quer seja no Estado-federado. Prevaleceu a tese da competência e da**

Disponível em:

[28] https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6213264

> **titularidade conjuntas, a qual implica que deva existir, .no seio da região metropolitana, estrutura colegiada assecuratória da participação dos Municípios. Ainda que o Supremo Tribunal Federal não tenha definido, de maneira positiva, o desenho institucional a ser adotado pelas regiões metropolitanas, assentou-se a proibição de que as instituições colegiadas concentrem poder decisório em um só ente-federado.** 3. Os arts. 8º e 14 da Lei Complementar nº 50/2019, do Estado de Alagoas, violam a Constituição da República, naquilo que concerne à autonomia dos Municípios, uma vez que o Estado-federado concentra sessenta porcento dos votos na Assembleia Metropolitana e no Conselho de Desenvolvimento Metropolitano, unificando em si, de facto, todo o poder decisório da empreitada comum. 4. Proposta de modulação de efeitos para resguardar a continuidade do essencial serviço de saneamento básico na região. 5. Ações diretas conhecidas para julgar a ADI nº 6.573 parcialmente procedente e a ADI nº 6.911 procedente às inteiras, e, na forma do art. 27 da Lei nº 9.868/99, declarar a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade dos arts. 8º e 14 da Lei Complementar 50/2019, do Estado de Alagoas, mantendo sua vigência excepcional pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, durante os quais o legislador estadual deverá reapreciar o desenho institucional da Região Metropolitana de MaceióEm relação ao trecho destacado, inclusive, houve expressa cobrança em recente concurso para Procurador do Estado do Pará, aplicada pela CESPE/CEBRASPE, em 2023, conforme abaixo explanado.

QUESTÃO DE CONCURSO

(CESPE/CEBRASPE – 2023 – PGE-PA – Procurador do Estado da Pará). Em relação às regiões metropolitanas, o STF, ainda que não tenha definido o desenho institucional a ser adotado por tais regiões, expressamente proibiu que as instituições colegiadas concentrem poder decisório em um só ente federado, quer seja o município, quer seja o conjunto de municípios, autorizando, todavia, que sejam representadas pelo estado federado que as abriga.

Gabarito: FALSO.

Resolução: Conforme reproduzido na ementa acima, ficou assentada, pela Suprema Corte, a proibição de que as instituições colegiadas concentrem poder decisório em um só ente federado.

Trata-se de tema com possibilidade de novas cobranças nos concursos públicos, notadamente para as áreas da advocacia pública.

Algumas matérias, segundo já decidido pelo STF, não podem ser definidas pela Constituinte estadual (CE), tais como:

- a CE **não pode condicionar a nomeação de secretário de estado** a uma prévia aprovação da Assembleia Legislativa, pois violaria a separação dos poderes;
- a CE **não pode estabelecer em 4/5 dos membros da Assembleia o quórum para aprovação de emendas à Constituição estadual**, visto que o estabelecido pela CF seria uma norma de observância obrigatória (3/5 em dois turnos);
- a **CE não pode tratar de matérias de iniciativa privativa do Executivo**, a partir de uma proposta de emenda apresentada por parlamentar. A ideia é coibir a fraude, pois, se a CF estabelece que uma determinada matéria é de iniciativa do Presidente da República, isso deve ser observado obrigatoriamente pela Constituição do estado;

a **CE não pode subordinar a nomeação do Procurador-Geral de Justiça a uma prévia aprovação do seu nome pela Assembleia Legislativa**. Isso porque a CF estabeleceu regra própria para a matéria, conforme art. 128, §3º, que diz que os Ministérios Públicos dos Estados e o do Distrito Federal e Territórios formarão lista tríplice dentre 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 recondução.

Sendo assim, a CF estabeleceu processos distintos para o Procurador-Geral da República e para os Procuradores-Gerais de Justiça;

a CE **não pode outorgar aos governadores de estado imunidade à prisão em flagrante, à prisão preventiva e à prisão temporária, tampouco estabelecer a irresponsabilidade na vigência do mandato por atos estranhos aos exercícios de suas funções**. Para o STF, essas garantias são exclusivas do Presidente da República, como Chefe de Estado.

ATENÇÃO

O art. 51, I da CF/88 estabelece que 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.

O art. 86, *caput,* da CF/88 afirma que, admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o STF, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade. Ademais, o §1º do dispositivo prevê que o Presidente ficará suspenso de suas funções, nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo STF.

Com base nos artigos supracitados, alguns Estados previram em suas Constituições a necessidade de prévia autorização da Assembleia Legislativa para julgamento dos Governadores, mediante voto de 2/3 dos seus membros.

O STF considerava tal previsão constitucional, aplicando-se o princípio da simetria.

Ocorre que houve alteração jurisprudencial na matéria. **A Suprema Corte passou a declarar inconstitucionais tais previsões nas Constituições estaduais. Assim, não existe necessidade de prévia autorização da Assembleia Legislativa para que um Governador seja processado por crime comum. O STJ poderá receber diretamente a denúncia ou queixa proposta sem realização de juízo político pelo Poder Legislativo Estadual. Caso haja tal previsão, será inconstitucional. Trata-se, assim, de norma de reprodução proibida no âmbito estadual!**

Reproduz-se, para melhor entendimento, o julgamento do STF:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 92, §1º, I, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. EXIGÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA PARA O PROCESSAMENTO DE GOVERNADOR DE ESTADO POR CRIME COMUM PERANTE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DESNECESSIDADE. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA AÇÃO. FIXAÇÃO DE TESE. 1. Não há fundamento normativo-constitucional expresso que faculte aos Estados possuírem em suas Constituições estaduais a exigência de autorização prévia da Assembleia Legislativa para o processamento e julgamento de Governador por crime comum perante o Superior Tribunal de Justiça. 2. A regra do art. 51, I, CRFB, prevista de forma expressa apenas para o Presidente da República, não comporta interpretação extensiva aos Governadores de Estado, visto que excepciona a regra geral que estabelece a ausência de condição de procedibilidade política para o processamento de ação penal pública. 3. A exigência de autorização prévia de Assembleia Estadual para o processamento e julgamento de Governador do Estado por crime comum perante o Superior Tribunal de Justiça ofende o princípio republicano (art. 1º, caput, CRFB), a separação de Poderes (art. 2º, caput, CRFB) e a cláusula geral de igualdade (art. 5º, caput, CRFB). 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente, com fixação da seguinte tese: Não há necessidade de prévia autorização da Assembleia Legislativa para o recebimento de denúncia ou queixa e instauração de ação penal contra

Governador de Estado, por crime comum, cabendo ao STJ, no ato de recebimento ou no curso do processo, dispor, fundamentadamente, sobre a aplicação de medidas cautelares penais, inclusive afastamento do cargo. (ADI 5540[29], Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 03/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-061 DIVULG 27-03-2019 PUBLIC 28-03-2019)"

A CE **não pode condicionar a eficácia de convênio celebrado pelo Poder Executivo à prévia aprovação do Poder Legislativo Estadual**, pois isso violaria o princípio da separação dos poderes. Em função disso, é inconstitucional norma da CE que exija autorização da Assembleia Legislativa para o estado celebrar acordo que implique aumento da dívida do ente;

A CE **não pode estabelecer prazo para que o detentor de uma iniciativa privativa apresente projeto de lei ao Legislativo**, pois violaria a separação dos poderes.

Caso haja inércia, **poderá configurar um caso de inconstitucionalidade por omissão;**

A CE **não pode outorgar competência para que a Assembleia Legislativa julgue as suas próprias contas e dos administradores do Poder Executivo e Judiciário.** Isso porque é preciso que a norma constitucional sobre o julgamento de contas seja reproduzida nos estados, guardados os órgãos competentes. Segundo a CF/88, o Tribunal de Contas irá julgar as contas dos administradores na esfera federal. Esse modelo seria de observância obrigatória pelos estados, Distrito Federal e municípios. Na esfera estadual, a competência para julgar as contas do governador será da Assembleia Legislativa, após a apreciação por meio de parecer prévio, no prazo de 60 dias, do Tribunal de Contas do Estado, pois essa competência para julgamento das contas do Presidente da República é do Congresso Nacional, após a apreciação e parecer prévio do Tribunal de Contas da União. Ocorre que a competência para julgar as contas dos demais administradores públicos estaduais, no âmbito dos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), é do Tribunal de Contas dos Estados. Previsão em sentido diverso viola a CF/88;

A CE **não pode adotar sistemas eleitorais distintos daqueles previstos na CF**. Há basicamente dois sistemas: o majoritário e o proporcional. Esses sistemas eleitorais são de observância obrigatória pelos estados-membros;

A CE **não pode definir os crimes de responsabilidade do governador, tampouco cominar as respectivas penas.** Essa competência é de Direito Penal, cabendo à União legislar privativamente. O STF faz uma interpretação extensiva para enquadrar os crimes de responsabilidade na competência de Direito Penal da União. Esse entendimento está consagrado na Súmula Vinculante 46;

QUESTÕES DE CONCURSO

(**FGV – 2023 – TJ-ES – Juiz Substituto)** A Constituição do Estado Gama estabeleceu que o juízo de admissibilidade da acusação e do julgamento dos crimes de responsabilidade do governador ocorreriam perante o Poder Legislativo local. Diante do exposto e considerando a jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, é correto afirmar que a Constituição do Estado Gama é inconstitucional, pois a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento são da competência legislativa privativa da União.

Disponível em:

[29] https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749465956

Gabarito: CERTO.

A CE **não pode impor ao Prefeito Municipal o dever de comparecimento perante a Câmara de Vereadores**, pois semelhante prescrição normativa, provoca estado de submissão institucional do Chefe do Executivo ao Poder Legislativo municipal (sem qualquer correspondência com o modelo positivado na Constituição da República);

A CE **não pode submeter à Assembleia Legislativa Estadual a escolha, pelo governador, de desembargador que integrará o Tribunal de Justiça**, eis que esse procedimento já está exaustivamente previsto no art. 94, CF/88, havendo invasão da competência do Poder Executivo;

A CE **não pode estabelecer que lei de iniciativa parlamentar autorize o Chefe do Poder Executivo Estadual a extinguir sociedade de economia mista, destinando os bens remanescentes da entidade à autarquia estadual.** Isso porque a criação e extinção de ministérios e órgãos da Administração Pública é de iniciativa do Presidente da República, sendo, por simetria, de competência do governador do estado;

A CE **não pode criar órgão de segurança pública diverso daqueles previstos no art. 144 da Constituição federal.**

• *6.7.2.1. Formação dos Estados*

A CF/88 **prevê, no art. 18, §3°, a possibilidade de alteração da estrutura interna, territorial, dos estados**. Não há previsão de alteração territorial do Distrito Federal, mas apenas dos estados, podendo incorporar-se entre si, subdividir-se, desmembrar-se, seja para se anexar em outro ou para formar um novo estado, ou ainda para formar um território federal. Para tanto, **é indispensável que haja aprovação da população diretamente interessada**, por plebiscito, e, além disso, **é preciso que o Congresso Nacional edite lei complementar a respeito do assunto.**

> **Art. 18, § 3º, CF/88 -** 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.

Cabe atentar que esse dispositivo constitucional **deve ser lido em conjunto com o art. 48 da CF/88,** que faz referência à **obrigatoriedade de prévia manifestação das Assembleias Legislativas envolvidas**. Com relação à população diretamente interessada, o STF já entendeu que é a população de todo o estado-membro, e não apenas da área que será desmembrada.

Se o plebiscito, que é uma consulta prévia, for pela **reprovação da alteração territorial, o processo legislativo fica impedido de prosseguir**, não podendo ser aprovada a lei complementar. Todavia, caso o plebiscito aprove a alteração territorial, o Congresso Nacional não está vinculado a aprovar a lei complementar. Isto é, **a decisão positiva não obriga o Congresso a legislar.**

Com relação à manifestação das Assembleias Legislativas, não haverá qualquer obrigatoriedade no tocante ao trâmite do processo legislativo, funcionando apenas como uma manifestação de caráter **opinativo.**

O procedimento de alteração territorial ocorrerá da seguinte forma:

- O plebiscito é convocado por meio de um decreto legislativo, proposto por no mínimo de 1/3 dos membros que compõem qualquer das casas do Congresso Nacional. O plebiscito da(s) população(ões) interessada(s) consiste numa condição de procedibilidade para o restante;

- Proclamada a consulta plebiscitária, sendo favorável à alteração o projeto de lei, poderá ser proposto por qualquer das Casas do Congresso Nacional;

- Cabe à Casa em que tiver sido apresentado o projeto de lei complementar federal, ouvir as respectivas Assembleias Legislativas, que elaborará um mero parecer não vinculante;

- Uma vez aprovado o projeto de lei complementar, é encaminhado ao Presidente da República para sanção ou veto. A lei complementar da União, feita no Congresso Nacional, consiste no requisito de decidibilidade. O interesse da União, do Congresso Nacional, é um interesse nacional e não regional; deve-se pensar no país.

Para a corrente majoritária, os estados-membros poderão decorrer de uma incorporação (fusão), subdivisão e desmembramento.

Incorporação (fusão) – ocorre quando dois ou mais entes vão se incorporar, havendo a perda da personalidade jurídica dos entes primitivos. Tornam-se um novo estado.

Subdivisão – ocorre quando o estado se divide em dois ou mais estados, havendo a perda da personalidade jurídica do ente primitivo.

Desmembramento – única espécie em que não há perda da personalidade jurídica do ente primitivo. O ente perde parte da sua população e parte do seu território, sem que haja a perda da personalidade jurídica.

O **desmembramento** pode ser de dois tipos: **anexação** ou **formação**. No tipo **anexação**, o estado perde parte da sua população e parte do seu território, que será anexado a outro estado. Na **formação**, o estado perde população e território para a formação de um novo estado. Foi o que ocorreu com Goiás para a formação do estado de Tocantins, na Constituição de 1988, no art. 13, § 1º da ADCT.

Outro caso de desmembramento e formação, ocorrido na década de 70, sob a égide da Constituição de 1969, são os estados de Mato Grosso e Mato Grosso do Sul. Mato Grosso perdeu população e território para a formação do novo estado Mato Grosso do Sul, mas permaneceu Mato Grosso, não perdendo a sua personalidade jurídica.

O desmembramento por formação é o que mais ocorre, por exemplo, na formação de novos municípios.

A Constituição da República cria uma vedação à União neste caso, estabelecendo que, em decorrência da criação de um estado novo, a União não poderá direta ou indiretamente assumir encargos, com relação a despesas com pessoal inativo ou outros encargos, como amortização de dívidas, da Administração Pública, inclusive a indireta. Essa vedação está prevista no art. 234 da CF.

6.7.3. Municípios

Os municípios têm **autonomia municipal**. Essa expressão foi arrolada como princípio constitucional sensível.

O município é organizado por meio de uma lei orgânica, votada em dois turnos, com interstício mínimo de 10 dias entre os dois turnos, e aprovada por 2/3 dos membros da Câmara Municipal (art. 29), devendo observar alguns preceitos constitucionais. A eleição do prefeito, do vice-prefeito e dos vereadores deve ser para mandato de quatro anos.

No tocante ao Poder Legislativo municipal:

- O total da despesa com a remuneração dos vereadores não poderá ultrapassar o montante de 5% da receita do município;

- Os vereadores são invioláveis pelas suas palavras, votos e opiniões no exercício do mandato e na circunscrição do município;

- A Lei Orgânica deve tratar sobre iniciativa popular de projeto de lei mediante manifestação de pelo menos 5% do eleitorado;

- Os limites máximos do subsídio dos vereadores têm como percentuais os subsídios dos deputados estaduais. Então, seguirá a tabela trazida pela CF:

- Em municípios de até 10 mil habitantes, o subsídio máximo corresponderá a 20% do subsídio dos deputados estaduais;

- Em municípios de dez mil e um a cinquenta mil habitantes, o subsídio máximo corresponderá a 30% do subsídio dos deputados estaduais;

- Em municípios de cinquenta mil e um a cem mil habitantes, o subsídio máximo corresponderá a 40% do subsídio dos deputados estaduais;

- Em municípios de cem mil e um a trezentos mil habitantes, o subsídio máximo corresponderá a 50% do subsídio dos deputados estaduais;

- Em municípios de trezentos mil e um a quinhentos mil habitantes, o subsídio máximo corresponderá a 60% do subsídio dos deputados estaduais;

- Em municípios de mais de quinhentos mil habitantes, o subsídio máximo corresponderá a 75% por cento do subsídio dos deputados estaduais.

Observação: o máximo que um deputado estadual pode ganhar é 75% do subsídio do deputado federal. Ou seja, o máximo que o vereador poderá ganhar é 75% dos 75% dos deputados federais, que é o que o deputado estadual recebe.

Ainda, vale dizer que:

A Câmara Municipal não pode gastar mais do que 70% da sua receita com folha de pagamento, já incluído o subsídio dos vereadores;

A Câmara Municipal terá uma variação de no máximo 9 vereadores para o Município de 15.000 habitantes. Se o município tiver mais de 8 milhões, o máximo será de 55 vereadores.

A EC 109/21, que deu nova redação ao *caput* do art. 29-A. Trascreve-se a íntegra do artigo:

> **Art. 29-A, EC 109/21** - O total da despesa do Poder Legislativo Municipal, incluídos os subsídios dos Vereadores e excluídos os gastos com inativos, 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, efetivamente realizado no exercício anterior:
> **I** - 7% (sete por cento) para Municípios com população de até 100.000 (cem mil) habitantes;
> **II -** 6% (seis por cento) para Municípios com população entre 100.000 (cem mil) e 300.000 (trezentos mil) habitantes;
> **III** - 5% (cinco por cento) para Municípios com população entre 300.001 (trezentos mil e um) e 500.000 (quinhentos mil) habitantes;
> **IV** - 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;

> **V** - 4% (quatro por cento) para Municípios com população entre 3.000.001 (três milhões e um) e 8.000.000 (oito milhões) de habitantes
> **VI** - 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento) para Municípios com população acima de 8.000.001 (oito milhões e um) habitantes.

Segundo a CF/88, **a competência para julgar o prefeito por crime comum é do Tribunal de Justiça.** Todavia, o STF faz uma interpretação desse dispositivo constitucional, estabelecendo que a competência é originária de Tribunal de 2º grau, de forma que a competência para julgamento de prefeito dependerá da matéria a ser julgada, podendo ser o TRF, o TRE ou o TJ.

Sendo **crime de responsabilidade do prefeito**, e os delitos sendo próprios (crimes de responsabilidade próprios), por se tratar de **infração político-administrativa**, **a sanção é a perda do mandato e a suspensão dos direitos político**s, razão pela qual será de **competência da Câmara Municipal**. Por outro lado, sendo **crimes de responsabilidade impróprios**, por ser **infrações penais comuns**, com penas privativas de liberdade, **quem julgará será o Tribunal de Justiça**.

A CF/88 **não prevê foro por prerrogativa de função para vereadores**. Verifica-se que o STF, em 20/08/2021, entendeu que:

> **Informativo 1026[30], STF** - 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 (STF. Plenário. ADI 6501/PA, ADI 6508/RO, ADI 6515/AM e ADI 6516/AL, Rel. Min. Roberto Barroso, julgados em 20/8/2021 (Informativo 1026, STF).

A **fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal**, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei. 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.

Embora a lei orgânica municipal esteja subordinada aos termos da Constituição estadual correspondente, a CE não pode estabelecer condicionamentos ao poder de auto-organização dos municípios. Isso porque, segundo o STF, a Constituição Federal fixou os parâmetros limitadores do poder de auto-organização dos municípios, excetuando apenas aqueles que contêm remissão expressa ao direito estadual (art. 29, VI, IX e X). Em função disso, a Constituição do Estado não poderá abrandá-los nem agravá-los. Pode estabelecer, tão somente, os limites já previstos na Constituição Federal.

6.7.3.1. Formação dos municípios

O art. 18, §4º da CF/88 estabelece quatro requisitos para a criação, incorporação, fusão ou desmembramento dos Municípios. São eles:

a) Lei Complementar Federal – o Congresso Nacional deve editar Lei Complementar fixando o procedimento e o período no qual os Municípios poderão ser criados, incorporados, fundidos ou desmembrados;

Disponível em:

[30] https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1026.pdf

b) Estudos de Viabilidade Municipal – estes devem ser apresentados e publicados na forma da lei;

c) Plebiscito – a população dos Municípios diretamente envolvidos deve ser consultada previamente por meio de um plebiscito;

d) Lei Estadual – realizado o estudo de viabilidade municipal e havendo a aprovação da população interessada para a formação de um novo Município, a Assembleia Legislativa do Estado editará uma lei estadual criando, incorporando, fundindo ou desmembrando o Município.

Frise-se que a Lei Complementar Federal exigida não foi editada até o momento. Assim, todos os Municípios que forem formados serão inconstitucionais. Com o intuito de regularizar a situação de diversos Municípios criados sem o advento da Lei Complementar, o Congresso Nacional editou a EC 57/2008, acrescentando o art. 96 ao ADCT, prevendo a convalidação dos Municípios, nos seguintes termos:

> **Art. 96, ADCT -** 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.

Apesar da convalidação dos Municípios criados até 2006, mesmo sem a existência de Lei Complementar Federal, deve-se destacar que o art. 18, §4º exige outros três requisitos: estudos de viabilidade municipal; plebiscito; e lei estadual.

Questiona-se: **se um Município foi criado sem algum desses outros requisitos, ele também foi convalidado pela EC 57/2008?**

A resposta é NÃO! A EC 57/2008 dispensou apenas o requisito da Lei Complementar Federal. Neste sentido, inclusive, cita-se o Tema 400 do STF, em sede de repercussão geral, julgado em 29/11/2019:

ATENÇÃO

Tese 400[31] – A exigência da realização de plebiscito, conforme se determina no §4º do art. 18 da Constituição da República, não foi afastada pelo art. 96, inserido no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República pela Emenda Constitucional n. 57/2008, sendo ilegítimo o município ocupante para cobrar o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU nos territórios indevidamente incorporados (STF. Plenário. RE 1171699, Rel. Min. Cármem Lúcia, julgado em 29/11/2019, Repercussão Geral, Tema 400).

Nesse contexto, o STF decidiu que Município resultante de desmembramento realizado em desacordo com o art. 18, §4º da CF/88 não detém legitimidade ativa para a cobrança de IPTU de imóvel situado em território a ele acrescido.

Isso porque a EC n.º 57/08 não convalidou desmembramento municipal realizado sem consulta plebiscitária, não retirando, assim, o vício de ilegitimidade ativa existente nas execuções fiscais que haviam

Disponível em:

[31]https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5575351&numeroProcesso=1171699&classeProcesso=RE&numeroTema=400

sido propostas por município ao qual fora acrescida, sem tal consulta, área de outro para a cobrança do IPTU quanto a imóveis nela localizados.

Com isso, fixou-se o seguinte tema em sede de repercussão geral:

ATENÇÃO

Tese 559[32] – A EC n.º 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 (STF. Plenário. RE 614384/SE, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 29/4/2022 (Repercussão Geral – Tema 559, Info. 1052).

6.7.5. Distrito Federal

O Distrito Federal terá as **mesmas ideias de autoadministração, autogoverno e auto-organização, mas não tem competência para organizar e manter o Poder Judiciário**. Isso porque não há Poder Judiciário do Distrito Federal, pois este é da União. Ou seja, o TJDFT é da União.

Em relação ao Distrito Federal, este não pode ser dividido em municípios. Por essa razão, em regra, foram atribuídas ao DF as competências legislativas e tributárias reservadas tanto aos estados-membros quanto aos municípios.

Quanto à organização Judiciária e ao Ministério Público do Distrito Federal, bem como à organização administrativa, todos estes são de competência privativa da União. Portanto, o Distrito Federal não dispõe de competência para organizar e manter no seu âmbito:

- Poder Judiciário;
- Ministério Público;
- Polícia Civil;
- Polícia Penal (EC 104/2019);
- Polícia Militar;
- Corpo de bombeiros militar.

Por esse motivo, **Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo dizem que cabe à lei federal dispor sobre a utilização pelo governo do Distrito Federal das polícias civis, militar e do corpo de bombeiros militar**. Isso explica a **Súmula Vinculante 39,** a qual diz que compete privativamente à União legislar sobre vencimentos dos membros das polícias civil e militar e do corpo de bombeiros militar do Distrito Federal.

A Constituição Federal dispõe, no seu art. 18, que Brasília é a capital federal, enquanto a CF de 1969 dizia que o Distrito Federal seria a capital.

[32]https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3887684&numeroProcesso=614384&classeProcesso=RE&numeroTema=559

7. REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS

O sistema de repartição de competências da Constituição de 1988 é **misto**, pois há a **repartição horizontal**, com competências mais remanescentes, convivendo com a **repartição vertical**, de competências comuns e concorrentes.

Repartição de competência são as competências administrativas, legislativas e tributárias, basicamente. Essa repartição é típica do estado federal, eis que está prevista na Constituição Federal.

Primeiramente, faz-se necessário **diferenciar competência legislativa de administrativa**. **Competência legislativa** é aquela em que compete ao ente legislar. As **competências administrativas** são aquelas que envolvem o fomento, o gerenciamento da máquina administrativa, a execução de políticas públicas, entre outros.

A partir da repartição, principalmente da competência tributária, é que a entidade federativa terá autonomia.

7.1. Modelo de repartição de competências

O modelo de repartição de competências adotado varia conforme o dispositivo constitucional que for lido. A doutrina constitucionalista divide esse modelo em alguns subtipos, os quais serão vistos a seguir.

7.1.1. Modelo clássico

É aquele vindo desde a Constituição dos EUA, fazendo uma enumeração das competências da União e conferindo aos Estados as demais competências. São as competências residuais dos Estados. **Em tese, foi esse o modelo adotado pelo Brasil, mas não é assim em todas as matérias, como é o caso da competência tributária, sendo a competência residual da União, e não dos estados, como são os demais casos.**

7.1.2. Modelo moderno

Há a descrição no texto constitucional não só das atribuições da União, como também das atribuições comuns e das concorrentes. Na CF/88, também se encontram as competências comuns e concorrentes.

Por tudo isso, não se pode dizer em absoluto que o Brasil adotou o modelo clássico ou moderno, visto que cada modelo dependerá do dispositivo que será analisado.

7.1.3. Modelo horizontal

As competências não são subordinadas entre as entidades federativas. A CF estabelece cada competência que será tratada. O Brasil também adota o modelo horizontal, **como é o caso do gás canalizado pelo Estado.**

7.1.4. Modelo vertical

A União outorga a diferentes entes federativos a competência para atuar na mesma matéria, porém há uma subordinação, eis que irão atuar sobre a mesma matéria num chamado **condomínio legislativo**. Isto é, a **União irá legislar sobre normas gerais, e os estados irão legislar sobre normas específicas, as quais não podem contrariar as normas gerais.**

Sob esse ponto de vista, é possível verificar que há uma relação de subordinação e há uma relação de repartição vertical da competência. Ex.: competência legislativa concorrente. **Segundo Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, predomina na CF/88 o modelo horizontal de repartição de competência.**

Essa competência possui espécies, podendo ser legislativa, administrativa e tributária:

Competência administrativa (material): trata-se da competência de execução das tarefas. Ex.: a União detém a competência exclusiva para emissão de moedas.

Competência legislativa: é a competência para elaborar leis e estabelecer normas. A CF estabelece quais os entes que detêm as competências, podendo ser privativa, concorrente, comum etc. Ex.: a União tem competência privativa para legislar sobre trânsito e transporte, podendo delegar, por meio de lei complementar, aos Estados. Se não houver essa lei complementar, não poderá o estado tratar da matéria.

Competência tributária: é a competência para instituir tributos. Trata-se de flagrante intenção do constituinte de garantir autonomia financeira ao Estado ou à entidade federativa, pois, do contrário, não haveria Federação.

A CF/88, a fim de discriminar as competências, adota o **princípio da predominância do interesse**. Isto é, se o interesse é predominantemente local, é o município que tratará da matéria. Se o interesse for regional, caberá ao estado tratar da matéria. Se o interesse for nacional, caberá à União tratar da matéria.

O constituinte repartiu as competências dos entes federados da seguinte maneira:

Enumera taxativamente e expressamente quais são as competências da União;

A CF consagra o município como entidade federativa, enumerando taxativamente a sua competência, mas abre margem para que o operador do direito vislumbre no caso concreto se há função legislativa, como quando há interesse local;

Em relação ao DF, a CF outorga as competências dos estados e dos municípios. Algumas competências dos estados não serão outorgadas, como a organização do MPDFT, da Defensoria Pública do DF e o do Poder Judiciário do DF, os quais ficarão a cargo da União;

Em relação aos estados-membros, a CF estabelece-lhes uma competência residual. Isto quer dizer que a competência do Estado é tudo aquilo que não foi vedado pela CF;

A CF prevê competências administrativas concorrentes (vertical) e comuns (horizontal);

A regra é a enumeração expressa das competências da União, assim como as competências dos municípios. As competências dos estados são residuais, como regra. Excepciona essas regras a competência tributária, eis que a enumeração é expressa para todas as entidades federativas, inclusive para a União; porém, esta última é a única que possui competência tributária residual para tais matérias.

7.2. Repartição horizontal

7.2.1. Competências da União

Na repartição horizontal, a União terá competências enumeradas nos arts. 21 e 22 da Constituição. As competências exclusivas da União são indelegáveis, diferentemente da competência privativa. Na privativa, só a União trata do assunto, mas é possível delegar ao Estado, por meio de lei complementar, para legislar sobre determinada matéria.

a) Competência exclusiva da União

O art. 21 estabelece que compete exclusivamente à União:

- manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais: é quem representa a República Federativa do Brasil;
- 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, e dispor 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: em relação aos serviços de transportes rodoviários, se tiver caráter intermunicipal, será de competência dos Estados, e se for de caráter interurbano, será de caráter municipal; sendo caráter interestadual, haverá competência da União. Tudo por conta do princípio da predominância do interesse;
- organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e a Defensoria Pública dos Territórios;
- organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio;
- 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;
- explorar os serviços e as 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, conforme estabelece a CF;
- 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 a pesquisa e usos agrícolas e industriais (deve-se atentar para o fato de que a EC 118/22 exluiu a utilização para usos médicos);
- sob regime de permissão, são autorizadas a produção, comercialização e utilização de radioisótopos para pesquisa e usos médicos, conforme redação da EC 118/22;
- a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa (teoria da responsabilidade objetiva sob a teoria do risco integral).
- 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.

Como visto, a principal característica da competência exclusiva é a **indelegabilidade**.

b) Competência privativa da União

Aqui, **a delegabilidade é permitida**, sendo uma característica da competência privativa.

A competência privativa é a legislativa.

No artigo 22, resta claro que são competências legislativas.

> **Art. 22, CF/88.** Compete privativamente à União legislar sobre:
> I- Direito Civil, Comercial, Penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

É competência concorrente para tratar de assuntos sobre junta comercial, mas a competência é privativa da União para tratar de direito comercial. Da mesma forma, é competência concorrente tratar sobre procedimentos, mas sobre processo é competência privativa da União. Percebe-se que o constituinte fala em direito comercial, e não direito empresarial.

> II - desapropriação;
> III - requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra;
> IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;
> V - serviço postal;
> VI - sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais;
> VII - política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores;
> VIII - comércio exterior e interestadual;
> IX - diretrizes da política nacional de transportes;
> X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;
> XI - trânsito e transporte;
> XII - jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia;

> XIII - nacionalidade, cidadania e naturalização;
> XIV - populações indígenas;
> XV - emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros;
> XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões;
> XVII - 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 2012) (Produção de efeito)
> XVIII - sistema estatístico, sistema cartográfico e de geologia nacionais;
> XIX - sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular;
> **XX** - sistemas de consórcios e sorteios;

Com base neste inciso, o STF estabelece que estado não pode legislar sobre bingo e loteria;

> XXI - normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação, mobilização, inatividades e pensões das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)
> XII - competência da polícia federal e das polícias rodoviária e ferroviária federais;
> XXIII - seguridade social;
> XXIV - diretrizes e bases da educação nacional;
> XXV - registros públicos;
> XXVI - atividades nucleares de qualquer natureza;
> XXVII - 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, § 1°, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Não há equívoco, ainda que o assunto pareça tratar de competência concorrente, pois, quando a competência é concorrente, se a União não legisla sobre normas gerais, o estado pode legislar supletivamente, exercendo a competência plena.

No entanto, como se trata de competência privativa, caso falte atuação da União sobre normas gerais, o Estado não poderá legislar supletivamente sobre normas gerais. Ainda que a União fosse omissa - mas não o é - o Estado não poderia suplementar para tratar de normas gerais de licitação. Portanto, não haveria impropriedade do constituinte;

> XXVIII - defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional;
> XXIX - propaganda comercial.
> XXX - proteção e tratamento de dados pessoais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 115, de 2022)

Em relação a essas matérias de competências privativas, cabe ressaltar que **os estados, os municípios e o DF não possuem competência para legisla**r. Com base nisso, o STF editou a **Súmula Vinculante nº 2**, que estabelece ser inconstitucional a lei ou o ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias.

Dessa forma, **ainda que a União seja inerte, não poderá o estado legislar sobre competência legislativa privativa, pois o caso não se trata de competência concorrente**. Porém, **os estados e o DF poderão legislar sobre os temas de competência privativa da União,** desde que sejam de questões específicas enumeradas em uma delegação de competência feita por meio de lei complementar (parágrafo único do art. 22 da CF).

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo trazem um exemplo em que **a LC n.º 103/2019 autorizou os entes políticos a instituírem um piso salarial às categorias que não tivessem um piso salarial fixado por lei federal ou por acordo ou convenção coletiva.**

Segundo o STF, a **competência para determinar o horário bancário é da União**, não podendo os municípios legislar sobre o assunto, pois isso tem repercussão no sistema financeiro nacional. Todavia, **os municípios poderão legislar sobre o tempo máximo para o consumidor aguardar a fila de espera**, eis que se trata de interesse local.

O STF, ainda, afirma que **compete à União tratar sobre direito penal**, razão pela qual somente ela poderá tratar sobre crime de responsabilidade. Houve até mesmo a edição da **Súmula Vinculante nº 46**, estabelecendo que a definição das condutas típicas configuradoras do crime de responsabilidade e o estabelecimento de regras que disciplinem o processo e julgamento dos agentes políticos federais, estaduais ou municipais envolvidos são da competência legislativa privativa da União e devem ser tratados em lei nacional especial (art. 85 da Constituição da República).

É **inconstitucional a lei estadual que disponha sobre punições a empresas privadas e a agentes públicos que exijam a realização de teste de gravidez e a apresentação de atestado de laqueadura para admissão de mulheres ao trabalho**. Isso porque legislar sobre direito do trabalho é matéria de competência da União.

Da mesma forma, **é inconstitucional a lei estadual que disponha sobre condições de cobrança dos valores da assinatura básica residencial nos serviços de telefonia fixa**, pois a competência para legislar sobre telecomunicações é da União.

Por ser da competência da União legislar sobre energia, é inconstitucional lei estadual que preveja que os postes de sustentação da rede elétrica, que estejam causando transtornos, sejam removidos sem ônus aos proprietários, pela concessionária de energia elétrica.

Também é inconstitucional lei estadual que estabelece obrigações contratuais para as operadoras de planos de saúde, ainda que o objetivo da norma seja o de proteger pessoas com deficiência. Isso porque compete à União regular o mercado de planos de saúde, o que inclui a normatização da matéria (art. 22, VII, CF/88), bem como toda a fiscalização do setor (art. 21, VIII, CF/88).

Frise-se que o STF fixou a seguinte tese:

> **Info 1088, STF** - É inconstitucional, por violação à competência da União para legislar sobre direito civil e seguros (art. 22, I e VII, CF/88), lei estadual que estabelece obrigações contratuais para operadoras de planos de saúde. (STF. Plenário. ADI 7.208/MT, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 27/3/2023, Info 1088).[33]

7.2.2. Possibilidade de Delegação

O art. 22, parágrafo único, da CF/88 prevê a **possibilidade de delegação** de competência da União aos Estados:

> **Art. 22, CF/88** - Compete privativamente à União legislar sobre:

[33] Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1088.pdf

> [...]
> **Parágrafo único**. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

Pode haver delegação para os estados, desde que preenchidos os requisitos formal, material e implícito.

O **requisito formal** da delegação é que deverá sempre ser feito por lei complementar da União.

O **requisito material** da delegação é que deverá se tratar de uma matéria específica de um dos incisos. Ex.: a União delegará para o estado a competência de legislar sobre Fundo de Garantia Sobre Serviço; Salário Mínimo; Inelegibilidade; Furto etc.

O **requisito implícito é o da isonomia**. É implícito porque não está previsto no art. 22, mas sim no art. 19, III, CF[34]. Um ente não pode discriminar o outro, é a ideia que traduz o nosso federalismo simétrico da homogeneidade federativa. Ou seja, se a União delegar para o estado de São Paulo, deve delegar para o estado do Piauí, por exemplo, pois não pode haver privilégio.

Para o Distrito Federal, o art. 22, parágrafo único, não dispõe sobre o Distrito Federal, mas por uma interpretação sistemática, se no art. 32, § 1º há a previsao de que são reservadas ao Distrito Federal, estados e municípios, as competências; então, tudo o que for competência para o estado também caberá ao Distrito Federal. Ou seja, se a União delegar para os estados, também deverá delegar para o Distrito Federal.

Macete: descomplicando a competência dos entes federados

Neste tópico, será apresentada uma técnica de memorização (e compreensão) das diversas competências dos entes federados, listadas nos arts. 21 a 24 da Constituição Federal, desenvolvida por Edem Nápoli, explanada pelo autor na obra “Direito Constitucional na medida certa para concursos”.

A ideia, basicamente, é listar **dez palavras-chave** (ou expressões correlatas) que, de modo abrangente, **sintetizem todas as competências da União: administrativa exclusiva e legislativa privativa, previstas nos arts. 21 e 22, respectivamente.**

Em seguida, são listadas mais **dez palavras-chave** (ou expressões correlatas) que, igualmente de modo genérico, sejam capazes de **abarcar as competências administrativas comuns** (da União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e **legislativas concorrentes** (da União, Estados e Distrito Federal), enunciadas nos arts. 23 e 24, também de modo respectivo.

Na verdade, por exclusão, apenas as dez primeiras palavras, a rigor, já seriam suficientes para habilitar o candidato a acertar as questões. Isso porque, não estando inserida em nenhuma das competências exclusivas ou privativas da União, naturalmente, a hipótese só poderia se tratar de competência comum ou concorrente.

Vale lembrar que, **a princípio, as competências administrativas apresentam-se sob a forma de verbos, ao passo que as legislativas se apresentam sob a forma de substantivos.**

---

[34] Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:[...]

III- criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

Por fim, antes de apresentar o esquema, o autor adverte que é possível a existência de incisos que não se enquadrem em nenhuma das palavras-chave. Essas hipóteses são raras, é verdade, mas mesmo assim, usando um pouco de criatividade, procura-se apresentar, para esses casos, uma técnica auxiliar.

Édem Nápoli apresenta, assim, a técnica **"descomplicando a competência dos entes federados".**

> **Art. 21** – Compete à União:

Leia-se: compete, exclusivamente, à União. Trata-se de competência administrativa. Total de 25 incisos.

> **Art. 22** – Compete privativamente à União legislar sobre:

Pelo parágrafo único, lei complementar poderá autorizar os Estados (e o DF na competência estadual) a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas nesse artigo. Trata-se de competência legislativa. Total de 29 incisos

Palavras-chave relacionadas à competência da União (administrativa exclusiva e legislativa privativa) - 54 incisos sintetizados em 10 palavras-chave e expressões correlatas:

ESTRANGEIRO: internacional, fronteira...

GUERRA: paz, defesa nacional, material bélico...

FEDERAL: plano nacional, sistema nacional, intervenção federal, estado desítio e de defesa...

MOEDA: câmbio, reservas cambiais, operações financeiras, crédito, capitalização,poupança...

POSTAL: serviço postal, correio aéreo nacional...

"ÃO" DE UNIÃO: autorização, concessão, permissão, telecomunicação, radiodifusão, instalação, navegação, naturalização, extradição, expulsão...

TRANSPORTE: aeroportuário, aquaviário, rodoviário, ferroviário...

ENERGIA: elétrica, hidráulica, nuclear, minérios, metalurgia...

IBGE: estatística, geografia, geologia, cartografia.

DFT (Distrito Federal e Territórios): organizar e manter o Poder Judiciário, oMinistério Público, a polícia, o bombeiro...

ATENÇÃO

Cabe advertir, ainda, que a Emenda Constitucional n.º 69, de 29 de março de 2012, alterou os arts. 21, 22 e 48 da Constituição Federal, para transferir da União para o Distrito Federal as atribuições de organizar e manter a Defensoria Pública do Distrito Federal.

Dessa forma, os artigos 21, 22 e 48 da Constituição Federal passaram a vigorar com a seguinte redação:

> **Art. 21, CF/88** – Compete à União:
> **XIII** – organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e a Defensoria Pública dos Territórios.

> **Art. 22, CF/88** – 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.
>
> **Art. 48, CF/88 –** 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:
> **IX** – organização administrativa, judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública da União e dos Territórios e organização judiciária e do Ministério Público do Distrito Federal.

Nesse sentido, **organizar e manter a Defensoria Pública do Distrito Federal não é mais uma atribuição de competência da União, mas sim do próprio Distrito Federal.**

Vale lembrar que a EC n.º 108/2020 alterou a Constituição Federal para estabelecer critérios de distribuição da cota municipal do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), para disciplinar a disponibilização de dados contábeis pelos entes federados, tratar do planejamento na ordem social e dispor sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb). Altera também o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e dá outras providências.

Acerca da Emenda Constitucional n.º 108/2020, dentre outras finalidades, em termos políticos e administrativos, nota-se uma **retomada da preocupação com a questão da municipalidade**. Sem dúvida, esse é o ente federado mais complicado de se administrar, notadamente em decorrência da escassez de recursos financeiros.

É preciso olhar para os Municípios, que totalizam 5.570 no país e que são, desenganadamente, a sede da ocorrência de todas as coisas, afinal, as pessoas moram, essencialmente, no âmbito municipal.

O outro propósito da EC foi com relação à educação e os seus profissionais. Chega a ser redundante falar da importância da educação para o desenvolvimento da nação. É que, verdadeiramente, não há como conceber este sem aquela. Portanto, todas as medidas em prol da valorização dos professores e profissionais da área são absolutamente fundamentais.

Voltando para as palavras-chave que traduzem a competência da União, apresentam-se alguns cuidados que devem ser tomados pelos candidatos:

ART. 21
XVIII (calamidades públicas, secas e inund**ações**) – vem de inundaçÃO, que tem ÃO de UniÃO.
XX (transportes) – tem inciso parecido na competência comum (inciso IX do art. 23), e o diferencial é a expressão **transporte (expressão nº 7**).
XXIV (inspeção no trabalho) – inspeçÃO tem ÃO de UniÃO. Trabalho, como se vê no inciso I do art. 22, é tema de competência da União.
ART. 22

I – você pode utilizar este processo mnemônico de memorização, que é muito mais prático: **CAPACETE** de **PM**. Vejamos: **C** – civil, **A** – agrário, **P** – penal, **A** – aeronáutico, **C** – comercial, **E** – eleitoral, **T** – trabalho, **E** – espacial, **P** – processual, **M** – marítimo.
XXIII (seg**U**ridade social – **U** de União) – na expressão previdência social, matéria concorrente (art. 24, XII), não tem U, de União.
XXV (**RE**gistros **PÚBLIC**os) – formação da palavra República, que remete à União.
XXIX (propaganda comercial) – você lembra que passa na televisÃO, que tem ÃO de UniÃO.

Observação: o professor Édem Napóli sugere que seja feito UM TESTE: ler os 25 incisos do artigo 21 e os 29 incisos do artigo 22, um por um, atentando-se para os cuidados apontados e observar se as 10 palavras e expressões correlatas respondem.

Observação 2: só até aqui, por exclusão, tudo o que não se relacionar com essas expressões não será competência só da União e o aluno já estará apto a responder às questões. contudo, caso ainda não exista certeza por parte do aluno, Édem Nápoli segue explandando:

"PROVA DOS NOVE"

> **Art. 23, CF/88** - É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
> Parágrafo único. Leis complementares 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.

Trata-se de **competência administrativa**.

> Total **de 12 incisos**.**Art. 24, CF/88** – Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal **(não falou dos municípios)** legislar concorrentemente sobre:
> § 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.
> § 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.
> § 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena para atender às suas peculiaridades.
> § 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia de lei estadual, no que lhe for contrário.

Trata-se de competência legislativa.

Total de 16 incisos.

Palavras-chave relacionadas à competência dos Entes Federados – não só da União (administrativa comum e legislativa concorrente)

Palavras-chave relacionadas à competência dos Entes Federados. 28 incisos sintetizados em 10 palavras-chaves e expressões correlatas:

PATRIMÔNIO PÚBLICO: valores históricos, artísticos, paisagísticos e arqueológicos...

SAÚDE

ASSISTÊNCIA: das pessoas com deficiência, assistência jurídica e Defensoria Pública, proteção à infância e à juventude...

CULTURA: obras de arte e bens de valor histórico, artístico ou cultural...

AMBIENTE: proteger o meio ambiente e combater a poluição...

ALIMENTAÇÃO: produção agropecuária e abastecimento alimentar, produção econsumo...

MORADIA: construção de moradias, melhorias na habitação e no saneamentobásico...

REGIONALISTA: uso da expressão **em seus territórios**...

SEGURANÇA NO TRÂNSITO: políticas de educação para **segurança** do trânsito...

JUIZADOS: criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas. Cuidados:

ART. 23
IX (não fala de transporte).
XI (fala **em seus territórios**).
XII (estabelecer e implantar política de educação para a **segurança do trânsito**).
ART. 24
I (por exclusão).
II (todos os entes têm orçamento).
V (lembra alimentação).
XI (procedimento é diferente de processo).
XII (previdência social não tem **U** de **U**nião, como tem seg**U**ridade, que é gênero do qual previdência é espécie).
XVI (polícias civis).

7.2.3. Competências dos Estados

Quanto às competências remanescentes presentes no art. 25, §1º, CF/88, tem-se que, aos estados, são reservadas as competências legislativas ou administrativas que não sejam vedadas pela Constituição.

> **Art. 25, §1º, CF/88 -** Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.
> **§ 1º** São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta

Constituição.

Se a competência não é da União nem dos Municípios, seja ela administrativa ou legislativa, será dos estados.

Exemplo: ao município compete organizar e fiscalizar o transporte local. À União compete organizar e fiscalizar o transporte interestadual, com a Polícia Rodoviária Federal. **Mas a quem compete organizar e fiscalizar as rodovias intermunicipais? A competência não é dos municípios nem da União. Não está prevista expressamente a competência na Constituição, mas a competência é dos estados, com a Polícia Militar Rodoviária.**

No entanto, a Constituição, em certo momento**, enumera expressamente algumas competências dos Estados,** por exemplo:

Competência para criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios;

Exploração de gás canalizado diretamente, ou mediante concessão, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação;

Competência para instituir regiões metropolitanas, aglomerados urbanos e microrregiões, bem como de estruturar a segurança viária.

Nesse caso, o município também é competente, mas prevalece o princípio da predominância do interesse.

Competência comum;

Competência delegada decorrente da competência privativa da União;

Competência legislativa concorrente;

Competência tributária expressa.

Lembre-se de que **é inconstitucional a lei estadual que preveja prioridade de tramitação de processos relativos a mulheres vítimas de violência doméstica**. Isso porque as regras sobre a tramitação das demandas judiciais é aspecto abrangido pelo ramo do direito processual, de competência privativa da União.

Por outro lado, é constitucional lei estadual que limite a quantidade de alunos por sala de aula em escolas públicas ou particulares.

7.2.4. Competências do Distrito Federal

Em relação às chamadas competências do DF, este possui as competências reservadas aos estados e as competências reservadas aos municípios.

Nem todas as competências dos estados foram outorgadas ao Distrito Federal, como é o caso em que compete à União organizar e manter o Poder Judiciário, a Defensoria Pública, o Ministério Público, a Polícia Civil, a Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal. O Poder Judiciário do DF é poder da União.

Cabe ressaltar que Polícia Civil, Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal são subordinados ao governo do Distrito Federal, mas serão organizados e mantidos pela União.

O DF possui as seguintes competências:

Competências dos estados, como regra;

Competências dos municípios;

Competência comum;

Competência legislativa concorrente;

Competência tributária expressa dos Estados e municípios.

7.2.5. Competências dos Municípios

Com relação às competências dos municípios, o art. 30 trata de maneira clara quais são elas:

- Compete aos municípios legislar sobre assuntos de interesse local;

- Competência para suplementar lei federal e estadual, no que couber;

- Competência para instituir e arrecadar tributos da sua circunscrição: isso garante a sua autonomia;

- Competência para organizar e prestar serviços públicos de interesse local, incluindo transporte coletivo intramunicipal: sendo intermunicipal, quem trata é o estado; sendo interestadual ou internacional, será tratada pela União.

- Competência para promover programas da educação infantil e ensino fundamental;

Há uma preocupação de que os municípios tratem da educação básica infantil, enquanto os estados tratarão com mais profundidade sobre o ensino fundamental, cabendo à União tratar sobre ensino superior.

O que seriam esses “interesses locais”?

O município está dentro do estado, que, por sua vez, está dentro do país. Esses interesses locais seriam também de interesse regional, estadual, nacional. Não há como separar os interesses do município dos demais. No entanto, pela teoria ou princípio da predominância dos interesses, quando a Constituição estabelece o disposto no art. 30, I, CF/88, fixa que compete ao município legislar sobre assunto predominantemente local. Não significa que não haverá interesse estadual e nacional, pois o município não está desacoplado do todo, mas no caso deste, o interesse é predominantemente local.

Não há uma taxatividade sobre o que seja assunto de interesse local, depende das peculiaridades do caso:

- Município estabelecerá como se dará a exploração de estabelecimento comercial, no sentido de emissão de alvará e licença de funcionamento;

- Município fixa horário de funcionamento de ônibus, loja, drogaria, farmácia etc.;

- Município pode impor ao estabelecimento bancário a obrigação de instalação de portas elétricas, detector de metais, espera na fila do banco etc., mas não pode tratar sobre o horário bancário;

- Município pode fixar limite máximo de tempo de espera no banco: deve- se observar o princípio da proporcionalidade, eis que se trata de um princípio constitucional;

- Municípios podem instituir guardas municipais, as quais inclusive poderão lavrar auto de infração e fiscalizar o trânsito: essa atuação decorre da estruturação da sua segurança viária. Ademais, o Plenário do STF, em recente julgado, autorizou que todos os integrantes de guardas municipais do país tenham direito

ao porte de armas de fogo, independentemente do tamanho da população do município (ADIs 5948 c/c 5538 c/c ADC 38);

- Municípios têm competência comum;

- Competência para arrecadar tributos.

- É competente o município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial, conforme Súmula Vinculante n.º 38.

ATENÇÃO

Devem ser sempre observadas questões jurisprudenciais que tratam sobre o tema.

Segundo a **Súmula Vinculante n.º 38 do STF**, no que se refere à fixação de horário de funcionamento de estabelecimento comercial, a competência será dos municípios.

No entanto, quando se trata de horário de funcionamento de bancos, não é de interesse local, porque requer uma padronização nacional, pois envolve o sistema financeiro nacional, remessa de dinheiro para o estrangeiro, bolsa de valores de vários países etc. É o teor da **Súmula n.º 19 do STJ**.

> **Súmula 19, STJ** - A fixação de horário bancário, para atendimento ao público, é da competência da União.

No **Informativo 394 do STF**, a Suprema Corte entendeu que os municípios são dotados de competência para legislar sobre comodidade de cliente dentro dos bancos, sobre o tempo de permanência em fila, dentre outros.

Quem fixa a repartição de competências do município é o próprio município e entra no embate de competências no que diz respeito à ordem econômica. Ainda, a **Súmula Vinculante n.º 49** do STF dispõe que "Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área".

Exemplo: ocorreu com o município de Joinville uma questão atinente a farmácias, em que o município manifestou-se no sentido de ser competente para isso, conforme o art. 182, CF/88, e definiu no plano diretor que estabelecimentos comerciais do mesmo ramo não poderiam ser instalados na mesma área, alegando que não poderia haver mais de uma farmácia na mesma rua. O município, por mais que tenha competência para o plano diretor, não pode fazer tal imposição, pois isso foge da questão de repartição de competência e ofende a livre iniciativa do comércio.

7.3. Repartição vertical

É aquela na qual **dois ou mais entes vão atuar conjunta ou concorrentemente para uma matéria ou tema**. Por exemplo, temas como **saúde e educação** são temas concorrentes entre os entes nos âmbitos federais, estaduais e municipais.

A repartição vertical tem origem na Alemanha, na Constituição de Weimar de 1919, e desenvolve o federalismo cooperativo ou de integração. Os entes vão atuar conjuntamente ou concorrentemente, sobre a mesma matéria. Há uma cooperação entre os entes para agirem em conjunto e atingirem objetivos que, talvez sozinhos, não seriam atingidos em termos estratégicos.

No Brasil, a repartição vertical surge com a Constituição 1934, a primeira constituição do Brasil de Estado social. Na CF/88, temos a repartição vertical com competências comuns e concorrentes. **Nesse caminho, o art. 23, CF/88, traz as competências comuns à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal. São competências administrativas.**

Existe, nesse art. 23, o **princípio da cooperação ou da integração**, mais precisamente no seu parágrafo único, que dispõe, categoricamente, que lei complementar da União vai fixar normas para a cooperação entre os entes. Ex.: LC n.º 140/2011. **Já o art. 24 traz as competências concorrentes, que são competências legislativas.**

Deve-se fazer a comparação do art. 24 com o art. 22, CF.

Existem dois tipos de repartição vertical concorrente: a **cumulativa** e a **não cumulativa.**

Repartição vertical concorrente cumulativa ou competência concorrente cumulativa é aquela em que **não existem limites previamente definidos para a atuação concorrente.**

Já na **repartição vertical concorrente não cumulativa** ou competência concorrente não cumulativa **existem limites previamente definidos para a atuação concorrente**, ou seja, os entes vão atuar concorrentemente, mas há sim uma definição prévia nessa atuação.

O Brasil adota a competência concorrente não cumulativa, porque existem limites previamente definidos. Para os temas do art. 24, a União estabelece normas gerais (interesse nacional) e os estados irão suplementar, de forma complementar, essas normas gerais, para atender às suas peculiaridades regionais.

A complementação dos estados **será diferente entre si**. Por exemplo, em uma lei sobre meio ambiente, de âmbito nacional, será complementada pelos estados e a complementação do estado de São Paulo será diferente da complementação do estado do Amazonas.

A União não poderá legislar sobre questões específicas dos Estados, pois a sua competência se restringe à atuação por meio de normas gerais. Caso a União legisle sobre questões específicas, a atuação será considerada inconstitucional, conforme dispõe o art. 24, §1º, CF: "No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais".

No caso da competência legislativa concorrente, se a União não edita normas gerais, os estados e o DF passam a ter a competência legislativa plena. **Sendo omissa a União**, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2017, p. 532) afirmam que haverá uma **outorga tácita** da competência legislativa aos estados. No entanto, isso não impede que haja a superveniência de lei federal sobre normas gerais, a qual suspenderá a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

A **consequência prática** da não revogação da lei estadual por superveniência da lei federal é de que, se houver uma norma revogando a lei federal, a norma estadual, que tinha eficácia suspensa, volta a ser eficaz, pois ela não foi retirada do ordenamento jurídico, mas apenas os seus efeitos foram suspensos.

Em razão dessa competência suplementar, a doutrina classifica as normas estaduais em:

Competência suplementar complementar: a União trata das normas gerais e o Estado trata das normas específicas;

Competência suplementar supletiva: a União não tratou das normas gerais, razão pela qual os estados trataram sobre a competência plena.

Caso a União não edite as normas gerais, os estados exercerão competência legislativa plena, suplementar supletiva, conforme o art. 24, §3º, CF.

Se a União editar as normas gerais, mesmo quando há suplementação plena dos estados, essas normas gerais vão suspender as normas estaduais no que lhes forem contrárias. As que não forem contrárias continuam a valer.

ATENÇÃO

Nas provas costumam apresentar questões que afirmam que as normas gerais que forem contrárias revogarão as estaduais. Isso não é correto, pois o termo adequado é **suspensão**. Está previsto no art. 24, §4º, CF.

Caso concreto cobrado em provas de magistratura: suponha que a União tenha que editar as normas gerais e não o faz. Os estados exercem a sua competência legislativa plena. A União, por sua vez, edita as normas gerais (NG1), e as normas estaduais que forem contrárias ficarão, automaticamente, suspensas. Posteriormente, edita novas normas gerais (NG2), que revogam as anteriores (NG2 revoga NG1), mudando o paradigma. Normas estaduais que contrariavam as normas gerais (NG1), e estavam suspensas, não as contrariam mais (NG2).

Essas normas estaduais voltam a vigorar com eficácia jurídica? Sim. Só fica suspenso aquilo que contraria as normas gerais da União. Deve-se atentar para o fato de que aquilo que volta a vigorar por não mais contrariar as normas gerais da União **não se dá por conta do chamado efeito repristinatório**. O efeito repristinatório é a volta da vigência de uma lei que já foi revogada, o que não ocorre aqui, pois há somente a suspensão da lei estadual contrária. Em momento algum a lei estadual contrária à norma geral foi revogada, mas somente suspensa.

Os municípios são dotados de competência suplementar complementar? Sim, nos termos do art. 30, II, da CF/88.

Os municípios participam da repartição vertical concorrente legislativa, não nos termos do art. 24, mas sim do art. 30, II, da CF/88. No entanto, os municípios não possuem competência para suplementar qualquer matéria, como, por exemplo, sobre direito penal, civil etc., pois essas são matérias do art. 22, da CF/88, ou seja, de repartição horizontal enumerada privativa da União.

O art. 30, II, da CF traz no final a expressão “no que couber”, não sendo sobre qualquer matéria que o município poderá legislar de forma complementar. O padrão adotado pelo STF à luz da doutrina para regular o tema é que o município poderá suplementar complementar a legislação estadual no que couber, devendo demonstrar o interesse local, deve ser uma das matérias do art. 23, da CF, e as matérias, em regra, do art. 24, CF, de competência concorrente.

O município deve demonstrar interesse local ao legislar de forma concorrente. Exemplo: município de Ouro Preto pode legislar de forma complementar e concorrente sobre preservação do patrimônio, pois consegue comprovar o interesse local. No entanto, não poderá legislar sobre o disposto no inciso IV do art. 24, que trata sobre custas forenses, já que, por não possuir Poder Judiciário, não terá também interesse local.

Os municípios podem legislar de forma suplementar supletiva? Temos duas correntes nesse sentido.

A **primeira corrente**, de cunho municipalista, entende que sim, que o município, na falta de normas da União e estados, pode exercer competência legislativa plena das matérias do art. 24. Essa corrente defende uma interpretação sistemática do art. 24, §3º, conjugado com o art. 30, II, todos da CF. Essa corrente diz que o texto do inciso II do art. 30 fala, ainda que de forma implícita, da competência supletiva. Se a suplementar pode ser complementar ou supletiva, e os municípios têm complementar, aplica-se aos

municípios a norma do art. 24, §3º, da CF/88. Assim, seguiria a mesma lógica, pela interpretação sistemática, de que, na falta de normas da União e dos estados, os municípios vão exercer competência legislativa plena. Se existir norma da União e dos Estados, as normas municipais contrárias ficarão automaticamente suspensas.

A **segunda corrente** defende que não, interpretando de forma literal a Constituição e afirmando que os municípios, nos termos do artigo 30, II, só têm a competência suplementar complementar. O município suplementará o que já existe, no que couber. Um dos argumentos dessa corrente é baseado justamente na interpretação literal, pois, segundo defendem, se o constituinte originário desejasse que os municípios tivessem competência suplementar supletiva, isso estaria expresso no texto constitucional.

Há, ainda, outro argumento, de cunho hermenêutico, o argumento consequencialista. Para os consequencialistas, interessa muito mais as consequências da decisão ou da prática, os efeitos sistêmicos que envolvem aquela decisão, do que a perspectiva normativa que está por trás dela. Essa corrente defende que dar aos municípios a competência suplementar supletiva é, em determinado sentido, abrir a possibilidade para o caos no ordenamento jurídico. São mais de 5.500 municípios, seria inviável, pois não haveria como controlar.

A **corrente majoritária no federalismo brasileiro** é a segunda, a corrente da interpretação literal, que possui um argumento **consequencialista**. Conclui-se, então, que o município possui competência suplementar, mas somente esta, não possui a supletiva.

7.4. Considerações finais

Algumas considerações fazem-se importantes:

As competências enumeradas para a União na repartição horizontal não está apenas nos artigos 21 e 22 da CF/88. Existem outras competências para União no decorrer da Constituição. Exemplos: artigos 48, 49, 149, 164, 184;

As competências dos municípios enumeradas na repartição vertical não estão apenas no art. 30, pois existem outras competências enumeradas para os municípios no decorrer da Constituição. Exemplos: artigos 144, §8º e 182, §1º;

Na repartição horizontal, a competência dos estados é remanescente (art. 21, §1º, CF). Porém, existem exceções, existem competências enumeradas para os estados. Exceções: art. 25, §§2º, 3º e art. 18, §4º, todos da CF;

Territórios - os territórios são descentralizações administrativas da União, que funcionam nos moldes das autarquias e, portanto, são dotados de personalidade jurídica própria. No entanto, não são entes federativos dotados de autonomia política, estão dentro da estrutura da União.

Atualmente, não existem territórios no Brasil, sendo que os últimos foram Amapá, Roraima e Fernando de Noronha; Amapá e Roraima tornaram-se estados, e Fernando de Noronha foi anexado ao estado de Pernambuco.

Podem existir novos territórios no Brasil, pois são criados por meio de lei complementar e após plebiscito da população diretamente interessada. Se criados, a sua organização administrativa e judiciária far-se-á por lei ordinária federal. Os territórios serão administrados por um governador, que será nomeado pelo Presidente da República após aprovação do Senado Federal, nos termos do art. 84, XIV, CF. Esse

governador não terá mandato de quatro anos como os demais governadores, pois não se trata de um cargo de mandato, mas sim de investidura.

Ainda, se o Território Federal for criado, terá direito a quatro deputados federais, conforme dispõe o art. 45, §2º, CF/88, independentemente do tamanho que tenha. Os territórios podem ser divididos por municípios e serão aplicadas, no que couber, as normas constitucionais atinentes aos municípios (Título III, Capítulo IV, da Constituição; arts. 29 a 31). Os territórios com mais de 100 mil habitantes terão órgãos do Poder Judiciário de primeiro e segundo grau, além de Ministério Público e Defensoria Pública Federais, conforme dispõe o art. 33, CF.

Ademais, quando se trata do tema da repartição de competência entre os entes federativos (administrativa e legislativa), candidatos e candidatas devem estar atentos à jurisprudência recente do STF, diante do alto índice de incidência nas provas de concursos públicos. Assim, além de algumas decisões mencionadas ao longo do material, registramos outras decisões importantes que podem, eventualmente, aparecer nas provas:

Conforme o STF:

> **Informativo 1030[35], STF** - É inconstitucional norma de constituição estadual que disponha sobre o depósito de lixo atômico e a instalação de usinas nucleares.

Nos casos concretos, o STF afirmou que a Constituição do Estado do Piauí, ao estabelecer uma vedação ao depósito de resíduos nucleares no respectivo território, violou a competência privativa da União para legislar sobre a matéria. A Constituição do Estado do Ceará, ao possibilitar o embargo à instalação de reatores nucleares nos termos da lei estadual, com exceção dos destinados exclusivamente à pesquisa e ao uso terapêutico, violou a competência privativa da União para legislar sobre a matéria.

Deve-se entender que a Constituição Federal outorgou à União, em caráter privativo, a competência para legislar sobre "atividades nucleares de qualquer natureza" (art. 22, XXVI). Além disso, a CF/88 previu que "as usinas que operem com reator nuclear deverão ter a sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas" (art. 225, § 6º). Assim, a Constituição Estadual, ao tratar sobre o tema, invadiu a competência privativa da União. Pode-se afirmar que todas as atividades relacionadas ao setor nuclear desenvolvidas no território nacional se encontram, por força do texto constitucional, submetidas ao poder central da União.

> **Informativo 1028[36], STF** - É inconstitucional lei estadual que dispõe sobre a aceitação de diplomas expedidos por universidades estrangeiras.

Invade a competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, lei estadual que dispõe sobre reconhecimento de diploma obtido por instituições de ensino superior de países estrangeiros.

Dipsonível em:

[35] https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1030.pdf

[36] https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1028.pdf

> **Informativo 1027[37], STF** - É inconstitucional lei municipal que dispõe sobre a autorização e exploração de serviço de radiodifusão comunitária.
> Por tratar de matéria de competência reservada à União, apresenta vício de inconstitucionalidade formal lei municipal que: a) institui direitos e obrigações das rádios comunitárias, b) autoriza seu funcionamento e exploração no âmbito de seu território, e c) estabelece infrações, sanções e o pagamento de taxa de funcionamento.

Essa lei apresenta vício de inconstitucionalidade formal porque trata de matéria de competência reservada à União.

Para o STF, **é constitucional lei estadual que autoriza a comercialização de bebidas alcoólicas em eventos esportivos.** Assim, não invade a competência da União para o estabelecimento de normas gerais sobre consumo e desporto a autorização e regulamentação, por Estado-membro, da venda e do consumo de bebidas alcoólicas em eventos esportivos (STF. Plenário. ADI 5112/BA, Rel. Min Edson Fachin, julgado em 16/8/2021. Informativo 1025, STF);

> **Informativo 1025, RE 738481/SE, STF -** Compete aos municípios legislar sobre a obrigatoriedade de instalação de hidrômetros individuais nos edifícios e condomínios, em razão do preponderante interesse local envolvido.

Para o STF, **é constitucional lei municipal que disponha sobre a obrigatoriedade de instalação de hidrômetros individuais em edifícios e condomínios**. Compete aos municípios legislar sobre a obrigatoriedade de instalação de hidrômetros individuais nos edifícios e condomínios, em razão do preponderante interesse local envolvido (STF. Plenário. RE 738481/SE, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 16/8/2021, Repercussão Geral – Tema 849; Informativo 1025, STF).

> **Informativo 1021[38], STF** - Por usurpar competência privativa da União para legislar sobre Direito Civil e política de seguros, é inconstitucional preceito de lei estadual que estabeleça prazo máximo de 24 horas para as empresas de plano de saúde regionais autorizarem ou não solicitações de exames e procedimentos cirúrgicos em seus usuários que tenham mais de sessenta anos.

Para o STF, **é inconstitucional lei estadual que estabeleça prazo máximo de 24 horas para as empresas de plano de saúde regionais autorizarem ou não solicitações de exames e procedimentos cirúrgicos em seus usuários que tenham mais de 60 anos**. Essa lei é inconstitucional por usurpar competência privativa da União para legislar sobre Direito Civil e política de seguros (art. 22, I e VII, da CF/88) (STF. Plenário. ADI 6452/ES, Rel. Min. Edson Fachin, redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgado em 11/6/2021. Informativo 1021, STF).

> **Informativo 1021[39], STF** - Por usurpar competência privativa da União para legislar sobre Direito Civil, Comercial e política de seguros, é inconstitucional legislação estadual que

[37] https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1027.pdf

Disponível em:

https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo1021.htm#:~:text=Por%20usurpar%20compet%C3%AAncia%20privativa%20da,cir%C3%BArgicos%20em%20seus%20usu%C3%A1rios%20que

[39]

https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo1021.htm#:~:text=Por%20usurpar%20compet%C3%AAncia%20privativa%20da,cir%C3%BArgicos%20em%20seus%20usu%C3%A1rios%20que

> impeça as operadoras de planos de saúde de recusarem o atendimento ou a prestação de alguns serviços, no âmbito de seu território, aos usuários diagnosticados ou suspeitos de estarem com Covid-19, em razão de período de carência contratual vigente.

Essa norma é inconstitucional por usurpar competência privativa da União para legislar sobre Direito Civil, Comercial e política de seguros.

> **Informativo 1016[40], STF -** É constitucional a proibição – por lei estadual – de que instituições financeiras, correspondentes bancários e sociedades de arrendamento mercantil façam telemarketing, oferta comercial, proposta, publicidade ou qualquer tipo de atividade tendente a convencer aposentados e pensionistas a celebrarem contratos de empréstimo.

Trata-se de matéria sobre defesa do consumidor, que é de competência concorrente, nos termos do art. 24, V, da CF/88, servindo para suplementar os princípios e as normas do CDC e reforçar a proteção dos consumidores idosos, grupo em situação de especial vulnerabilidade econômica e social.

> **Informativo 1014[41], STF -** É inconstitucional lei municipal que estabeleça limitações à instalação de sistemas transmissores de telecomunicações por afronta à competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações, nos termos dos arts. 21, XI (1), e 22, IV (2), da Constituição Federal (CF).
> **Informativo 1012[42], STF -** São constitucionais as normas estaduais, editadas em razão da pandemia causada pelo novo coronavírus, pelas quais veiculados a proibição de suspensão do fornecimento do serviço de energia elétrica, o modo de cobrança, a forma de pagamentos dos débitos e a exigibilidade de multa e juros moratórios.
> **Informativo 1012, STF -** É inconstitucional norma estadual que onere contrato de concessão de energia elétrica pela utilização de faixas de domínio público adjacentes a rodovias estaduais ou federais. Isso porque a União, por ser titular da prestação do serviço público de energia elétrica [arts. 21, XII, b, e 22, IV, da Constituição Federal (CF) (1)], detém a prerrogativa constitucional de estabelecer o regime e as condições da prestação desse serviço por concessionárias, o qual não pode sofrer ingerência normativa dos demais entes políticos.
> **Informativo 1.000[43], STF -** É constitucional norma estadual que disponha sobre a obrigação de as operadoras de telefonia móvel e fixa disponibilizarem, em portal da "internet", extrato detalhado das chamadas telefônicas e serviços utilizados na modalidade de planos "pré-pagos".

Trata-se de norma sobre direito do consumidor, que admite regulamentação concorrente pelos Estados-Membros, nos termos do art. 24, V, da CF/88.

Abaixo, algumas importantes decisões do STF em 2022:

1) É inconstitucional lei federal, de iniciativa parlamentar, que veda medida privativa e restritiva de liberdade a policiais e bombeiros militares dos estados, dos territórios

---

Disponível em:

[40]https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo1016.htm#:~:text=Resumo%3A,)%2C%20para%20dispor%20sobre%20energia.

[41] https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1014.pdf

[42] https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo1012.htm

[43] https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo1000.htm

e do Distrito Federal.

A Lei n.º 13.967/2019 previu que os policiais militares e os bombeiros militares não poderão receber, como sanção disciplinar, medida privativa e restritiva de liberdade. O STF julgou tal previsão inconstitucional, tanto no seu aspecto formal quanto material.

Pelo aspecto formal, a norma resultou da aprovação de projeto de lei de autoria parlamentar, sendo que compete ao chefe do Poder Executivo local a iniciativa de lei que disponha sobre o regime jurídico de servidores militares estaduais e distritais.

Pelo aspecto material, não obstante as polícias militares e os corpos de bombeiros militares dos entes federados subordinem-se aos Governadores, constituem forças auxiliares e reserva do Exército, sendo responsáveis, em conjunto com as polícias de natureza civil, e portando armas letais, pela preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Assim, os servidores militares estaduais e distritais submetem-se a um regime jurídico diferenciado, motivo pelo qual a própria Constituição, expressamente, autoriza a prisão por determinação dos seus superiores hierárquicos no caso de transgressão das regras e não lhes assegura sequer o habeas corpus em relação às punições disciplinares.

> **2) Info. 1043[44], STF -** É inconstitucional lei estadual que vede a inscrição em cadastro de proteção ao crédito de usuário inadimplente dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

A proteção ao consumidor, nos termos do art. 24, V, da CF/88, é matéria de competência concorrente, cabendo à União fixar as normas gerais, conforme art. 24, §1º da CF/88. No exercício da aludida competência, a União editou o Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078/90, sendo que os seus arts. 43 e 44 não preveem restrição quanto aos tipos de débitos que possam ser inscritos nos bancos de dados e cadastros de consumidores. Conforme as normas gerais sobre consumo, apenas não poderão ser inscritos os devedores com dívidas prescritas ou informações referentes a período de cinco anos.

> **3) Info. 1045, STF[45] -** A concessão de porte de arma a procuradores estaduais, por lei estadual, é incompatível com a Constituição Federal.
> A Constituição Federal (CF) atribuiu à União a competência material para autorizar e fiscalizar o armamento produzido e comercializado no País (CF, art. 21, VI) (1). Também outorgou ao legislador federal a competência legislativa correspondente para ditar normas sobre material bélico (CF, art. 22, XXI).
>
> **4) Info. 1053[46], STF -** É formalmente inconstitucional lei estadual que estabelece obrigações referentes a serviço de assistência médico-hospitalar que interferem nas relações contratuais estabelecidas entre as operadoras de planos de saúde e seus usuários.

Disponível em:

[44] https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo1043.htm

[45] https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo1045.htm

[46] https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1053.pdf

> **5) Info. 1072[47], STF** - É inconstitucional, por ofensa à competência privativa da União para legislar sobre direito civil e política de seguros (CF/1988, art. 22, I e VII), lei estadual que veda, no âmbito de seu território, operadoras de plano de saúde de limitarem consultas e sessões para o tratamento de pessoas com deficiência.

Já em 2023, destacam-se as seguintes decisões:

1) Lei estadual não pode exigir licenciamento ambiental para a instalação das redes de telefonia. **O STF definiu que:**

> **Info 1097[48], STF** - É inconstitucional — por violar a competência da União privativa para legislar sobre telecomunicações (CF/1988, art. 22, IV) e exclusiva para explorar esses serviços (CF/1988, art. 21, XI) — norma estadual que institui a obrigatoriedade de licenciamento ambiental para a instalação de Rede de Transmissão de Sistemas de Telefonia e de Estações Rádio Base (ERBs) e Equipamentos de Telefonia sem Fio em seu território local.

2) Lei municipal pode estabelecer diretrizes para a prorrogação e relicitação de contratos de parceria entre o município e a iniciativa privada.

Inicialmente, deve-se explicar o instituto da relicitação.

A Lei n.° 13.448/2017 – que estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei n.° 13.334/2019, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal – define a relicitação como "procedimento que compreende a extinção amigável do contrato de parceria e a celebração de novo ajuste negocial para o empreendimento, em novas condições contratuais e com novos contratados, mediante licitação promovida para esse fim".

O contexto é o seguinte: o Poder Público verificou que algumas concessionárias que celebraram contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário não estavam a conseguir cumprir as suas obrigações. Com isso, abriu-se a possibilidade de haver um desfazimento consensual desses contratos com a imediata assunção de novas empresas, selecionadas mediante licitação.

O art. 13 da Lei n.° 13.448/2017 prevê:

> **Art. 13, Lei n° 13.448/2017 -** Com o objetivo de assegurar a continuidade da prestação dos serviços, o órgão ou a entidade competente poderá realizar, observadas as condições fixadas nesta Lei, a relicitação do objeto dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário cujas disposições contratuais não estejam sendo atendidas ou cujos contratados demonstrem incapacidade de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente.

Em 2022, o Município de São Paulo editou a Lei n. 17.731/2022, estabelecendo diretrizes gerais para a prorrogação e relicitação dos contratos de parceria entre o Município de São Paulo e a iniciativa privada.

Disponível em:

[47] https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo1072.htm

[48] https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1097.pdf

Foram propostas ADPFs contra a lei paulistana, alegando-se que a norma tratava sobre licitações e contratos, matéria que seria de competência privativa da União, atualmente normatizada pela Lei Federal n° 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos).

Acerca da alegação da inconstitucionalidade material, o STF afirmou que a lei municipal regulou os serviços públicos da sua própria competência, definindo os institutos da prorrogação contratual, da prorrogação antecipada e da relicitação, além das condições e formas para a prorrogação dos contratos de parceria, a definição dos conceitos, requisitos para a relicitação e do objeto nos contratos de parceria. O Município estaria, assim, atuando dentro da discricionariedade que lhe é conferida, em consonância com o art. 30, incisos I ("legislar sobre assuntos de interesse local") e II ("suplementar a legislação federal e a estadual no que couber").

Neste sentido, o STF entendeu que:

> **Info 1096[49], STF** - É constitucional lei municipal que, ao regulamentar apenas o seu interesse local, sem criar novas figuras ou institutos de licitação ou contratação, estabelece diretrizes gerais para a prorrogação e relicitação dos contratos de parceria entre o município e a iniciativa privada.

3) Lei estadual não pode obrigar que os hospitais criem uma sala de descompressão para a equipe de enfermagem .

O STF declarou a inconstitucionalidade de lei estadual que obriga os hospitais públicos e privados a criarem uma sala de descompressão para ser utilizada por enfermeiros, técnicos de enfermagem e auxiliares de enfermagem, por violação à competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho (art. 22, I, da CF/88). Para fins de esclarecimento, a sala de descompressão é um local reservado pela empresa aos colaboradores para poderem se desconectar do trabalho em momentos específicos e retornar às atividades laborais mais revigorados.

4) É inconstitucional lei estadual que confere ao Governador poderes para conceder isenção de tarifa de energia elétrica aos consumidores residenciais, industriais e comerciais atingidos por enchentes no estado.

> **Info 1084[50], STF** - Há plausibilidade jurídica na alegação de inconstitucionalidade, decorrente da incompatibilidade com o modelo de repartição de competências — violação à competência da União para legislar sobre energia elétrica (CF/1988, art. 22, IV), para explorar, diretamente ou por delegação, os serviços e instalações de energia elétrica (CF/1988, art. 21, XI, "e"), e para dispor sobre política de concessão de serviços públicos (CF/1988, art. 175, parágrafo único, III) —, de lei estadual que confere ao governador poderes para conceder isenção de tarifa de energia elétrica aos consumidores residenciais, industriais e comerciais atingidos por enchentes no estado.

5) É inconstitucional lei estadual que proíbe os órgãos ambientais e a polícia militar de destruírem e inutilizarem bens particulares apreendidos em operações de fiscalização ambiental.

Disponível em:

[49] https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1096.pdf

[50] https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1084.pdf

6)

> **Info. 1084, STF** - É inconstitucional — por violar a competência da União para legislar sobre normas gerais de proteção ao meio ambiente e sobre direito penal e processual penal (CF/1988, arts. 24, VI e VII; e 22, I) — lei estadual que proíbe os órgãos ambientais.

Tese fixada pelo STF:

> **Info. 1082[51], STF** - Norma estadual que, a pretexto de proteger os estudantes, proíbe modalidade de uso da língua portuguesa viola a competência legislativa da União.

7) O STF afirmou que é constitucional lei estadual que proíbe, no âmbito de seu território, a fabricação, a venda e a comercialização de armas de brinquedo que simulam armas de fogo reais.

Segundo a Suprema Corte, a norma impugnada não usurpa a competência privativa da União para legislar sobre direito penal (art. 22, I, da CF/88), tampouco sobre material bélico (art. 21, VI, e 22, XXI). Ao contrário, ela dispõe sobre matéria afeta ao direito do consumidor e à proteção à infância e à juventude, inserindo-se, portanto, no âmbito da competência concorrente das unidades da Federação (art. 24, V, VIII e XV, e art. 227). Dessa forma, o estado tem competência suplementar para legislar sobre o assunto, podendo inclusive prever sanções administrativas (art. 24, § 2º).

No mesmo julgado, restou definido também que:

> **Info. 1081[52], STF** - Não usurpa a competência privativa do chefe do Poder Executivo a lei que, embora crie despesa para a Administração Pública, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos. Na linha da jurisprudência desta Corte, a mera circunstância de uma norma demandar atuação positiva do Poder Executivo não a insere no rol de leis cuja iniciativa seja privativa de seu chefe. Na espécie, o ato normativo questionado atribui a responsabilidade de fiscalização da lei ao Poder Executivo, cabendo a ele designar o órgão responsável, bem como estimula a conscientização do disposto na lei por meio de propaganda, deixando a regulamentação de como será realizada ao critério do Poder Executivo.

8. VEDAÇÕES CONSTITUCIONAIS AOS ENTES FEDERADOS

Como se sabe, existem vedações constitucionais aos entes federados, seja à União, aos estados, aos municípios e ao Distrito Federal.

> **Art. 19, CF/88 -** É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
> **I** - 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;
> **II** - recusar fé aos documentos públicos;
> **III** - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

Disponível em:

[51] https://stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1082.pdf

[52] https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1081.pdf

Assim, o art. 19 dispõe, por exemplo, que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou os seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada uma aliança para fim de interesse público, como é o caso de uma creche ou hospital.

Isso significa dizer que o **Estado brasileiro é laico**, não podendo ter religião oficial. Isso explica a razão da Escola Pública poder ter a disciplina de religião, mas esta não ter caráter obrigatório. Ou seja, faz quem quiser.

Da mesma forma, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios recusar fé aos documentos públicos. Então, sendo o documento público, a União ou qualquer outro ente não pode recusar dar-lhe fé pública.

9. INTERVENÇÃO FEDERAL

O Estado Federal fundamenta-se no princípio da autonomia das entidades que compõem o Estado federal. Assim, **o afastamento dessa autonomia tem caráter excepcional** que se dá por meio de uma entidade política sobre a outra. Isso só é possível quando houver um interesse maior em jogo, e esse interesse é justamente a manutenção da federação.

Somente podem ser sujeitos ativos de uma intervenção a União e os estados-membros. Não há intervenção pelo município. A intervenção da União se dá sobre o Estado. Não existe intervenção da União sobre município localizado em estado-membro, mas tão somente localizado em Território Federal, caso passe a existir algum.

A decretação da intervenção se dá por **decreto** do Chefe do Poder Executivo, eis que se trata de um ato político, ainda que se origine de uma requisição, que tenha caráter de ordem.

A intervenção federal poderá ser:

espontânea: decretada diretamente pelo Chefe do Poder Executivo;

provocada: alguém insta o Chefe do Poder Executivo a decretar a intervenção federal. Nesse caso, poderá ser:

OBS.: solicitação ou pedido: caráter não vinculante; **requisição**: é uma ordem em que o Chefe do Poder Executivo deve decretar, tendo caráter vinculante.

9.1. Intervenção federal espontânea

A intervenção federal espontânea é feita diretamente por iniciativa do Chefe do Poder Executivo, sendo hipóteses:

- para defesa da unidade nacional;
- para defesa da ordem pública;
- para defesa das finanças públicas.

9.2. Intervenção federal provocada

A intervenção federal provocada depende de provocação de algum órgão, conforme previsão da Constituição, podendo se dar de duas formas:

por solicitação: se algum dos órgãos previstos na CF solicitar, o Chefe do Poder Executivo não está obrigado a atender, ou seja, não é vinculante;

por requisição: aqui, o Chefe do Poder Executivo não tem discricionariedade, devendo cumprir a ordem de decretação.

A provocação do Chefe do Executivo pode ser realizada pelo:

Poder Legislativo: Assembleia legislativa estadual, Câmara Legislativa do Distrito Federal;

Poder Executivo: prefeitos, governador de Estado, governador do Distrito Federal.

A CF/88 afirma que, para garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação, esses poderes locais irão solicitar ao Presidente da República a decretação da intervenção federal (art. 34, IV).

Também **é admissível que o Supremo Tribunal Federal requisite a intervenção, quando o Poder Judiciário estiver sendo coagido**. Nesse caso, sendo o Tribunal de Justiça o órgão coagido, deverá solicitar ao STF para que requisite a intervenção. Se o Supremo entender cabível, requisitará a intervenção federal ao Presidente da República. O que há nesse caso é uma ordem ao Presidente para que decrete a intervenção federal.

No caso do Poder Judiciário, serão legitimados o STF, o STJ e o TSE, no caso de desobediência à ordem ou decisão judicial. A intervenção dependerá de requisição desses Tribunais e quem será o legitimado dependerá da ordem ou da decisão descumprida. O STF, STJ ou o TSE requisitarão ao Presidente da República para que decrete a intervenção federal, de modo que a ordem ou decisão judicial seja cumprida.

Segundo o STJ, se o Estado/DF estiver descumprindo uma decisão de juiz ou Tribunal de 2ª instância, o Tribunal local deverá fazer uma representação ao Tribunal Superior competente (STF, STJ ou TSE) solicitando a intervenção. Se o Tribunal Superior concordar, ele irá requisitar ao Presidente da República a intervenção. Para saber qual o Tribunal Superior será competente, deverá ser analisada a matéria discutida e para quem seria dirigido o eventual recurso.

Compete ao STJ julgar pedido de intervenção federal baseado no descumprimento de ordem de reintegração de posse de imóvel rural ocupado pelo MST expedida por Juiz Estadual e fundada exclusivamente na aplicação da legislação infraconstitucional civil possessória. Isso porque a decisão descumprida analisou tema relacionado com direito civil privado, não tendo feito considerações sobre questões constitucionais.

Logo, o eventual recurso contra a decisão, quando o processo superasse as instâncias ordinárias e chegasse aos Tribunais Superiores, seria apreciado pelo STJ em sede de recurso especial. Não caberia, no caso, recurso **extraordinário ao STF, razão pela qual esta Corte não seria competente para julgar o pedido de intervenção relacionada com o desatendimento da decisão (Inf. 550, STJ).**

O Procurador-Geral da República também poderá desencadear a intervenção federal, no caso de recusa ao cumprimento de lei federal e de ofensa aos princípios constitucionais sensíveis, de modo que a intervenção dependerá de representação interventiva. Nesse caso, o PGR apresenta a ação perante o STF.

Quando se nega executoriedade à lei federal, essa ação viabiliza obrigar o ente federado a cumprir a lei.

Quando há ofensa aos princípios constitucionais sensíveis, a representação interventiva (ou ação declaratória de inconstitucionalidade interventiva) visa provocar o Poder Judiciário para declarar

inconstitucional o ato interventivo pelo ente federal, de forma que o STF irá requisitar ao Presidente da República que se decrete a intervenção.

Haverá ação de executoriedade de lei federal nos casos em que se busca a execução da lei federal. No caso de ofensa a princípio constitucional sensível, o nome será representação interventiva ou ação direta de inconstitucionalidade interventiva.

Quem faz o controle de constitucionalidade é o Poder Judiciário, que decidirá se haverá o afastamento da autonomia do ente federado. Se for dado provimento à representação, o presidente do STF dará conhecimento ao Presidente da República, o qual tem o prazo improrrogável de 15 (quinze) dias para promover o decreto. Nessa hipótese, a atuação do Presidente da República é vinculada.

Se a suspensão do ato impugnado for suficiente para o restabelecimento da normalidade, suspende-se a aplicação do ato impugnado. Caso seja necessário, o decreto interventivo implicará o afastamento da autonomia do ente federado.

A intervenção federal é implementada por meio de decreto expedido pelo Presidente da República. Esse decreto especifica qual é a amplitude e o prazo da intervenção e quais são as condições de execução, de modo que, se for o caso, tal decreto interventivo nomeará temporariamente o interventor, o que implicará o afastamento das autoridades locais das suas funções.

Nas chamadas **intervenções não vinculadas**, em que o Presidente age espontaneamente ou por meio de uma provocação por solicitação, e, portanto, discricionariamente, deverá ouvir antes de decretar a intervenção federal o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, ainda que essas decisões não sejam vinculantes.

A intervenção tem caráter temporário, razão pela qual, cessados os seus motivos, as autoridades afastadas retornam aos seus cargos, ou não retornarão por impedimento legal de retornar (ex.: cassação do mandato). **Ainda, durante a intervenção federal, a Constituição não poderá ser emendada**. Trata-se de uma limitação de caráter circunstancial.

9.3. Controle político da intervenção

A decisão é do Presidente da República. O decreto de intervenção federal é submetido ao Congresso Nacional no prazo de 24h. Caso esteja em recesso, ele será convocado extraordinariamente no mesmo prazo de 24h. **Veja: primeiro decreta; depois submete ao Congresso.**

O Presidente decreta a intervenção, que, em 24 horas, deve ser encaminhada ao Congresso para apreciar e aprovar. É o decreto do Presidente que deflagra a intervenção; o Congresso vai aprovar ou não algo que já está em curso. Não é a aprovação do Congresso Nacional que dá início à intervenção.

O Congresso Nacional poderá aprovar ou suspender a decretação da intervenção federal. Caso suspenda o decreto, a intervenção federal passará a ser **inconstitucional**, de modo que deverá cessar imediatamente. Nesse caso, se o Presidente da República insiste na intervenção, incide em crime de responsabilidade, segundo o art. 85, II, CF/88, sujeito à *impeachment*.

Atente-se para que nem todo o decreto de intervenção federal será apreciado pelo Poder Legislativo. Ou seja, somente haverá apreciação do Congresso quando houver uma discricionariedade do Presidente da República.

Nos casos em que a intervenção federal foi decidida pelo Poder Judiciário, e o Presidente da República estiver vinculado àquela decisão, não haverá a submissão do decreto de intervenção ao Congresso

Nacional. Ou seja, **não serão submetidos à apreciação do Congresso Nacional os casos em que a intervenção federal servir para:** prover a execução de lei federal; tiver relação com negação de cumprimento à ordem ou decisão judicial; reprimir ofensa aos princípios constitucionais sensíveis.

Não há controle pelo Congresso em observância do princípio da separação dos Poderes, pois a hipótese do art. 34, VI e VII, CF/88 é uma intervenção que vem acompanhada de uma ordem judicial que a determina.

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo ainda afirmam que é desnecessário que o decreto interventivo seja submetido ao Congresso Nacional na hipótese do art. 34, IV, que serve para garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação. Isso porque, quando é o Poder Judiciário que requisita ao Presidente da República o decreto de intervenção federal, em razão de ele não estar no livre exercício de seu poder, isto será uma ordem, e, assim o sendo, não há outro caminho ao Presidente da República senão a intervenção. Nesse caso, não seria necessário submeter ao Congresso Nacional.

Todavia, pela letra do Texto Maior, **somente os casos em que não se está executando lei federal ou não se está obedecendo a ordem ou decisão judicial, ou ainda quando houver ofensa aos princípios constitucionais sensíveis é que será desnecessário que o decreto interventivo seja submetido ao Congresso Nacional.**

9.4. Princípios que regem a intervenção

São quatro os princípios que regem a intervenção, descritos a seguir.

9.4.1. Excepcionalidade

A intervenção é sempre medida **excepcional.** A regra no federalismo é a autonomia. É o que diz o art. 34, *caput*, CF.

Art. 34, CF/88 - A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, **exceto** para [...]

9.4.2. Necessidade

Só cabe intervenção se não existir outro meio menos gravoso para reestabelecer o equilíbrio. A intervenção é a *ultima ratio*. Daí a crítica ao Presidente Michel Temer, quando decretou a intervenção federal no Rio de Janeiro, em 2018, pois se questionou se não haveria outra forma de solucionar a situação.

9.4.3. Taxatividade

O rol de hipóteses é um rol taxativo, é um rol fechado; *numerus clausus*. Só poderá intervir se estiver previsto numa das hipóteses dos sete incisos do art. 34, da CF/88.

9.4.4. Temporalidade

O decreto de intervenção deve ter sempre prazo certo. Intervenção é exceção e precisa ter prazo certo.

9.4.5. Procedimento

O procedimento das hipóteses do art. 34, I, II, III e V será o mesmo. Já o da hipótese do art. 34, IV, outro, bem como o procedimento do art. 34, VI será diferente. Ainda, o procedimento do art. 34, VII, CF, também será outro. Verifica-se, assim, que não se tratam de sete procedimentos diferentes, e sim quatro procedimentos, abaixo seccionados nas letras *a*, *b*, *c* e *d*.

a) Procedimento das hipóteses do art. 34, I, II, III e V, CF/88

A intervenção será decretada **de ofício pelo Presidente da República**, por intermédio de um ato voluntário, sem provocação. Aqui, a intervenção depende da simples verificação de motivos. O máximo que esse procedimento exige é que sejam ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa, que emitirão pareceres não vinculantes. A intervenção do estado do Rio de Janeiro foi baseada no art. 34, III, CF/88.

b) Procedimento da hipótese do art. 34, IV, CF/88

A intervenção nesse caso **depende de solicitação do Poder Legislativo, ou Executivo, ou requisição do Poder Judiciário via STF para o Presidente da República**. Se for solicitação, o Presidente não é obrigado a decretar intervenção. Se for requisição do STF, o Presidente é obrigado a decretar a intervenção, pois está vinculado à requisição.

c) Procedimento da hipótese do art. 34, VI, CF/88

No caso de descumprimento de ordem judicial, quando o estado descumpre ordem judicial, depende de requisição do STF, STJ ou TSE para o Presidente da República. Como é requisição, o Presidente é obrigado a decretar a intervenção. Se for uma ordem judicial de Tribunal de Justiça Estadual, existem duas correntes: a **primeira** diz que **caberá sempre ao STF ser guardião dos outros órgãos do Poder Judiciário**, ou seja, se uma ordem de algum TJ não está sendo cumprida pelo estado, caberá ao STF requisitar a intervenção para o presidente da República.

A **segunda** corrente defende que, **se for uma questão de natureza constitucional, caberá ao STF requisitar ao presidente da República, mas, se for uma questão de natureza infraconstitucional, caberia ao STJ requisitar ao presidente da República**. A segunda corrente vem sendo adotada por diferenciar competências.

No caso de inexecução de lei federal, a intervenção depende de provimento do STF em representação do procurador-geral da República. Se o estado descumprir lei federal, o PGR representa no STF, dá início a uma ação de inexecução de lei federal e, no final, tem-se o provimento do STF. Não basta o provimento do STF para ser decretada a intervenção, sendo necessária a decretação da intervenção pelo presidente da República.

Portanto, esse provimento do STF tem natureza de uma requisição e é regulamentado pela Lei n° 12.562/2011.

d) Procedimento do art. 34, VII, CF

Se dá quando o estado ou o DF deixam de cumprir princípios sensíveis da Constituição. A intervenção, nesse caso, também **depende de provimento do STF em representação do procurador-geral da República**. Não basta só o provimento do STF, sendo o presidente da República obrigado a decretar a intervenção. A lei que rege esse procedimento também é a Lei n.º 12.562/2011.

A **diferença** desse procedimento para o anterior é que estamos diante de outro tipo de ação, apesar do procedimento ser baseado na mesma lei. Nesse caso, a ação é outra, é uma ADI Interventiva. Quando um estado-membro ou DF estão a descumprir princípio sensível da Constituição, este descumprimento irá permitir que o PGR, se notificado ou cientificado, represente no STF, ajuizando uma ADI Interventiva, sendo o PGR seu único legitimado para propor tal ação.

9.5. Considerações finais

Em regra, não há possibilidade de controle judicial no ato de intervenção por ser um ato de natureza política. No entanto, caso fique provado o descumprimento de procedimentos previstos na Constituição, haverá controle judicial do ato de intervenção.

Exemplo: O presidente da República decretou a intervenção de ofício e fundamenta que essa intervenção do legislativo do estado estar a coagir o executivo do estado. **Pergunta-se: essa intervenção é constitucional?** Não. O presidente aqui decretou uma intervenção das hipóteses dos incisos I, II, III e V numa hipótese do inciso IV. Nessa hipótese, a intervenção depende de solicitação (do Legislativo e Executivo) ou requisição (Judiciário) e o presidente decretou de ofício.

Exemplo 2: (caso concreto ocorrido em 2005): O presidente Lula decretou a intervenção federal no município do Rio de Janeiro, no setor hospitalar, com base no inciso III, do art. 34, da CF. O município do Rio de Janeiro impetrou Mandado de Segurança no STF (MS 25295).

No entanto, não é cabível intervenção federal em município. Além disso, a intervenção tinha como base o inciso III do art. 34, da CF, devendo ter o controle pelo Congresso Nacional, o que não teve. Além disso, o decreto de intervenção não possuía prazo determinado, o que não pode ocorrer. Nesse caso, o Mandado de Segurança impetrado pelo município do Rio de Janeiro teve, ao final, 11 votos favoráveis.

10. INTERVENÇÃO NOS MUNICÍPIOS

A intervenção nos municípios segue a mesma lógica da intervenção federal. Nesse sentido, basta que se faça a simetria entre o art. 34 com o art. 35 da CF. Nas hipóteses judicializadas, hipótese do art. 35, IV, vai ser aquele em que haverá provimento e representação para que o Governador decrete.

O provimento será do Tribunal de Justiça, e a representação será do Procurador-Geral de Justiça. O Governador do estado estará obrigado, após a representação do PGJ e provimento do TJ, a decretar a intervenção estadual.

Vale apenas ressaltar que a decisão do TJ na representação interventiva para estabilizar a situação de instabilidade pela qual passa o Estado, a fim de viabilizar a medida que passa o município, possui um caráter político-administrativo; portanto, tem um caráter definitivo.

Em outras palavras, **não cabe recurso extraordinário da decisão do Tribunal de Justiça que requisita ao Governador do estado que decrete a intervenção municipal**. Isso, inclusive, está na **Súmula 637** do STF, veja:

> **Súmula 637, STF** - Não cabe recurso extraordinário contra acórdão de Tribunal de Justiça que defere pedido de intervenção estadual em Município.

Frise-se que o STF afirmou ser inconstitucional norma constitucional estadual pela qual se prevê hipótese de intervenção estadual em municípios não contemplada no art. 35 da CF/88, uma vez que tais

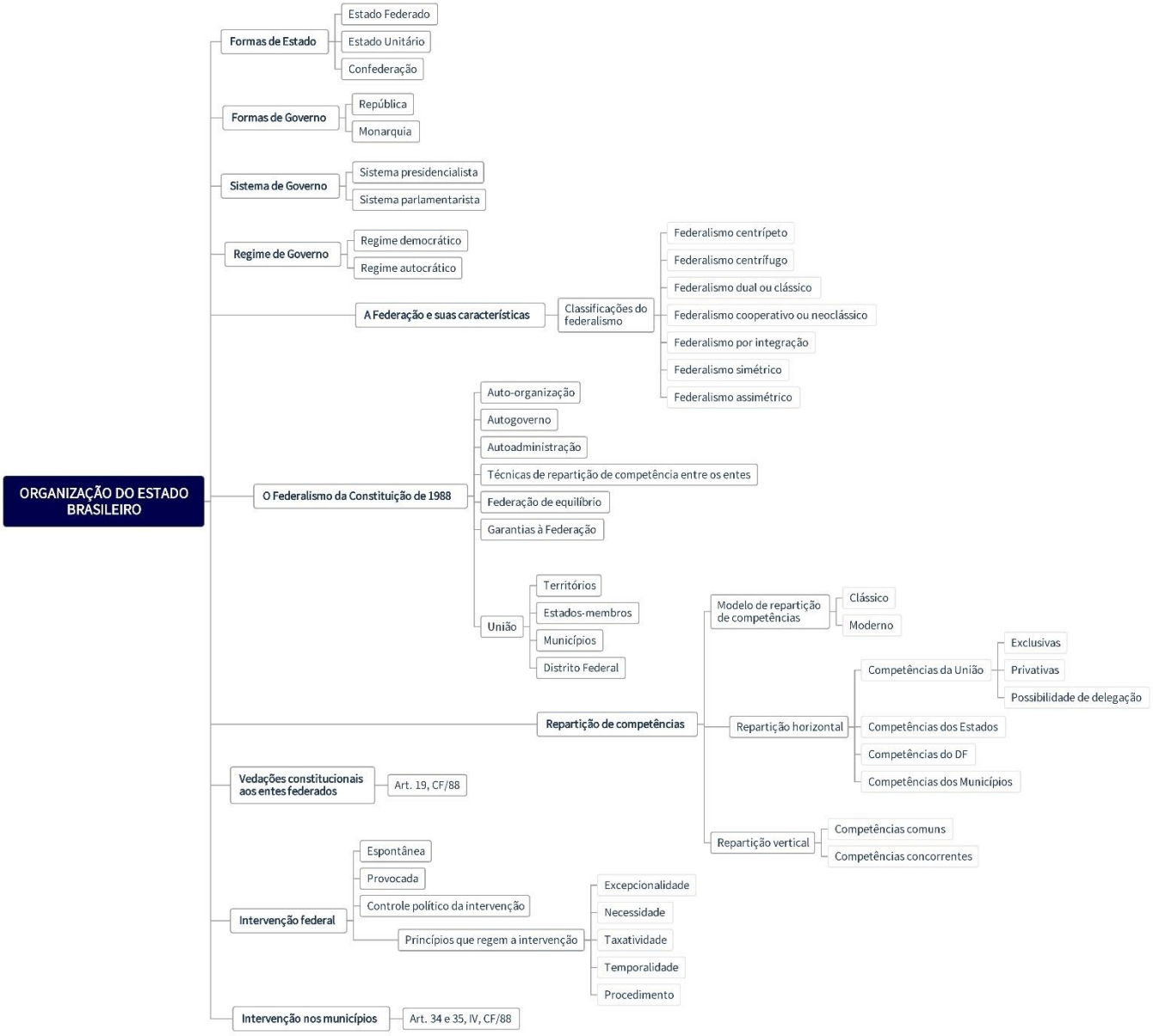
hipóteses constitucionais são taxativas (STF. Plenário. ADI 6616/AC, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 26/4/2021, Informativo 1014). Tal entendimento foi, inclusive, reafirmado no Info 1073.

QUESTÕES DE CONCURSO

(**FGV – 2023 – TJ-ES – Juiz Substituto - Adaptada)** A Constituição do Estado Gama, ao disciplinar a intervenção estadual nos Municípios, restringiu a possibilidade de intervenção diante do não pagamento de dívida fundada.

Com base no exposto e de acordo com o entendimento predominante no Supremo Tribunal Federal, a Constituição do Estado Gama é inconstitucional, pois as constituições estaduais não podem acrescentar ou restringir as hipóteses de intervenção estadual previstas na CRFB/1988.

Gabarito: CORRETO.


ORGANIZAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO
Formas de Estado
Estado Federado
Estado Unitário
Confederação
Formas de Governo
República
Monarquia
Sistema de Governo
Sistema presidencialista
Sistema parlamentarista
Regime de Governo
Regime democrático
Regime autocrático
A Federação e suas características
Classificações do federalismo
Federalismo centrípeto
Federalismo centrífugo
Federalismo dual ou clássico
Federalismo cooperativo ou neoclássico
Federalismo por integração
Federalismo simétrico
Federalismo assimétrico
O Federalismo da Constituição de 1988
Auto-organização
Autogoverno
Autoadministração
Técnicas de repartição de competência entre os entes
Federação de equilíbrio
Garantias à Federação
União
Territórios
Estados-membros
Municípios
Distrito Federal
Repartição de competências
Modelo de repartição de competências
Clássico
Moderno
Repartição horizontal
Competências da União
Exclusivas
Privativas
Possibilidade de delegação
Competências dos Estados
Competências do DF
Competências dos Municípios
Repartição vertical
Competências comuns
Competências concorrentes
Vedações constitucionais aos entes federados
Art. 19, CF/88
Intervenção federal
Espontânea
Provocada
Controle político da intervenção
Princípios que regem a intervenção
Excepcionalidade
Necessidade
Taxatividade
Temporalidade
Procedimento
Intervenção nos municípios
Art. 34 e 35, IV, CF/88

15 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Não há apenas um conceito de Administração Pública, razão pela qual a definição dependerá do enfoque dado: **material e formal.**

Sob o enfoque **material (objetivo)**, conceitua-se administração pública como a **atividade exercida sob um regime jurídico,** sem importar quem o esteja exercendo.

A doutrina apresenta quatro hipóteses em que a administração pública atua em sentido material:

Serviço público: confere utilidades à população em geral. Serviço público é administração pública em sentido material;

Polícia administrativa: são restrições de atividades privadas em benefício do interesse público. Essa é a atividade em sentido material;

Fomento da iniciativa privada: é o incentivo à iniciativa privada, a fim de que possa orientar a maneira pela qual essa iniciativa irá atuar;

Intervenção: abrange toda a intervenção de Estado na esfera privada, como a desapropriação, intervenção no domínio econômico (ex.: criação de agência reguladora), a fim de estipular as regras que os particulares devem observar etc.

Há apenas uma **exceção** no sentido de que a intervenção não configurará administração pública em sentido material, que será a hipótese em que o Estado age diretamente no domínio econômico, como no caso de atividade bancária (ex.: Banco do Brasil).

Sob o enfoque **formal (subjetivo), a administração pública não seria o quê, mas quem**. Trata-se de um **conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas** que o nosso ordenamento jurídico identifica como administração pública, não importando a atividade que tais órgãos estejam a exercer. O direito brasileiro adota o critério formal de administração pública, pois a preocupação é com quem se trata.

Esses órgãos poderão ser integrantes da **administração direta** (desconcentração), mas também poderão ser entidades da **administração indireta** (descentralização), como são as autarquias, fundações, sociedades de economia mista e as empresas públicas.

São dois os **princípios que orientam o regime jurídico administrativo**:

- supremacia do interesse público;
- indisponibilidade do interesse público.

Esses dois princípios não encontram previsão expressa na CF/88.

1. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Supremacia do interesse público está acima dos interesses particulares. **Exemplo:** em um contrato administrativo, há, de um lado, a administração e, do outro, o particular. Nos contratos administrativos são válidas as cláusulas exorbitantes, podendo a Administração alterar unilateralmente o contrato.

A ideia desse princípio é a de que, havendo conflito entre interesses públicos e particulares, prevalece o público.

2. INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

Significa que o administrador não pode abrir mão do interesse público. Na verdade, esse princípio é um recado para a Administração Pública, que não pode desistir dos feitos, não pode dispor de prerrogativas etc. A coisa é pública (a *res* é pública). Nesse ponto surge a necessidade de se prestar concurso público.

Outro exemplo é o caso de construção de prédio por meio de licitação, não podendo abrir mão desse interesse público.

A CF/88, no art. 37, trata expressamente **dos princípios que orientam a administração pública:**

- legalidade;
- impessoalidade;
- moralidade;
- publicidade;
- eficiência.

3. PRINCÍPIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1. Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade, sob a ótica da administração, estabelece que a administração só pode agir se houver uma determinação legal ou uma autorização legal.

A administração Pública não pode atuar contrariamente à lei, tampouco além da lei, pois só atua segundo o que ela estabelece.

3.2. Princípio da impessoalidade

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo afirmam que o princípio da impessoalidade da Administração possui uma dupla finalidade:

- **atuação administrativa voltada para o interesse público**: a atuação da administração pública deve sempre visar atingir interesse público;
- **veda a promoção pessoal do administrador**: quem atua é o Estado, e não o governante.

Essa vedação quanto ao administrador encontra previsão no **art. 37, §1º**, da CF/88 que estabelece que a publicidade de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, sendo que, nessa publicidade, não podem constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

3.3. Princípio da moralidade

A ideia da previsão do princípio da moralidade na CF/88 é a ideia de tornar jurídica a moral. A exigência de atuação ética passa a ganhar contorno no mundo do dever, sendo uma norma jurídica. Com isso, o ato imoral também passa a ser um ato ilegal, podendo inclusive ser anulado pelo Poder Judiciário.

Isso é facilmente percebido na Ação Popular, em que, segundo a CF/88, **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, e à moralidade administrativa, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.** Ou seja, se o ato ofender a moralidade administrativa, não estará dentro do mérito administrativo, podendo ser reconhecida a nulidade do ato.

O § 4º do art. 37 trata de maneira qualificada sobre a moralidade administrativa, isto é, 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.

3.4. Princípio da publicidade

O princípio da publicidade também possui duas vertentes:

- exige a publicação em órgão oficial como requisito para que os atos administrativos possam ter efeitos: sendo ato interno ou externo da administração;
- transparência: a atuação da administração pública deve ser transparente, pois, nesse caso, há controle da administração pelos administrados, pois a coisa é pública.

3.5. Princípio da eficiência

A EC 19/1998 acrescentou o princípio da eficiência ao *caput* do art. 37. O princípio da eficiência é uma consequência do modelo denominado administração gerencial, a qual vai se opor ao sistema burocrático.

A ideia é fazer com que a administração se aproxime ao máximo, e dentro do possível, da ideia, ou dos princípios, que orientam o setor privado, pois é um setor que funciona. São características da ideia de administração gerencial:

- **resultados e metas da administração:** a ideia de administração gerencial está diretamente ligada à ideia de resultado;
- **ampliação da autonomia dos entes federativos:** para obter resultados, é possível aumentar as autonomias de instituições. A partir daí, surgem controle finalísticos, ficando para trás a ideia de controle da atividade-meio, que é típico do sistema burocrático, que, por sua vez, fomenta a corrupção.

Exemplo: previsão constitucional, inserida pela EC 19, é o contrato de gestão, o qual diz que a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre os seus administradores e o Poder Público, cujo objeto seja fixar uma meta de desempenho para o órgão ou entidade (parte do §8º do art. 37).

A doutrina trata de normas constitucionais sobre a organização da administração pública.

3.6. Princípio da organização legal do Serviço Público na vertente Federal

Haverá um princípio que vai reger essa atuação da administração pública, o qual se denomina de princípio da organização legal do serviço público. Esse princípio estabelece que **cargos, empregos, funções, ministérios, órgãos públicos devem ser criados ou extintos por meio de lei.** Esse princípio não possui caráter absoluto, eis que a própria Administração prevê os denominados decretos autônomos.

O princípio da organização legal do serviço público, defendido pela doutrina administrativista, não tem caráter absoluto, pois, a partir da EC 32/2001, o Presidente da República passou a ter competência para dispor, mediante decretos autônomos, sobre a organização e o funcionamento da Administração Federal, desde que não implique aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos.

Apesar de não poder extinguir órgãos, o decreto do Presidente da República poderá extinguir função ou cargos públicos, desde que estejam vagos. Esse decreto é autônomo, pois ele não regulamenta uma lei, vindo diretamente da Constituição, como um ato normativo primário.

Veja como foi mitigado o princípio da organização legal do serviço público.

3.7. Princípio da organização legal do Serviço Público no âmbito dos estados

Cabe ressaltar que essas regras também serão aplicadas aos Estados.

Por exemplo, a iniciativa de lei que disponha sobre cargo, função, emprego público, na administração direta ou autárquica, será do Presidente da República. Com isso, na esfera estadual, a competência para iniciativa desta lei será, por analogia, do Governador do Estado.

O mesmo se aplica à criação de órgãos, funções e empregos na esfera federal, eis que é da competência do STF e Tribunal Superior. Se for no âmbito estadual, a competência será do Tribunal do Estado.

4. INGRESSO NO SERVIÇO PÚBLICO

A CF/88 trata da indisponibilidade do interesse público, razão pela qual não pode o administrador, por exemplo, contratar o sobrinho para atuar no Poder Judiciário como magistrado, pois ele deverá prestar concurso público.

A Constituição, em relação a ingresso no serviço público, estabelece que os cargos, **os empregos e as funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, ou aos estrangeiros, na forma da lei (art. 37, I).**

A respeito do ingresso de estrangeiros no serviço público, tem-se que tal possibilidade é regulada por lei.

4.1. Cargos privativos de brasileiro nato

São cargos privativos de brasileiros natos:

- 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;
- de ministro de Estado da Defesa.

A partir do art. 37, I, é possível perceber que cargos, empregos e funções são acessíveis aos brasileiros que atendam aos requisitos previstos em lei. Percebe-se que, como decorrência desse artigo, o edital não pode estabelecer exigências sem fundamento legal. Com base nisso, o STF editou a **Súmula Vinculante 44**, estabelecendo que só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público. O edital não pode submeter o candidato a exame psicotécnico se a lei não exige isso.

O STF estabelece que é razoável exigir altura mínima para candidatos a cargos de segurança, desde que a altura mínima esteja prevista em lei, em sentido material e formal. No mesmo sentido, o Supremo diz que, se não houver base legal, o edital não pode prever uma restrição.

Ainda nesse mesmo contexto, o STF, **homenageando o princípio da presunção de inocência**, estabeleceu que a Administração não pode recusar a inscrição, ou excluir do concurso público, ou impedir a nomeação de sujeito aprovado, sob o fundamento de que ele não possui idoneidade moral para o cargo, pois responde a inquéritos policiais ou ações penais em curso. Mesmo que ele tenha uma sentença condenatória, mas que não tenha havido o trânsito em julgado, o princípio da presunção de inocência impede que a Administração obste o sujeito de ingressar no cargo.

4.2. Ingresso por concurso público

O art. 37, II da CF/88 prevê que a investidura nos cargos públicos se dá mediante aprovação prévia em 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, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Tal regra de acessibilidade visa conferir efetividade aos princípios constitucionais da isonomia e da impessoalidade. Eventual imposição legal de critérios de distinção entre os candidatos é admitida tão somente quando acompanhada da devida justificativa em razão do interesse público ou em decorrência da natureza e das atribuições do cargo ou emprego a ser preenchido. Uma eventual diferenciação legal, para ser considerada válida, deve estar baseada em juízos valorativos amplamente aceitos e apresentar razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida.

Neste sentido, inclusive, o STF, no julgamento da ADI 7.458/PB, em 11/12/2023, afirmou que **é inconstitucional lei estadual que concede, em favor de candidatos naturais residentes em seu âmbito territorial, bônus de 10% na nota obtida nos concursos públicos da área de segurança pública, por configurar tratamento diferenciado desproporcional, sem amparo em justificativa razoável** (Info 1120).

Outra importante decisão da Suprema Corte ocorreu no julgamento do Recurso Extraordinário 886131/MG, em que restou definido que **é inconstitucional a vedação à posse em cargo púbico de candidato/a que esteve acometido/a de doença grave, mas que não apresenta sintomas atuais de restrição para o trabalho** (Info 1119). No caso concreto, teria havido violação aos princípios do concurso público e da impessoalidade, diante da determinação constitucional de ampla acessibilidade aos cargos públicos e de avaliação com base em critérios objetivos.

Ainda sobre o tema o ingresso por concurso público, **o STF decidiu que provas de título não podem ter caráter eliminatório, mas classificatório.** Isto não define a aprovação ou não.

A Carta Magna estabelece que é necessário reservar um percentual das vagas para as pessoas com deficiência, sendo que esse percentual vem descrito em lei.

Atente-se para o fato de que a exigência de concurso público é para emprego permanente, mas não abrange os cargos em comissão. Esses são cargos de livre nomeação e exoneração, ficando sujeitos ao critério da autoridade competente. Vale lembrar que os cargos em comissão são de chefia, assessoramento e direção.

Segundo o STF, não é possível convalidar um ato de nomeação ou contratação sem que o sujeito tenha sido aprovado previamente por concurso público, já que a exigência de aprovação em concurso público advém da própria Constituição Federal. Ainda, **o STF não admite a teoria do fato consumado em matéria de concurso público**. Ou seja, se o sujeito não foi aprovado no concurso público, não poderá alegar fato consumado, sob o argumento de que já tomou posse no cargo, fundado em decisão judicial provisória.

Portanto, seguindo esse entendimento, se o indivíduo foi reprovado em uma das fases do concurso e só continuou no certame em decorrência de uma decisão liminar - ainda que, ao final, tenha sido aprovado -, se a decisão inicial for alterada, ou desconstituída, ele poderá vir a perder o cargo.

4.3. Prazo de validade do concurso público

Segundo a CF/88, o prazo de validade do concurso público é de até dois anos, renovável por igual período, desde que previsto no edital. Ou seja, se o edital prevê um prazo de validade de um ano, este prazo poderá ser prorrogado por mais um ano. Portanto, da regra do art. 12, é possível concluir que um concurso pode ter validade máxima de quatro anos, contados o prazo inicial e a possível prorrogação.

Esse prazo começa a ser contado a partir da homologação do concurso público. Homologar é dizer que o concurso está validamente concluído.

4.4. Direito subjetivo ao cargo público

Segundo o STF, candidato aprovado no concurso público dentro do número de vagas indicado no edital tem direito subjetivo a ser nomeado, dentro do prazo de validade do concurso público. Dessa forma, se o indivíduo for aprovado fora do número de vagas, este não tem direito subjetivo à nomeação.

Caso durante o prazo de validade do concurso surjam novas vagas, não significará que haverá direito subjetivo à nomeação. Para o STF, mesmo que haja a abertura de um novo concurso para o mesmo cargo, por si só, não gera direito subjetivo à nomeação.

O STF, na **Súmula 15**, estabelece que, dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação. Veja: em um concurso que previa 10 vagas, um indivíduo foi aprovado em 12º lugar, fora, portanto, do número de vagas do edital. O governador nomeou 15 pessoas, mas pulou o 12º, que foi a colocação desse indivíduo. Nessa hipótese, significa dizer que esse indivíduo foi preterido, o que enseja direito subjetivo à nomeação.

Essa preterição fica evidente nos casos de **contratação de servidores temporários**. O administrador, para não realizar concurso, contrata terceirizados para exercer atribuições do cargo em questão. Deve-se avaliar, contudo, os motivos ensejadores da contratação temporária.

Caso reste comprovado que a realização da contratação e/ou a manutenção de contratos temporários tenha como finalidade suprir demanda por profissionais da Administração Pública em definitivo, para preencimento de vagas de provimento efetivo – e não uma demanda temporária -, caracteriza-se a necessidade premente de contratação de pessoal. Neste caso, há preterição daqueles que foram aprovados em concurso público e estão aptos a ocupar o cargo ou função.

No caso de **impugnações de gabaritos ou questões de prova**, o STF estabelece que critérios de correção não configuram controle de legalidade, pois se estaria a adentrar no mérito. Nessa seara, o Poder Judiciário não poderia ingressar no mérito. Diante disso, não poderia o Poder Judiciário fazer o controle de gabaritos oficiais ou contestar critérios de avaliações das provas objetivas.

Essa questão chegou ao STF, em sede de repercussão geral, em abril de 2015, momento em que fixou a tese: "Os critérios adotados por banca examinadora de concurso público não podem ser revistos pelo Poder Judiciário". Veja, o Poder Judiciário não pode entrar no mérito, mas continua podendo fazer o controle de legalidade e o controle de constitucionalidade.

Na mesma decisão em que fixou a tese da repercussão geral, o STF entendeu que é possível o Poder Judiciário realizar o controle de pertinência entre o que foi cobrado e o que estava previsto no edital. Ou seja, é possível analisar se a questão cobrada estaria dentro do edital do concurso. Isso é controle de legalidade, pois o edital é a lei do concurso.

4.5. Funções de confiança

O inciso V do art. 37 disciplina como se dá o preenchimento dos cargos em comissão e as funções de confiança.

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;

Algumas regras poderão ser destacadas:

- as funções de confiança e os cargos em comissão destinam-se exclusivamente a cargos de direção, chefia e assessoramento;
- não precisa de ingresso de serviço público, salvo um percentual mínimo que deve ser preenchido pelos servidores da casa: ou seja, em regra, o cargo em comissão pode ser preenchido por pessoa que não tenha prestado concurso público, porém há um percentual mínimo que deve ser preenchido por servidores públicos de cargos efetivos da entidade;
- as funções de confiança devem ser exercidas exclusivamente por servidores de cargo efetivo, ou seja, não podem ser realizadas por pessoa de fora da Administração.

O STF decidiu a questão sobre o **nepotismo**, que é um ato violador do princípio da moralidade. Para o STF, a Constituição veda o nepotismo, inclusive o nepotismo cruzado. A própria CF/88 veda o nepotismo quando consagra o princípio da moralidade, que é uma norma.

Essa decisão do STF se tornou a **Súmula Vinculante 13**, a qual estabelece que viola a Constituição Federal 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.

Assim, se o sujeito nomeia o primo, que é colateral de 4º grau, pela leitura dessa súmula Vinculante, não há nepotismo.

O STF (**Inf. 815**) já decidiu que não há nepotismo na nomeação de servidor para ocupar o cargo de assessor de controle externo do Tribunal de Contas mesmo que seu tio (parente em linha colateral de 3º grau) já exerça o cargo de assessor-chefe de gabinete de determinado Conselheiro, especialmente pelo fato de que o cargo do referido tio não tem qualquer poder legal de nomeação do sobrinho.

Segundo a Suprema Corte, **a incompatibilidade da prática enunciada na SV 13 com o art. 37 da CF/88 não decorre diretamente da existência de relação de parentesco entre pessoa designada e agente político ou servidor público, mas de presunção de que a escolha para ocupar cargo de direção, chefia ou assessoramento tenha sido direcionado à pessoa com relação de parentesco com quem tenha potencial de interferir no processo de seleção.**

4.6. Contratação por tempo determinado

O art. 37, IX, da CF/88 dispõe que a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público.

O pessoal contratado temporariamente não ocupa cargo público, não estando sujeito ao regime estatutário. Também não faz parte do regime trabalhista. Portanto, esses agentes não são considerados servidores nem empregados públicos, estando vinculados à Administração Pública por um regime funcional de direito público de caráter jurídico- administrativo.

Os agentes temporários possuem as seguintes características:

- exercem função pública;
- contrato de direito público: essa função implica uma relação funcional com o poder público, sendo uma relação jurídico-administrativa. Portanto, o contrato entre o agente temporário e a administração pública é um contrato de direito público, e não de relação trabalhista;
- competência da Justiça Estadual ou Federal, a depender do ente: isso significa que, se houver litígio entre o contratado temporariamente e a administração, não será da competência da Justiça do Trabalho, e sim da Justiça Estadual, caso o ente seja estadual; ou da Justiça Federal, caso seja ente federal;

Regime Geral de Previdência Social: por não haver o vínculo estatutário, entendeu-se que os agentes temporários estão sujeitos ao Regime Geral de Previdência Social.

A contratação pela esfera federal não é feita mediante concurso público, mas por meio de um processo seletivo simplificado. Em determinadas hipóteses, é possível dispensar esse processo seletivo simplificado, como nos casos de calamidades públicas, emergência ambiental ou emergência em saúde pública.

O STF entendeu que são necessários cinco requisitos para que se possa considerar válida a contratação temporária, quais sejam:

- caso excepcional previsto em lei;
- prazo predeterminado da contratação;
- essa contratação deve ter caráter temporário, pois se for perene, deve-se fazer concurso público;

- interesse público excepcional;
- necessidade indispensável, não havendo outra forma de resolver o problema.

Observe que não é possível contratar pessoas em caráter temporário para prestação de serviços ordinários, de caráter permanente do Estado, estando dentro da conjuntura normal da administração.

5. NORMAS CONSTITUCIONAIS SOBRE O REGIME JURÍDICO DOS AGENTES PÚBLICOS

5.1. Agentes públicos

Não há consenso sobre o que são agentes públicos. São todos que possuem algum vínculo com o Poder Público, remunerado ou não. Podem ser classificados por categorias, conforme a seguir.

5.1.1. Agentes políticos

Entre os quais, chefes dos poderes, membros do MP, conselheiros e ministros dos Tribunais de Contas.

5.1.2. Agentes administrativos

O delegado de polícia é um exemplo de agente administrativo. Esses agentes exercem uma atividade pública de natureza profissional e remunerada, estando sujeitos à hierarquia funcional. O regime jurídico é estatutário; ocupantes de cargos públicos, empregos públicos ou de função pública são classificados da seguinte maneira:

a) Servidores públicos

Exercem uma atividade pública de natureza profissional e remunerada, estando sujeitos à hierarquia funcional. O regime jurídico é estatutário. A relação com o poder público é legal, não contratual.

b) Empregado público

Está sujeito ao regime jurídico contratual, sendo um celetista.

c) Agentes temporários

Existem agentes administrativos denominados agentes temporários, contratados para tempo determinado em razão de uma necessidade excepcional de interesse público. Não possuem cargo nem mesmo emprego público, mas exercem função pública. O vínculo com a administração é contratual, considerado um vínculo jurídico-administrativo. O contrato com a Administração é de direito público.

O STF já decidiu que compete à Justiça Comum (estadual ou federal) julgar litígios envolvendo servidores temporários (art. 37, IX, da CF/88) e a Administração Pública. A competência não é da Justiça do Trabalho, ainda que o autor da ação alegue que houve desvirtuamento do vínculo e mesmo que ele formule os seus pedidos baseados na CLT ou na lei do FGTS (**Inf. 807, STF**).

Funcionário público é uma expressão que inexiste na CF/88, mas o direito penal dispõe a respeito de quem seria funcionário público para fins do direito penal.

Há outras definições, tais como:

Cargo público: conjunto de atribuições e responsabilidades, previstos em lei, nas quais o servidor deve ser investido. Esse cargo é criado por lei. O cargo público é típico de pessoas jurídicas de direito público com regime estatutário, podendo ser cargo efetivo ou cargo em comissão;

Empregos públicos: são de caráter permanente, preenchidos pelos contratados, os quais obedecerão a CLT. Há uma relação trabalhista. A pessoa jurídica de direito privado contrata os empregados públicos. Ex.: sociedades de economia mista e empresas públicas;

Funções públicas: podem ser autônomas (contratação temporária) ou de confiança, sendo estas ocupadas por servidores de cargo efetivo. No caso de funções de confiança, não há concurso público, mas quem ocupa faz parte do quadro efetivo (ocupa cargo efetivo).

A redação original do *caput* do art. 39, a CF/88 estabelecia que os entes federados deveriam adotar um regime jurídico único, denominado **RJU**, para contratação das pessoas da administração direta, autarquias e fundações. Com a EC 19/1998, houve a extinção de obrigatoriedade do regime jurídico único.

Em 2000, foi proposta a ADI 2.135 contra a EC 19/1998, com o fundamento de que a Câmara dos Deputados não havia observado a votação em dois turnos, o que geraria a sua inconstitucionalidade formal. Neste sentido, em 2007 o STF suspendeu a eficácia da EC 19/1998.Com isso, a redação original voltou a vigorar, contemplando a ideia do regime jurídico único. A consequência foi que os contratos anteriores firmados pela Administração, entre a emenda e a suspensão da eficácia, continuaram válidos, uma vez que o STF deu efeitos prospectivos à decisão (efeitos *ex nunc*).

Ocorre que, em 6.11.2024, o STF formou maioria no plenário, julgando improcedente a ADI 2.135, restaurando a redação da EC 19/1998. Com a decisão, agora possibilita-se que a Administração Pública, nas esferas federal, estadual e municipal, contrate agentes públicos pelo regime celetista, não havendo mais a obrigatoriedade de um regime jurídico único para os entes da administração direta, autárquica e fundacional, mantendo-se, contudo, a exigência de concurso público.

Frise-se que o STF não se manifestou acerca do mérito da EC 19/1998, mas apenas acerca da constitucionalidade do processo legislativo que a aprovou.

• *Direito de associação sindical dos servidores públicos*

O inciso VI do art. 7º garante o direito de associação sindical. Há um direito à livre associação, podendo se associar ou não. Trata-se de uma norma de eficácia plena, dispensada a regulamentação legal.

A Carta Magna estabelece uma exceção a essa sindicalização, que é a sindicalização militar, a qual é vedada por ela. Ou seja, **militar não pode se sindicalizar.**

• *Direito de greve dos servidores públicos*

Segundo o inciso VII do art. 37, os servidores têm direito de greve. Essa norma é de eficácia limitada, dependendo de lei regulamentadora, mas até o momento a lei não existe.

Há uma omissão inconstitucional na CF/88 nesse sentido. Em função disso, o STF adotou a posição concretista geral, de modo que, **enquanto não há lei de greve dos servidores públicos, aplicar-se-á a Lei n.º 7.783/1989,** sendo a lei do direito de greve dos servidores privados, no que couber.

Aos militares é vedado o direito de greve. O STF **estendeu essa vedação aos policiais civis**, apesar de não existir esta vedação expressa na CF/88. Ainda, o STF decidiu que Constituição Estadual pode prever que é proibido que os servidores estaduais substituam trabalhadores de empresas privadas em greve (Inf. 793).

• *Regras constitucionais pertinentes à remuneração dos agentes públicos*

O art. 37, X, da CF/88 regulamenta o tema, estabelecendo que a remuneração dos servidores públicos somente poderá ser fixada e alterada por lei específica, assegurada a revisão geral anual. Veja os pontos que o dispositivo deixa claro:

- iniciativa privativa;
- lei específica;
- revisão geral anual.

No que toca à lei específica, é possível que uma lei ordinária trate de vários subsídios, mas somente pode tratar desse assunto.

Remuneração é gênero. **Subsídio é espécie remuneratória introduzida pela EC 19/1998**. O art. 39, §4º, estabelece que o subsídio é uma parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação ou outra espécie remuneratória.

Recentemente, o STF decidiu que o art. 39, § 4º, da Constituição Federal **não é incompatível com o pagamento de férias e 13º salário**. Isso porque o regime de subsídio é incompatível apenas com o pagamento de outras parcelas remuneratórias de natureza mensal, o que não é o caso do décimo terceiro e das férias, que são verbas pagas a todos os trabalhadores e servidores, com periodicidade anual.

Dessa forma, o STF julgou constitucional a previsão de férias e 13º salário e, por outro lado, inconstitucional o pagamento da chamada "verba de representação" (Inf. 852).

Vencimentos são parcelas remuneratórias compostas por um vencimento básico, acrescido de vantagens pecuniárias de caráter permanente.

A iniciativa que trata sobre remuneração deve ser privativa. Quem dá início a esses projetos de lei é o Presidente da República, para cargos do Poder Executivo Federal. Sendo do Poder Legislativo Federal, será de competência da própria Casa Legislativa. Em se tratando de serviços do Poder Judiciário, a iniciativa de lei será do STF, ou dos Tribunais Superiores, ou dos Tribunais de Justiça, a depender da esfera.

Os subsídios de Deputado Federal, Senador, Presidente e Vice-Presidente, ministro de Estado não são por iniciativa do Presidente da República, **sendo de competência exclusiva do Congresso Nacional**. Por essa razão, não será por meio de lei; essa determinação é feita por meio de decreto legislativo do CN.

Em relação à **revisão geral anual**, o STF interpretou que se trata de direito consagrado na CF/88, mas isso é definido por lei. Essa lei é de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo de cada ente da Federação. A revisão anual, como é geral, deve alcançar todos os servidores públicos do ente federado, e, mesmo assim, a iniciativa é do Chefe do Poder Executivo.

O art. 37, XI, trata dos tetos das remunerações. A **EC 41/2003** promoveu uma alteração da redação desse inciso**. Este dispositivo dispõe que a remuneração mensal não poderá ultrapassar o subsídio mensal do ministro do STF.**

Nos municípios, o limite é o subsídio do prefeito.

Nos estados e no DF, o limite é o subsídio do governador - isso no âmbito do Poder Executivo. No âmbito do Poder Legislativo, o teto é dos deputados estaduais e distritais.

No âmbito do Poder Judiciário, o limite é dos desembargadores. A CF fixa um teto aos desembargadores de 90,25% do subsídio mensal de ministro do STF.

Esse limite aplicável no âmbito do Poder Judiciário se estende ao MP, aos procuradores e aos defensores públicos.

O STF já decidiu que esse limite leva em conta a remuneração bruta de ministro do STF. No §11, com redação data pela Emenda Constitucional 135/2024, restou definido:

> **§ 11**. Não serão computadas, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do caput deste artigo, as parcelas de caráter indenizatório expressamente previstas em lei ordinária, aprovada pelo Congresso Nacional, de caráter nacional, aplicada a todos os Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos.

O §12 cria uma possibilidade aos estados, os quais podem, por meio de emenda, fixar como limite único o subsídio dos desembargadores. No entanto, esse limite único, ainda que previsto na CE, não se aplicará aos deputados estaduais e aos vereadores, pois os seus subsídios encontram limites expressos na CF.

Caso o sujeito seja **empregado público**, o teto somente se aplica se essas empresas e sociedades de economia mista receberem recursos para custeio em geral e para despesas de pessoal. Do contrário, não haverá de observar o teto.

O **inciso XII** do art. 37 determina que os vencimentos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não podem superar os vencimentos dos chefes do Poder Executivo. Isso significa que cargos da mesma complexidade, mas nas diferentes esferas de poder, não podem ter remuneração superior àquelas fixadas pelo Poder Executivo.

O **inciso XIII** do art. 37 proíbe a equiparação de qualquer espécie remuneratória para fins de remunerar o pessoal do serviço público. Ex.: alguns estados alteravam a CE e estabeleciam que o subsídio do delegado de polícia seria igual ao subsídio do promotor de justiça. Essa lei, conforme a Constituição, é inconstitucional.

Esse mesmo inciso **veda a vinculação da espécie remuneratória para fins de remuneração de pessoal.** No estado de Rondônia, realizou-se uma vinculação ao índice de preços do consumidor (IPC). A variação de IPC atingiria diretamente a espécie remuneratória. No entanto, isso é vedado pela Constituição, sendo dirigida ao Legislador, para que ele não faça essa equiparação. Isso evita os chamados ajustes automáticos ou reajustes em cascata.

O STF trata disso na **Súmula Vinculante 42**, a qual estabelece que é inconstitucional a vinculação do reajuste de vencimentos de servidores estaduais ou municipais a índices federais de correção monetária.

O **inciso XIV** dispõe que os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores. Por exemplo, suponha que um servidor ganhou um acréscimo; caso ele receba outro acréscimo, não poderá o valor já acrescido ser utilizado como base de cálculo para esse novo acréscimo. Todos os acréscimos devem incidir sobre o vencimento básico.

6. IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS E SUBSÍDIOS

A CF/88 consagra isso no **inciso XV** do art. 37. O subsídio e os vencimentos são irredutíveis. Para o STF, essa irredutibilidade é nominal.

No caso de benefícios previdenciários (pensão por morte e aposentadoria, por exemplo), não haverá redução do valor real (art. 201, § 4º). Já no caso de outros benefícios da seguridade social (como o benefício assistencial), a CF/88 garante a preservação do valor nominal.

A irredutibilidade não impede criação ou majoração de tributos sobre o vencimento. Ou seja, nada impede que a alíquota suba. O STF decidiu que a irredutibilidade do subsídio tem como ressalva o teto constitucional do STF. Ou seja, não há irredutibilidade perante o teto.

a) Vedação à acumulação de cargos, empregos e funções públicos

Os **incisos XVI e XVII** do art. 37 tratam dessa vedação à acumulação.

O **inciso XVI** diz que é **vedada a acumulação de cargos**, salvo quando houver compatibilidade de horários, podendo-se acumular: 2 cargos de professor; 1 de professor e 1 de técnico científico; 2 cargos de profissionais de saúde.

A acumulação de cargos públicos de profissionais da área de saúde, prevista no art. 37, XVI, da CF/88, não se sujeita ao limite de 60 horas semanais, previsto em norma infraconstitucional, pois inexiste tal requisito na Constituição Federal:

> **Tema 108** - Possibilidade de acumulação remunerada de cargos públicos, na forma do art. 37, inciso XVI, da Constituição Federal, quando há compatibilidade de horários.

O **inciso XVII** diz que essa proibição abrange tanto a administração direta como a indireta. Há, ainda, a possibilidade de acumulação para os vereadores, desde que haja compatibilidade de horários. Os membros do MP e os membros do Poder Judiciário também podem exercer o magistério.

A CF/88, ainda, permite que a acumulação se dê por profissionais de saúde das Forças Armadas. Do mesmo modo, em relação aos profissionais da saúde, o STF entende que a CF prevê a possibilidade da acumulação de cargos privativos de profissionais da saúde, em que se incluem os assistentes sociais.

Observe-se, contudo, que, segundo o STF, a acumulação de dois cargos de médico **não comporta interpretação ampliativa** para abrigar os médicos veterinários que também atuem como peritos criminais.

Essa proibição de acumulação se estende para a inatividade. Isto é, a proibição de acumulação se estende aos proventos de aposentadoria pelos dois cargos que não poderiam ser acumulados, sendo que é vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria, ressalvados os cargos acumuláveis, cargos eletivos, cargos em comissão e os declarados em lei de livre nomeação e exoneração. Nesse caso, é possível a percepção simultânea de aposentadoria.

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo afirmam que, ainda que seja possível, qualquer acumulação está submetida ao teto constitucional. Ocorre que, em 2012, o STJ decidiu que nos cargos acumuláveis serão considerados os seus limites isoladamente para cada uma das remunerações, o teto constitucional.

Segundo o STJ, o cargo de tradutor e intérprete de língua brasileira de sinais **pode ser acumulado** com outro de professor, pois, ainda que o cargo não exija curso superior, é de cunho técnico.

7. DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS RELATIVAS AOS SERVIDORES EM EXERCÍCIO DO MANDATO ELETIVO

O art. 38 da CF/88 estabelece que o servidor que for eleito para qualquer cargo **deve ser afastado** do seu cargo, função ou emprego público. A remuneração será a do cargo eletivo.

O prefeito pode escolher a remuneração de prefeito ou do cargo, função ou emprego público. Essa disposição se estende aos vice-prefeitos.

Em relação aos vereadores, a CF/88 dispõe que, se tiver compatibilidade de horários, poderão acumular o exercício da vereança com o cargo, função ou emprego público. Nesse caso, receberá as duas remunerações. Não havendo compatibilidade de horários, deverá optar pela remuneração de vereador ou pela remuneração cargo, função ou emprego público afastado.

O art. 38 estabelece que o tempo do mandato eletivo conta para todos os efeitos legais do cargo, função ou do emprego público antes ocupado, salvo para fins de promoção por merecimento.

8. ESTABILIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO

O Texto Maior trata da estabilidade do servidor público, **sendo somente aplicada aos estatutários**. Prevalece que não há estabilidade para empregados públicos e para aqueles ocupantes de cargo em comissão.

São requisitos para estabilidade:

- aprovação em concurso público;
- nomeação para o cargo;
- 3 anos de efetivo exercício no cargo; desde que seja aprovado através de avaliação especial de desempenho.

O servidor público pode perder o cargo nos seguintes casos:

- sentença transitada em julgado;
- processo administrativo disciplinar;
- procedimento de avaliação periódica de desempenho.

No caso da avaliação periódica, esta é fruto da denominada administração gerencial.

É possível que o servidor perca o cargo por excesso de despesa com pessoal, conforme o art. 169 da CF/88. Esse dispositivo dispõe que a despesa de pessoal ativo e inativo deve observar os limites estabelecidos em lei. Nesse caso, se não cumprir o limite legal, o §3º do art. 169 estabelece as seguintes providências, nesta ordem: reduz em pelo menos em 20% as despesas com cargos em comissão e funções de confiança; exoneração dos servidores não estáveis; exoneração dos servidores estáveis.

Se o servidor estável perder o cargo, terá direito a uma indenização de um mês de remuneração ou vencimento por ano de serviço. O cargo que tenha sido objeto de redução deve ser extinto, sendo vedada a criação do mesmo cargo com as mesmas atribuições pelo prazo de quatro anos.

Os limites de gastos são regulados pela LC 101, em que no seu art. 19 diz que a despesa total de pessoal não pode ultrapassar os seguintes limites: 50% em relação à União; 60% em relação aos estados e municípios.

O STF estabeleceu que o salário-mínimo é referente à remuneração, e não ao vencimento básico. Portanto, não é necessário que o vencimento básico corresponda ao salário mínimo, bastando que a remuneração integral seja observada.

9. REGIME DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Somente servidores públicos de caráter efetivo fazem jus ao regime próprio de previdência social. **O §13 do art. 40 dispõe que, ao servidor ocupante de cargo em comissão, bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social.** Ainda, o regime geral se aplica subsidiariamente aos servidores públicos submetidos ao regime próprio.

A EC 41/2003 trouxe algumas características do regime de previdência dos servidores de cargo efetivo:

- **regime de caráter contributivo e solidário:** não será analisado o tempo de serviço, e sim a sua contribuição. O caráter contributivo dá-se pelo fato de que todos contribuem para a aposentadoria de todos. O legislador não pode estabelecer qualquer tipo de contagem fictício, devendo ser contagem real. A CF estabelece que quem contribui é o ente público, servidores ativos, inativos e pensionistas;
- **é vedada a existência de mais de um regime próprio de previdência, salvo no caso dos militares;**

Para a concessão de benefícios em regime próprio de previdência social, é vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados, ressalvadas algumas situações específicas, delineadas nos §§4°-A, 4°-B, 4°-C e 5° do art. 40 da CF/88, abaixo transcritos:

> **Art. 40, CF/88.**
> **§ 4º-A.** Poderão ser estabelecidos por lei complementar do respectivo ente federativo idade e tempo de contribuição diferenciados para aposentadoria de servidores com deficiência, previamente submetidos a avaliação biopsicossocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar.
> **§ 4º-B.** Poderão ser estabelecidos por lei complementar do respectivo ente federativo idade e tempo de contribuição diferenciados para aposentadoria de ocupantes do cargo de agente penitenciário, de agente socioeducativo ou de policial dos órgãos de que tratam o inciso IV do caput do art. 51, o inciso XIII do caput do art. 52 e os incisos I a IV do caput do art. 144.
> **§ 4º-C**. Poderão ser estabelecidos por lei complementar do respectivo ente federativo idade e tempo de contribuição diferenciados para aposentadoria de 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.
> **§ 5º** Os ocupantes do cargo de professor terão idade mínima reduzida em 5 (cinco) anos em relação às idades decorrentes da aplicação do disposto no inciso III do § 1º, desde que comprovem 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.

A EC 41/2003 também versa sobre o fim das aposentadorias com proventos integrais. e a EC 103/2019 passou a prever, no §3° do art. 40, que as regras para cálculo de proventos de aposentadoria serão disciplinadas em lei do respectivo ente federativo.

Os proventos são reajustados com base em índices previstos em lei, devendo ter um caráter permanente e mantido o seu valor real: a CF deixa claro que não há nenhuma relação entre o reajuste sofrido

e a remuneração do servidor na ativa do mesmo cargo. Além disso, a **EC 41 suprimiu a paridade entre a remuneração do servidor ativo e o servidor inativo.**

Em relação ao benefício da pensão por morte, o §7° do art. 40 da CF/88 estabelece que, observado o disposto no §2° do art. 201, quando se tratar da única fonte de renda auferida pelo dependente, será concedido nos termos de lei do respectivo ente federativo, a qual tratará de forma diferenciada a hipótese de morte dos servidores de que trata o §4°-B decorrente de agressão sofrida no exercício ou em razão da função.

O §14 do art. 40 prevê que os entes políticos 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. Tal regime de previdência complementar oferecerá plano de benefícios somente na modalidade de contribuição definidade e deve observar o disposto no art. 202 da CF/88, devendo ser efetivada por intermédio de entidade fechada de previdência complementar ou de entidade aberta de previdência complementar.

Deve-se observar, contudo, o quanto estabelecido no §16°, que prevê que, para os servidores que tiverem ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar, a aplicação do quanto exposto acima somente poderá ser feita mediante a sua prévia e expressa opção.

O §19 do art. 40 criou o **abono de permanência** – para a situação em que o sujeito já pode se aposentar, mas continua a trabalhar. O servidor receberá como abono de permanência o valor máximo correspondente àquilo que iria pagar de contribuição social. Essa quantia somente será recebida se estiver em atividade. O abono de permanência equivale a dispensar o servidor de contribuir.

São hipóteses de aposentadoria pelo regime próprio de previdência social:

- **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;
- **compulsoriament**e: 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. Essa alteração veio com a EC 88/15 e, mais tarde, com a Lei Complementar n.° 152/2015, estabelecendo que a aposentadoria compulsória ocorre aos 75 para os servidores titulares de cargo efetivo, tendo caráter nacional. Não foram feitas alterações pela EC 103/2019;
- **voluntariamente:** 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. Os demais entes deverão observar as Constituições Estaduais e Leis Orgânicas, respectivas, sendo necessário, ainda, Lei Complementar para firmar o tempo de contribuição e requisitos.

Em relação às alterações promovidas pela EC 103/2019 aos filiados do RPPS, apresentam-se os seguintes esclarecimentos:

- **para quem ingressou no RPPS após a publicação da EC** (após 13/11/2019), no que se refere à aposentadoria por idade, tem-se **a idade mínima de 65 anos para homem e 62 anos para mulher**, com **tempo de contribuição mínimo de 25 anos**, independentemente do sexo.

Desses 25 anos de tempo de contribuição, **10 anos devem ser de efetivo exercício no serviço público e 5 anos no cargo em que se der a aposentadoria;**

- **para quem ingressou no RPPS antes da Emenda Constitucional**, o **servidor que já tenha implementado os requisitos** para obter qualquer espécie de aposentadoria antes da sua entrada em vigor, tem **direito adquirido**, podendo pedir o benefício a qualquer tempo, garantindo-se o cálculo e o reajuste com base na legislação vigente à época em que foram cumpridos os requisitos. A EC previu, por outro lado, **regras de transição** para quem ainda não tenha implementado os requisitos quando da publicação da EC 103/2019. Explica-se: garante aposentadoria aos **30 anos de contribuição (mulher) e 35 (homem), sendo 20 de efetivo exercício no serviço público e 5 anos no cargo em que se der aposentadoria, desde que cumpra com idade mínima de 56 e 61 anos, respectivamente**, além de **somatório de idade e do tempo de contribuição equivalente a 86 pontos (mulher) e 96 (homem).** A idade mínima aumentou a partir de 1º de janeiro de 2022 para 57 (mulher) e 62 (homem), assim como a pontuação foi acrescida em 1 ponto a partir de 1º de janeiro de 2020 até atingir 100 (mulher) e 105 (homem).

Importante destacar que a EC 103/2019 traz **duas regras de transição para o servidor público federal**, **e o aposentado receberá o valor limitado ao teto do INSS (RGPS**). Caso deseje superar este valor, deverá o servidor contribuir para o regime de previdência complementar.

Abaixo, destacam-se as regras de transição para os servidores públicos federais por sistema de pontos e idade mínima:

REGRAS DE TRANSIÇÃO DE APOSENTADORIA PARA OS SERVIDORES DA UNIÃO

RPPS da União – Servidores Federais Transição por sistema de pontos e idade mínima

Servidores federais também poderão se aposentar pelo sistema de pontos, que exigirá 86 pontos para mulheres e 96 pontos para homens (em 2019), desde que cumpram também o requisito de idade mínima, que começa em 56 anos para as mulheres e em 61 anos para os homens, em 2019 – passando para 57 e 62 anos, respectivamente, em 2022. A cada ano será exigido mais um ponto, chegando a 105 para os homens, em 2028; e a 100 para as mulheres, em 2033.

O tempo de contribuição mínimo será de 30 anos, para as servidoras, e de 35 anos para os servidores. Todos deverão ter, pelo menos, 20 anos de serviço público e 5 anos no cargo em que se dará a aposentadoria.

Poderão se aposentar com o valor integral do último salário na ativa as mulheres que tiverem completado 62 anos e os homens a partir dos 65 anos, desde que tenham ingressado na carreira até 31 de dezembro de 2003. Para quem tiver ingressado a partir de 2004, o cálculo seguirá a regra geral da Nova Previdência: 60% da média de todas as contribuições mais dois pontos percentuais a cada ano de contribuição que exceder 20 anos (tanto homens, quanto mulheres).

Professores da educação básica terão redução de cinco anos na idade e no tempo de contribuição, e a pontuação partirá de 81 pontos para a professora e de 91 para o professor, aumentando um ponto até atingir 92 para mulheres e 100 para homens. Para isso, esses professores deverão comprovar, exclusivamente, tempo de efetivo exercício das funções de magistério, até atingir 92 ou nos ensinos fundamental e médio.

Transição com idade mínima e pedágio de 100%

Essa regra estabelece uma idade mínima e um pedágio de 100% do tempo que faltar para atingir o tempo mínimo de contribuição (30 anos para elas e 35 anos para eles). Para servidoras, a idade mínima será de 57 anos e para os servidores, de 60 anos. Também será necessário comprovar 20 anos no serviço público e 5 anos no cargo em que se dará a aposentadoria. O benefício será equivalente à última remuneração, para quem tiver ingressado na carreira até 31 de dezembro de 2003, ou a 100% da média de todos os salários desde julho de 1994, para os que ingressaram a partir de 2004.

Professores da educação básica que comprovarem, exclusivamente, exercício da função de magistério na educação infantil ou no ensino fundamental e médio terão redução de cinco anos na idade e no tempo de contribuição.[53]

10. OBRIGATORIEDADE DE LICITAR

O art. 37, inciso XXI, dispõe que, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, os serviços, as compras e as alienações são contratados mediante processo de licitação, que deve assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes. Portanto, a regra é a licitação.

A competência para legislar sobre normas gerais de licitação é privativa da União. O principal instrumento é a Lei n.º 14.133/2021. Chama-se atenção para a Lei n.º 12.462/2011, que traz o Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

O regime diferenciado de contratações trouxe a facilitação da licitação para:

- os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 ;
- a Copa das Confederações de 2013;
- a Copa do Mundo de 2014;
- as obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos estados da Federação distantes até 350 quilomêtros das cidades sedes dos mundiais;
- o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC);
- as obras e os serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS);
- as obras e os serviços de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo;
- as ações no âmbito da segurança pública;
- as obras e os serviços de engenharia para mobilidade urbana ou infraestrutura logística;
- as ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação;
- os contratos de locação de bens móveis e imóveis, nos quais o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial, com ou sem aparelhamento de bens, por si mesmo ou por terceiros, do bem especificado pela Administração.

É importante ressaltar que o §1º do art. 173 da CF/88 prevê que deve ser editado um estatuto jurídico próprio das sociedades de economia mista e empresas públicas que explorem atividade econômica, de modo que esse estatuto deverá disponibilizar as regras de licitação, as quais deverão ser mais céleres.

A Lei n.º 13.303/2016 trouxe essa regulamentação.

[53] Fonte: https://www.inss.gov.br/confira-as-principais-mudancas-da-nova-previdencia/

11. RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O **§6º do art. 37** trata da responsabilidade civil da Administração e das pessoas que atuam na condição de administração pública que causarem danos a terceiros.

Esse dispositivo estabelece 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.**

A CF/88 consagra a **responsabilidade civil objetiva** da administração, em razão da teoria do risco administrativo. **Essa teoria estabelece que, havendo conduta, nexo causal e resultado, há obrigação de indenizar**, salvo se presentes as excludentes: culpa exclusiva da vítima, força maior e caso fortuito. Havendo culpa recíproca, a obrigação para Estado indenizar será atenuada proporcionalmente.

O STF entende que inclusive as prestadoras de serviços públicos estão sujeitas à responsabilidade civil objetiva, e não apenas em relação ao usuário, mas também em relação a terceiros não usuários. Isso tudo é em relação à ação da Administração.

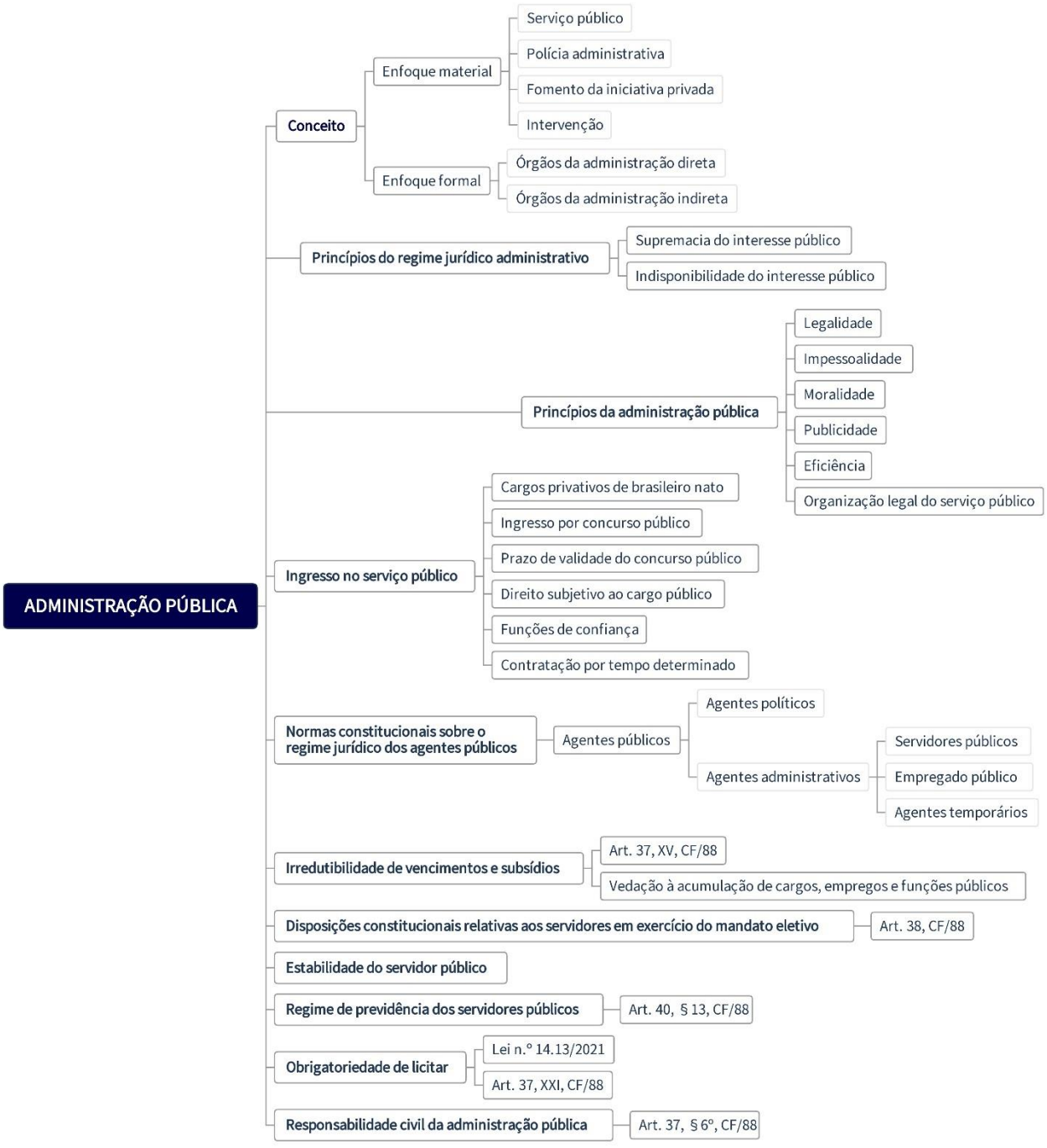
No caso de omissão da Administração Pública, ou seja, em se tratando de um não fazer estatal, a responsabilidade do Poder Público é subjetiva, razão pela qual deve ser demonstrada a culpa da Administração (culpa administrativa), não sendo necessário demonstrar qual agente público ocasionou, sendo, contudo, necessário demonstrar a falha do Estado.

No entanto, se a pessoa ou a coisa estiverem sob a custódia do Estado, e a administração se omite, o STF entende que se trata de responsabilidade objetiva, ainda que o dano tenha se dado por mera omissão estatal. Ex.: presidiário assassinado no presídio; aluno agredido por outro aluno dentro da sala de aula.

ATENÇÃO

Ainda no tema da Administração Pública, cabe ressaltar que a **EC n.º 109/2021** inseriu o § 16 ao art. 37, passando a prever 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.

Essa inserção vai ao encontro no modelo gerencial de administração pública, pautado, sobretudo, na ideia de transparência e eficiência.


ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
Conceito
Enfoque material
Serviço público
Polícia administrativa
Fomento da iniciativa privada
Intervenção
Enfoque formal
Órgãos da administração direta
Órgãos da administração indireta
Princípios do regime jurídico administrativo
Supremacia do interesse público
Indisponibilidade do interesse público
Princípios da administração pública
Legalidade
Impessoalidade
Moralidade
Publicidade
Eficiência
Organização legal do serviço público
Ingresso no serviço público
Cargos privativos de brasileiro nato
Ingresso por concurso público
Prazo de validade do concurso público
Direito subjetivo ao cargo público
Funções de confiança
Contratação por tempo determinado
Normas constitucionais sobre o regime jurídico dos agentes públicos
Agentes públicos
Agentes políticos
Agentes administrativos
Servidores públicos
Empregado público
Agentes temporários
Irredutibilidade de vencimentos e subsídios
Art. 37, XV, CF/88
Vedação à acumulação de cargos, empregos e funções públicos
Disposições constitucionais relativas aos servidores em exercício do mandato eletivo
Art. 38, CF/88
Estabilidade do servidor público
Regime de previdência dos servidores públicos
Art. 40, § 13, CF/88
Obrigatoriedade de licitar
Lei n.º 14.13/2021
Art. 37, XXI, CF/88
Responsabilidade civil da administração pública
Art. 37, § 6º, CF/88

16 PODER LEGISLATIVO

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Poder Legislativo terá sempre as funções típicas e as funções atípicas. A **função típica do Legislativo é legislar e fiscalizar.** Em relação à função típica de legislar, por exemplo, o art. 49, nos seus **incisos IX e XX**, trata de matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional (envolvem prestação de contas), enquanto o art. 58, §3º, exemplifica a função típica fiscalizatória com as Comissões Parlamentares de Inquérito.

> **Art. 49, CF/88** - É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...]
> **IX**- julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo;
> **X-** fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;
> **Art. 58, CF/88 -** O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.
> [...]
> **§ 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.

As **funções atípicas** são funções não tradicionais que o Legislativo irá exercer por determinação constitucional. O Poder Legislativo exercerá funções administrativas (típica do Poder Executivo) e judiciais (típica do Poder Judiciário) por dicção constitucional.

As funções atípicas administrativas do Poder Legislativo podem ser exemplificadas **pelos arts. 51, IV, e 52, XIII, da CF/88.**

> **Art. 51, CF/ 88** - Compete privativamente à Câmara dos Deputados: [...]
> IV – 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;
>
> **Art. 52, CF/88 -** Compete privativamente ao Senado Federal: [...]
> **XIII** - 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;

Em relação à função atípica de r julgar, exemplo é o art. 52, I e II, CF. Os senadores, nessa hipótese, estarão a atuar como verdadeiros juízes, julgando as autoridades previstas nos incisos I e II pela eventual prática de crime de responsabilidade.

> **Art. 52, CF/88** - Compete privativamente ao Senado Federal:
> **I –** 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 nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;
> **II –** 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;

2. COMPOSIÇÃO

No sistema federativo brasileiro, o **Poder Legislativo é bicameral, constituindo-se de duas Casas: a Câmara dos Deputados e o Senado, que compõem o Congresso Nacional**.

A ideia do bicameralismo é ligada à existência da forma federativa de Estado. Segundo a Teoria Federalista, todos os entes devem participar da vontade nacional. Por isso, o município é anômalo, visto que ele não participa.

O estado participa através do **Senado Federal, o qual é responsável pela representação dos Estados**. Dessa forma, cada estado possui o número de três senadores, independente do tamanho populacional. É devido a isso que o Acre possui três senadores e São Paulo também. Portanto, há uma representação paritária do estado-membro no Congresso.

A Câmara dos Deputados é a representação do povo, razão pela qual a quantidade de deputados eleitos por estado deve ser proporcional à população deste. Diante disso, há uma representação proporcional aos habitantes.

No âmbito estadual, o Poder Legislativo é unicameral, sendo a **Assembleia Legislativa** o órgão responsável. **Da mesma forma no âmbito municipal: o Poder Legislativo é unicameral e atua por meio das Câmaras Municipais.**

2.1. Congresso Nacional

O CN se manifesta por meio de suas duas Casas Legislativas, de maneira separada.

a) Sessões conjuntas

Há situações em que a CF/88 exige o trabalho simultâneo e conjunto do Congresso, recebendo o nome de **sessões conjuntas**. Na sessão conjunta as Casas atuam ao mesmo tempo, mas o sistema é bicameral, ou seja, **a contagem de votos é feita de forma separada.**

Por exemplo, a Constituição exige sessão conjunta para conhecer o veto, sendo necessária a maioria absoluta. Ou seja, se há 513 deputados federais e 81 senadores federais, significa que há 594 parlamentares. Por isso, se 513 deputados federais votam pela derrubada do veto, ou seja, sua totalidade, mas 40 senadores votam pela manutenção do veto, o veto é mantido, pois **é preciso haver maioria absoluta em cada uma das Casas, contadas em separado.**

O art. 57, 3º, estabelece 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.

b) Sessões preparatórias

O art. 57, §4º da CF/88 afirma:

> **Art. 57, §4º, CF/88 - § 4º** 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 STF definiu que a vedação à recondução refere-se à mesma legislatura, podendo haver a recondução dos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente caso se trate de nova legislatura.

Frise-se, inclusive, que o Regimento Interno da Câmara, no §1º do art. 5º, estabelece: "Não se considera recondução a eleição para o mesmo cargo em legislaturas diferentes, ainda que sucessivas".

A vedação da recondução para a mesma legislatura, contudo, não se aplica aos Estados, conforme já decidido pelo STF. Segundo a Suprema Corte: não há norma na Constituição Federal que imponha esse mesmo regime aos Legislativos estaduais; a regra da vedação não é essencial à Federação, não consistindo em ameaça à unidade entre os entes federados; deve-se observar o poder de auto-organização dos entes federados.

Registre-se, contudo, que tal poder de auto-organização não é ilimitado, sob pena de ofensa aos princípios republicano e democrático, que exigem alternância de poder e a temporariedade desse tipo de mandado, o que motivou o STF a afirmar que tal recondução é limitada a uma única vez.

ATENÇÃO

Constituições estaduais podem prever a reeleição de membros das mesas diretoras das assembleias legislativas para mandatos consecutivos (independente de os mandatos consecutivos referirem-se à mesma legislatura), mas essa recondução é limitada a uma única vez.

O art. 57, §4º da CF/88 não é norma de reprodução obrigatória por parte dos Estados-membros.

O STF considerou que é inconstitucional a reeleição em número ilimitado, para mandatos consecutivos, dos membros das Mesas Diretoras das Assembleias Legislativas Estaduais para os mesmos cargos que ocupam, sendo-lhes permitida uma única recondução (STF. Plenário. AI 6720/AL, ADI 6721/RJ e ADI 6722/RO, Rel. Min. Roberto Barroso, julgados em 24/6/2021).

Ademais, conforme decidido também pelo STF (Info. 1030), **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.**

c) Sessões unicamerais

Além da sessão conjunta, a CF/88 prevê a hipótese de sessão unicameral, a qual já foi exaurida, pelo processo de revisão constitucional.

Na sessão unicameral, há uma Câmara só. Ou seja, **há uma sessão única com senadores e deputados, mas só há uma Casa legislativa a ser considerada**. Portanto, se há 594 senadores e deputados, será considerada a maioria absoluta sobre esse número.

2.2. Câmara dos Deputados

A Câmara dos Deputados é composta pelos **representantes do povo, por meio do sistema proporcional, sendo o mandato de quatro anos, admitidas sucessivas eleições**. A CF/88 atribuiu à lei complementar a competência para fixar o número de deputados, não podendo delegar ao TSE, pois isso violaria a Constituição.

A Carta Magna estabelece o mínimo de 8 e o máximo de 70 deputados federais por estado, sendo que esses números são estabelecidos conforme a lei complementar federal.

O **número de deputados estaduais** corresponderá ao triplo da representação do estado na Câmara dos Deputados. Atingido o número de 36 deputados federais, será acrescido tantos quantos forem os deputados federais acima de doze. Por exemplo, um estado tem 29 deputados federais. O número de deputados estaduais será de igual aos 12 primeiros deputados federais multiplicados pelo triplo, totalizando-se 36. Os outros 17 deputados federais serão somados, atingindo o montante de 53 deputados estaduais.

Com relação aos **territórios federais**, esse número é fixo, devendo ser quatro deputados federais.

Segundo o STF, se o parlamentar foi eleito por uma coligação, deve-se considerar o segundo mais bem votado da coligação, caso o deputado saia do cargo. No caso de coligação, a vaga pertence a ela, e não ao partido.

2.3. Senado Federal

O Senado Federal é composto pelos representantes dos estados e do DF. O número é fixo de três senadores, os quais possuem mandatos de oito anos, renovados a cada quatro anos.

Os senadores são eleitos pelo sistema majoritário simples, o que significa dizer que vencerá o mais bem votado, que se dará em um único turno. Ademais, segundo o STF, não se aplica aos senadores a perda do mandato por infidelidade partidária, eis que o sistema é o majoritário. Do contrário, haveria violação à soberania popular.

3. ÓRGÃOS

3.1. Mesas diretoras

São órgãos de diretorias da Casa Legislativa, tendo a **função de exercer as funções administrativas e conduzir os trabalhos legislativos**. Há Mesa Diretora na Câmara dos Deputados, Senado Federal e Congresso Nacional. As Mesas Diretoras são presididas pelos seus respectivos presidentes da Câmara e do Senado.

A Mesa do CN é presidida pelo presidente do Senado. Os demais cargos são exercidos alternadamente pelos ocupantes equivalentes na Câmara e no Senado. O 1º vice-presidente do CN é o 1º vice da Câmara. O 2º vice-presidente do CN é o 2º vice do Senado.

Os membros da Mesa cumprem mandato de 2 anos, vedada a recondução para o mesmo cargo na mesma legislatura (4 anos). Por exemplo, o presidente da Câmara não poderá o ser na próxima eleição, mas poderá ser candidato à vice-presidência. O STF, inclusive, em 14/12/2020, definiu não ser possível a

recondução dos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente, dentro da mesma legislatura (STF. Plenário. ADI 6524, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 14/12/2020. Info 1003, STF).

Por outro lado, é possível a reeleição dos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal em caso de nova legislatura.

Frise-se que o art. 1.057, §4º, da CF/88, não é norma de reprodução obrigatória por parte dos Estados-membros, assim as constituições estaduais podem prever a reeleição de membros das mesas diretoras das assembleias legislativas para mandatos consecutivos, porém essa recondução é limitada a uma única vez.

> **Informativo 1031[54], STF** - É inconstitucional a reeleição em número ilimitado, para mandatos consecutivos, dos membros das Mesas Diretoras das Assembleias Legislativas Estaduais para os mesmos cargos que ocupam, sendo-lhes permitida uma única recondução (STF. Plenário. ADI 6720/AL, ADI 6721/RJ e ADI 6722/RO, Rel. Min. Roberto Barroso, julgados em 24/9/2021. Informativo 1031, STF).

3.2. Comissões

As comissões são órgãos instituídos com a finalidade de **facilitar** o trabalho do Plenário. Elas estudam e examinam proposições legislativas, bem como emitem pareceres.

O **art. 58, §2º**, estabelece as atribuições das comissões parlamentares:

- discutir e votar projeto de lei que dispensar a competência do Plenário, salvo se houver recurso de 1/10 dos membros da Casa: é possível que a comissão vote e aprove um projeto de lei que não exija que o Plenário delibere a respeito. Por isso, a comissão deve ter representação proporcional dos partidos políticos;
- realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil;
- convocar ministros de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes a suas atribuições;
- receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas;
- solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão;
- apreciar programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento e sobre eles emitir parecer.

As comissões podem ter caráter permanente ou caráter temporário. Um exemplo de **comissão permanente é a Comissão de Constituição e Justiça.**

Segundo o STF, é **inconstitucional** preceito da Constituição do Estado que submete o relatório de impacto ambiental (RIMA) ao crivo de comissão permanente e específica da Assembleia Legislativa. A concessão de autorização para desenvolvimento de atividade potencialmente danosa ao meio ambiente consubstancia ato do poder de polícia (ato da administração pública), de atribuição do Poder Executivo.

Disponível em:

[54] https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1031.pdf

As comissões temporárias são criadas para apreciar determinado assunto, extinguindo- se com o término da legislatura, alcançando a finalidade a que se destinavam ou expirado o prazo para existência destas. As comissões representativas são exemplos de caráter temporário, assim como a CPI e a comissão mista representativa do CN.

A sessão legislativa (anual) é dividida em dois períodos:

- do dia 02/02 ao dia 17/07;
- do dia 01/08 ao dia 22/12.

No período de recesso, que fica entre esses períodos, há a comissão mista representativa do CN. A ideia é representar o Congresso para garantir as suas prerrogativas. Essa comissão guardará proporcionalidade à sua representação. Ela será eleita por suas Casas na última sessão ordinária do período legislativo, com atribuições definidas no regimento comum.

Lembrando que **sessão ordinária** é o lapso temporal diário e corresponde ao dia no Poder Legislativo em que ocorrem as **discussões** e **principais deliberações**. Enquanto **sessões extraordinárias** são aquelas que ocorrem em dia ou hora diferentes das sessões ordinárias dentro do período legislativo.

Na Câmara dos Deputados, há o **pequeno expediente** (60 minutos), o **grande expediente** (50 minutos) e **ordem do dia** (3 horas). No Senado, há o **período do expediente** (120 minutos) e **ordem do dia** (150 minutos).

Para instaurar a ordem do dia, é necessária a presença do quórum mínimo, de maioria absoluta. Para instaurar a ordem do dia na Câmara, é necessária a presença de 257 dos 513 deputados, ou ao menos o seu nome no painel. No Senado, para instaurar a ordem do dia, é necessária a presença de 41 senadores (maioria absoluta), ainda que seja para aprovar projeto de lei de maioria simples.

a) Comissão Mista

Composta por deputados e senadores.

b) Comissão Representativa

É a comissão que representa o Congresso Nacional no período de recesso, composta, exclusivamente, por deputados e senadores.

> **Art. 58, CF/88** - O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.
> [...]
> **§ 4º** Durante o recesso, haverá uma Comissão representativa do Congresso Nacional, eleita por suas Casas na última sessão ordinária do período legislativo, com atribuições definidas no regimento comum, cuja composição reproduzirá, quanto possível, a proporcionalidade da representação partidária.

c) Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI)

As CPIs são comissões temporárias, tendo a finalidade de investigar um fato determinado, o qual deve ser de interesse público.

O quórum para instaurar uma CPI é de 1/3 de deputados (171 deputados), 1/3 de senadores (27 senadores) ou 1/3 dos membros do Congresso Nacional (198 membros, pelo menos). A CPI pode ser composta apenas por deputados, apenas por senadores ou pode ser mista, com membros das duas casas.

O STF entende que CPI consiste em direito público subjetivo das minorias (1/3 é minoria), ou seja, a maioria não pode impedir nem prejudicar a instauração ou a tramitação de CPI já instaurada. O remédio constitucional, caso ocorra o impedimento de instauração de uma CPI, é o **mandado de segurança**.

QUESTÃO DE CONCURSO

(Juiz TJ/SC 2019 CEBRASPE). É constitucional a criação de CPI por assembleia legislativa de estado federado ficar condicionada à aprovação de seu requerimento no plenário do referido órgão.

Gabarito: Incorreto.

Resolução: a questão está ERRADA, uma vez que não há razão para submissão do requerimento de constituição de CPI a qualquer órgão da assembleia legislativa. Os requisitos indispensáveis à criação das CPIs estão dispostos, estritamente, no **art. 58 da CF**, conforme o próprio STF.

O STF, inclusive, **reiterou esse entendimento em julgamento de 14/4/2021 (Informativo 1013), afirmando que:**

> **Informativo 1013[55], STF** - A instalação de uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) não se submete a um juízo discricionário seja do presidente da casa legislativa, seja do plenário da própria casa legislativa. Não pode o órgão diretivo ou a maioria parlamentar se opor a tal requerimento por questões de conveniência ou de oportunidade políticas. Dessa forma, atendidas as exigências constitucionais, impõe-se a criação da CPI.

A instalação não pode ser obstada pela vontade da maioria parlamentar ou dos órgãos diretivos das casas legislativas. Portanto, a instauração da CPI depende unicamente do preenchimento dos requisitos previstos no **art. 58, §3º, da CF/88**, a saber:

- o requerimento de um terço dos membros das casas legislativas;
- a indicação de fato determinado a ser apurado;
- a definição de prazo certo para sua duração.

A criação da CPI configura, assim, prerrogativa político-jurídica das minorias parlamentares, a quem a Constituição assegura os instrumentos necessários ao exercício do direito de oposição e à fiscalização dos poderes constituídos, como decorrência da cláusula do Estado Democrático de Direito.

Segundo o STF, além da função contramajoritária fiscalizatória do Poder Executivo, **incumbe às CPIs instrumentalizar a atividade legiferante do Parlamento, a avaliação da conveniência de alocação de recursos e de financiamento de políticas públicas etc**. Nesse cenário, é natural que se confira às CPIs ampla autonomia para o exercício do relevante múnus.

O art. 58, §3º, estabelece que as comissões parlamentares de inquérito terão **poderes de investigação próprios das autoridades judiciais** (não podem atuar em casos de cláusula de reserva de

Disponível em:

[55] https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1013.pdf

jurisdição); além disso, serão criadas, conforme já afirmado, mediante requerimento de 1/3 dos seus membros da Casa respectiva, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para promover a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

Todas as decisões da CPI devem se dar por maioria dos membros da CPI, em razão do princípio da colegialidade. A comissão deve investigar um **fato determinado**, isso significa que não pode ter por objeto algo genérico e inespecífico, sob pena de inconstitucionalidade. Contudo, isso não impede a apuração de outros fatos conexos a ele, ou ainda, não impede a apuração de outros fatos inicialmente desconhecidos (encontro fortuito de provas). Para tanto, é indispensável haver um aditamento do objeto inicial da CPI.

Se a CPI é **temporária**, deverá ter um prazo certo, podendo, segundo o STF, haver prorrogações, as quais deverão ir, no máximo, até o fim da legislatura.

Para o STF, é constitucional regra de regimento interno da Câmara dos Deputados que estabelece limite quantitativo para a criação simultânea de CPIs. Cumpridos esses requisitos, é determinada a sua criação no mesmo ato de apresentação do requerimento ao presidente da Câmara. A instauração da CPI se dá com a apresentação do requerimento.

Compete ao STF processar e julgar, originariamente, **mandado de segurança impetrado em face das CPIs do Congresso Nacional e de suas Casas**, muito embora não haja previsão constitucional para tanto. Todavia, segundo o STF, o mandado de segurança não é meio hábil para questionar relatório parcial de CPI, cujo trabalho, em atenção ao §3º do artigo 58 da Constituição Federal, deve ser conclusivo.

No **âmbito estadual**, é possível a instauração de CPIs, em razão do princípio da simetria. No caso da Assembleia Legislativa, também terá os mesmos poderes da autoridade judicial. No caso do **município**, a Câmara de Vereadores poderá investigar por meio da CPI, porém não terá poderes próprios de autoridade judiciária, pois não há justiça municipal.

Segundo o STF, a menção de poderes de investigação próprios de autoridade judicial da CPI são os poderes com os quais o juiz é dotado na fase de instrução processual (ouvir testemunhas e réu, determinar perícia, quebrar sigilos, entre outros), no que é conhecido como amplitude de uma CPI, o que ela pode diretamente fazer sem que haja necessidade de autorização judicial.

Conforme o STF, a**s CPIs podem quebrar (sem necessidade de autorização judicial) os sigilos bancários, fiscal e de dados dos investigados (inclusive os telefônicos); podem também determinar algumas perícias (em outras pode ser necessária autorização judicial); podem ouvir testemunhas e investigados, sempre respeitando o direito constitucional ao silêncio; e podem determinar buscas e apreensões genéricas (que não são domiciliares).**

No entanto, **existem impedimentos**, ou seja, determinadas situações em que a CPI não pode, diretamente, investigar. As CPIs **não são dotadas de poder geral de cautela** (aquele poder de garantir a eficácia de uma eventual sentença condenatória), que são exclusivas do magistrado. Por isso, por exemplo, a CPI não pode determinar prisão, com exceção da prisão em flagrante.

A CPI federal não alcança fatos específicos dos Estados, DF ou municípios. Não é possíve, por exemplo, instaurar CPI no âmbito do ente federal para investigar os fatos ocasionados no âmbito do estado de Sergipe, pois, do contrário, haveria violação de poderes.

O STF, em recente julgado, afirmou que governador não pode ser obrigado a depor em CPI instaurada no Congresso Nacional. Em juízo de delibação, não é possível a convocação de governadores de estados-membros da Federação por Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) instaurada pelo Senado Federal. A

convocação viola o princípio da separação dos Poderes e a autonomia federativa dos estados-membros (STF. Plenário. ADPF 848 MC-Ref/DF, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 25/6/2021, Informativo 1023, STF).

Da mesma forma, fatos de interesse exclusivamente privado não podem ser investigados pela CPI. Essa noção de presença de interesse público ficou bastante clara quando do estudo das pessoas que podem ser investigadas pelas CPIs.

Os atos da CPI não alcançam atos de natureza jurisdicional. Ou seja, a CPI não pode intimar o magistrado para explicar a decisão de caráter jurisdicional, pois isso violaria a separação dos poderes.

A CF/88 permite que as CPIs investiguem fatos ligados à população indígena, podendo, inclusive, interrogá-los, porém o índio somente poderá ser ouvido no âmbito da área indígena, com dia e hora previamente marcados, além de ser necessária a presença de um representante da FUNAI e de um antropólogo com conhecimento da comunidade.

Ainda, **a CPI não pode determinar arresto, sequestro e impedimento de bens de investigados**, justamente pela falta do poder geral de cautela. Não pode também impedir a atuação de advogado, nem mesmo em sessões secretas, pois a Lei n.º 10.679/2013 dispõe que os advogados poderão acompanhar os seus clientes mesmo em sessões secretas.

> **Lei n.º 1.579/1952** com alteração dada pela Lei n.º 10.679/2013.
> **Art. 3º.** Indiciados e testemunhas serão intimados de acordo com as prescrições estabelecidas na legislação penal.
> [...]
> **§ 2º** O depoente poderá fazer-se acompanhar de advogado, ainda que em reunião secreta.

Uma CPI também **não pode impedir a saída de indivíduos do país ou de comarcas**. Também não pode realizar atividades que envolvam as chamadas Cláusulas de Reserva Jurisdicional (CRJ), ou seja, são cláusulas previstas na Constituição reservadas apenas ao Poder Judiciário. Portanto, não pode determinar busca e apreensão domiciliar, nem interceptações telefônicas (art. 5º, XI e XII, CF).

> **Art. 5º, XI, CF/88** - 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, 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;

Deve-se ter cuidado para não confundir dado telefônico com interceptação telefônica (Lei n.º 9.216/1996).

As decisões da CPI devem ser fundamentadas (princípio da fundamentação), sob pena de nulidade das decisões, nos termos do art. 93, IX, CF.

> **Art. 93, IX, CF/88 -** Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
> **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;

O ministro do STF, Marco Aurélio, já se manifestou no sentido de que **essa fundamentação não é rígida ou rigorosa**, como é exigida de um magistrado, mas necessita de fundamentação nos mesmos termos do Poder Judiciário.

As decisões da CPI também devem ser tomadas por colegiado e maioria de votos (princípio da colegialidade). **Devem respeito ao princípio federativo ou pacto federativo**, ou seja: CPI nacional investiga questões nacionais; CPI estadual, questões estaduais; CPI municipal, questões municipais. Uma não poderá invadir a competência da outra.

A CPI deve guardar um nexo causal com a gestão da coisa pública, ou seja, deve envolver bens, serviço ou interesse da União e da sociedade como um todo.

O STF já decidiu (por 6 votos a 5, em 2004) que **CPI estadual pode quebrar o sigilo bancário de seus investigados diretamente**, sem precisar requerer autorização ao Poder Judiciário. Foi aplicado nesse caso o princípio da simetria.

As Leis n.º 10.001/2000 e n.º 13.367/2016 (modifica a Lei n.º 1.579/1952) **são legislações importantes.** A Lei n.º 13.367/2016 dispõe que os relatórios da CPI serão encaminhados não só ao Ministério Público, como também à Advocacia Geral da União, enquanto a Constituição só menciona que os relatórios devem ser encaminhados ao Ministério Público.

A Lei n.º 10.001/2000 estabelece a prioridade nos procedimentos posteriores à aprovação do relatório de uma CPI, para impedir que uma CPI não tenha êxito. Lei nº 10.001/2000:

> **Art. 1º, Lei 10.001/2000 -** Os Presidentes da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional encaminharão o relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito respectiva, e a resolução que o aprovar aos chefes do Ministério Público da União ou dos Estados, ou ainda às autoridades administrativas ou judiciais com poder de decisão, conforme o caso, para a prática de atos de sua competência.

E, depois de 2006, encaminha-se o relatório inclusive para a AGU.

> **Art. 2º**, **Lei 10.001/2000 -** A autoridade a quem for encaminhada a resolução informará ao remetente no prazo de trinta dias, as providências adotadas ou a justificativa pela omissão.

Assim que o Ministério Público recebe o relatório de uma CPI, inicia-se o prazo de trinta dias para que ele tome providências ou justifique o motivo pelo qual não o fez.

> **Art. 2º, Parágrafo único**, **Lei 10.001/2000 -** A autoridade que presidir processo ou procedimento, administrativo ou judicial, instaurado em decorrência de conclusões de Comissão Parlamentar de Inquérito, comunicará, semestralmente, a fase em que se encontra, até a sua conclusão.

Quando o MP recebe relatório de uma CPI, dá andamento e oferece denúncia contra determinadas pessoas, o Poder Judiciário recebe as denúncias e assim tem início o processo penal. Nesse contexto, o MP deve, semestralmente, enviar um relatório informando o que ocorre nesse processo penal (derivado de uma CPI) para a Câmara, o Senado e o Congresso Nacional. Isso no âmbito judicial e também em processo administrativo.

Ações judiciais derivadas de CPI terão prioridade sobre outras ações, exceto sobre o *habeas corpus*, *habeas data* e mandado de segurança.

> **Art. 3º, Lei 10.001/2000 -** O processo ou procedimento referido no art. 2º terá prioridade

> sobre qualquer outro, exceto sobre aquele relativo a pedido de habeas corpus , habeas data e mandado de segurança
> **Art. 4º**, **Lei 10.001/2000 -** O descumprimento das normas desta Lei sujeita a autoridade a sanções administrativas, civis e penais.

Se membro do MP ou da AGU (ou outras autoridades) descumpre as normas da Lei n.º 10.001/2000, este está sujeito a sanções administrativa, cível e penal.

d) Direitos do depoente

As CPIs podem convocar e inquirir pessoas, podendo, inclusive, determinar a condução coercitiva de testemunha.

O interrogado tem o direito de permanecer calado, conforme art. 5º, LXIII. Vale dizer que a condição de testemunha não afasta o direito de ficar calado sempre que a resposta, de alguma forma, significar autoincriminação.

O sujeito pode ser convocado e poderá ser acompanhado por um advogado. Nesse caso, é possível que o advogado invoque o direito profissional de sigilo. No entanto, mesmo que possa invocar o sigilo profissional, não pode se furtar de comparecer perante à comissão. Caso não viole o sigilo profissional, deverá responder.

A CPI possui um cunho inquisitivo, razão pela qual não se asseguram o contraditório e a ampla defesa, sendo garantidos esses direitos somente no processo. Ainda, a CPI pode determinar busca e apreensão, desde que não se configure violação de domicílio. Isso porque o STF entende que é caso de cláusula de reserva. Além disso, ela pode determinar a quebra de sigilo fiscal, bancário e telefônico do investigado. **Não se confunde com a interceptação telefônica.**

Todas as decisões proferidas pelas CPIs devem ser fundamentadas. Essas decisões só se mostram razoáveis quando forem imprescindíveis à investigação, bem como limitadas no tempo. A maioria absoluta é quem decide o caminho da CPI, com base no princípio da colegialidade.

São exemplos de cláusulas de reserva de jurisdição:

- CPI não pode determinar prisão, salvo a em flagrante;
- CPI não pode determinar medida cautelar de natureza penal ou civil;
- CPI não pode determinar busca e apreensão que resulte em violação de domicílio;
- CPI não pode determinar a anulação de ato do Poder Executivo;
- CPI não pode determinar a quebra de sigilo judicial.

A função da CPI se esgota no relatório final de investigação, o qual deverá ser enviado ao MP para dar prosseguimento.

3.3. Plenário

O Plenário é o órgão máximo de deliberação das Casas legislativas, sendo composto por todos os parlamentares.

a) Reuniões

A CF/88 estabelece que o CN se reúne anualmente, em Brasília, do dia 02/02 a 17/07 e do dia 01/08 a 22/12. Essa é a sessão legislativa ordinária. Cada sessão possui dois períodos legislativos **e não se confunde com a legislatura, que tem a duração de 4 anos.**

A sessão legislativa não será interrompida enquanto não houver a aprovação de projeto de lei de diretrizes orçamentárias (LDO). É preciso que a LDO seja remetida para sanção do Presidente da República até o fim do 1º período da sessão legislativa.

Durante o período de recesso, a CF/88 prevê a hipótese de convocações extraordinárias do CN, podendo ser convocado por:

- Presidente do Senado;
- Presidente da República;
- Presidente da Câmara;
- requerimento da maioria dos membros das Casas Legislativas.

O Presidente do Senado, no período de recesso, convocará sessão legislativa extraordinária em casos de:

- estado de defesa;
- intervenção federal;
- pedido de autorização para decretação de estado de sítio.

Os demais, inclusive o Presidente do Senado, podem, em caso de urgência ou de interesse público, fazer essa convocação.

A CF/88 estabelece que a **sessão legislativa extraordinária se restringirá à matéria que justificou a sua convocação**. Ainda, fixa que, se houver essa sessão legislativa extraordinária, incluirão na pauta as medidas provisórias em vigor, a fim de que o CN delibere a respeito delas. E, segundo já decidido pelo STF, assim como ocorre com os Parlamentares federais, é vedado o pagamento de valor a mais a Deputados Estaduais pelo fato de terem sido convocados para sessão extraordinária (STF. Plenário. ADPF 836/RR, Rel. Min. Carmen Lúcia, julgado em 2/8/2021. Informativo 1024, STF).

Até a EC 50/2006 não era vedado o pagamento de parcela indenizatória em razão de convocação extraordinária superior ao subsídio mensal. Atualmente, não se paga qualquer valor a título de parcela indenizatória em razão de convocação extraordinária.

Vale dizer que pode haver mais de uma convocação extraordinária por recesso, desde que os requisitos sejam preenchidos.

4. ATRIBUIÇÕES DO CONGRESSO NACIONAL

A CF/88, em regra, apresenta um rol exemplificativo daquilo que é atribuição do Congresso Nacional nos arts. 48 e 49.

Segundo o **art. 48**, cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União. Se depende da sanção do Presidente, só poderá ocorrer, nesses casos, por meio de lei, especialmente sobre:

- sistema tributário, arrecadação e distribuição de rendas;
- plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado;

- fixação e modificação do efetivo das Forças Armadas;
- planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento;
- limites do território nacional, espaço aéreo e marítimo e bens do domínio da União;
- incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de Territórios ou Estados, ouvidas as respectivas Assembleias Legislativas;
- transferência temporária da sede do Governo Federal;
- concessão de anistia;
- organização administrativa, judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública da União e dos Territórios e organização judiciária e do Ministério Público do Distrito Federal;
- criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, b;
- criação e extinção de ministérios e órgãos da administração pública;
- telecomunicações e radiodifusão;
- matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações;
- moeda, seus limites de emissão, e montante da dívida mobiliária federal;

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.

Já o **art. 49** estabelece que é da competência exclusiva do Congresso Nacional:

- resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;
- autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar;
- autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País, quando a ausência exceder a 15 dias;
- aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas;
- sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;
- mudar temporariamente sua sede;
- 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;
- 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;
- julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo;
- fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;
- zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes;
- apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão;
- escolher dois terços dos membros do Tribunal de Contas da União (nomeados pelo Presidente);
- aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares;

- autorizar referendo e convocar plebiscito;
- autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais;

Aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a 2.500 hectares.

E com **a EC n.º 109/2021:**

- 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.

As matérias do art. 49 serão tratadas por meio de decreto legislativo, não é necessária, portanto, a sanção do Presidente da República.

Assim, o subsídio dos Deputados Federais e Senadores, por exemplo, é fixado pelo Congresso Nacional, por meio de Decreto Legislativo, nos termos do art. 49, VII da CF/88.

Já o subsídio dos Deputados Estaduais, nos termos do art. 27, §2° da CF/88, é fixado por lei de iniciativa da Assembleia Legislativa do respectivo Estado, na razão de, no máximo, 75% daquele estabelecido, em espécie, para os Deputados Federais e Senadores.

Quanto a este ponto, frise-se que uma lei que fixa o subsídio dos Deputados Estaduais não pode estabelecer uma vinculação automática com os seus subsídios, por afronta ao princípio federativo e à autonomia do Estado-membro. Isto acarretaria o esvaziamento da autonomia administrativa e financeira das unidades federativas subnacionais, que estariam destituídos da prerrogativa de estipular o valor da remuneração de seus agentes políticos

Neste sentido, o STF, ao analisar a constitucionalidade de uma lei do Estado de Santa Catarina, afirmou que a previsão constante do §2° do art. 27 da CF/88 representa o limite máximo da remuneração dos Deputados Estaduais, não significa, contudo, que há autorização para uma vinculação automática entre as remunerações.

A Suprema Corte definiu, portanto, que:

> **Info 1090[56], STF -** É inconstitucional — por representar modalidade de reajustamento automático e, desse modo, violar o princípio da reserva legal (CF/1988, art. 27, § 2º), o pacto federativo e a vedação à equiparação entre espécies remuneratórias (CF/1988, art. 37, XIII) — lei estadual que vincula a remuneração dos deputados estaduais à dos deputados federais.

Ainda, sobre as competências do Congresso Nacional, é de sua competência exclusiva julgar as contas prestadas pelo Presidente da República. O TCU apresenta um parecer, mas quem julga é o CN.

Além disso, é o Congresso Nacional que autoriza referendo e convoca plebiscito. São consultas populares, sendo o plebiscito realizado antes da elaboração do projeto de lei, enquanto o referendo é uma consulta popular posterior ao ato.

Disponível em:

[56] https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1090.pdf

O Congresso Nacional atua como **legislador federal e nacional**. Como legislador federal, quando produz normas que atingirão somente à União, sem atingir os Estados. **Exemplo:** regime jurídico dos servidores públicos federais. E como legislador nacional, quando a norma vinculará todos os Estados-membros. **Exemplo:** normas gerais de licitação, como a Lei n.º 14.133/2021.

Interessante julgado deu-se no que se refere ao art. 49, X, da CF/88, que afirma ser de competência exclusiva do Congresso Nacional fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta. Nesse ponto, frise-se que o STF definiu que **norma estadual ou municipal não pode conferir a parlamentar, individualmente, o poder de requisitar informações ao Poder Executivo** (STF, Plenário. ADI 4700/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 13/12/2021, Info. 1041).

Assim, norma estadual não pode, a pretexto de fiscalizar ou controlar atividades de outro poder, criar novas fórmulas de controle ou trazer inovações que ultrapassem aquelas constitucionalmente previstas, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes.

Em regra, os atos de fiscalização do Poder Legislativo devem ser realizados mediante atuação do colegiado (**princípio da colegialidade**), seja através de sua Mesa Diretora, Plenário ou Comissões, e não pela atuação individual dos parlamentares.

Pode-se mencionar como exemplo o art. 50, caput, e o §2º da CF/88:

> **Art. 50, CF/88 -** A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas Comissões, poderão convocar Ministro de Estado, quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República ou o Presidente do Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência sem justificação adequada.
> (...)
> **§2º.** As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal poderão encaminhar pedidos escritos de informações a Ministros de Estado ou a qualquer das pessoas referidas no caput deste artigo, importando em crime de responsabilidade a recusa, ou não-atendimento, no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas.

Deve-se registrar, contudo, a possibilidade de o parlamentar formular requerimentos ao Poder Executivo na condição de cidadão, com supedâneo no inciso XXXIII do art. 5º da CF/88. Trata-se, inclusive, de tema já enfrentado no âmbito do STF, que fixou a seguinte tese:

> **Tema 832[57], STF**- O parlamentar, na condição de cidadão, pode exercer plenamente seu direito fundamental de acesso a informações de interesse pessoal ou coletivo, nos termos do art. 5º, inciso XXXIII, da CF e das normas de regência desse direito (STF, Plenário. RE 865401/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 25/4/2018, Info. 899).

5. ATRIBUIÇÕES DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

A CF/88, no seu **art. 51**, traz as competências privativas da CD:

Disponível em:

[57]https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4709214&numeroProcesso=865401&classeProcesso=RE&numeroTema=832

- 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 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;
- eleger membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII.

Por 2/3 dos membros, autoriza-se a instauração do processo, mas isso não obriga o Senado a proceder à instauração. Cabe se atentar ao fato de que à Câmara compete tomar as contas do Presidente da República, quando não houver apresentação ao Congresso Nacional, dentro de 60 dias da abertura da sessão legislativa. **A competência privativa da Câmara se dá por meio de resolução.**

O STF decidiu que essa necessidade de 2/3 da Câmara para haver a instauração de processo contra o ministro de Estado está restrita às hipóteses em que o ministro de Estado é denunciado em **crime de responsabilidade conexo com o Presidente da República.**

Após a autorização da Câmara, o processo será analisado pelo Senado Federal, se o crime for de responsabilidade. Sendo uma infração penal comum, irá para o STF. Recentemente, o STF decidiu que essa autorização prévia da Câmara não obriga a instauração de processo pelo órgão julgador, mas apenas autoriza que o Senado instaure o processo.

O Presidente da República não possui direito à defesa prévia antes da análise de recebimento ou não da denúncia pelo presidente da Câmara, contudo, após esse momento, poderá exercer o seu direito de defesa, tanto na Câmara, quanto no Senado. Observa-se que essas regras também se aplicam ao processo criminal comum contra o Presidente. Isso porque, se a Câmara autorizou, o STF não está obrigado a receber a denúncia.

O Senado exercerá dois juízos, um **juízo de admissibilidade**, eis que ele não está obrigado a instaurar o processo, e, caso instaure, promoverá um **juízo de mérito**, propriamente dito. Cabe ressaltar que, para o juízo de admissibilidade, basta que o Senado vote por maioria simples.

Caso o juízo de admissibilidade do Senado seja positivo, haverá o afastamento do Presidente da República pelo prazo de 180 dias. Para haver a condenação no juízo de mérito pelo Senado, sob a condução do presidente do STF, será necessário o voto de 2/3 dos membros do Senado.

6. ATRIBUIÇÕES DO SENADO FEDERAL

Segundo o **art. 52**, 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 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;
- aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de:
- magistrados, nos casos estabelecidos na Constituição;

- ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República;
- governador de Território;
- presidente e diretores do Banco Central;
- Procurador-Geral da República;
- titulares de outros cargos que a lei determinar.
- aprovar previamente, por voto secreto, após arguição em sessão secreta, a escolha dos chefes de missão diplomática 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;
- 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.

Com base no inciso II, o **ministro do STF poderá sofrer *impeachment***, assim como os membros do CNJ e do CNMP, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União, além do Presidente e do Vice-Presidente da República.

No tocante ao inciso X, Gilmar Mendes entende que houve mutação constitucional, pois tal dispositivo, originariamente, previa que, se o STF, em controle concreto (incidental), afirmasse que uma norma era inconstitucional, poderia o Senado simplesmente suspender a lei. É uma decisão discricionária. Todavia, Gilmar Mendes afirma que a norma constitucional é outra, entendendo que, se o STF reconhece a inconstitucionalidade de uma norma, não será necessário que o Senado Federal suspenda a execução da lei, ainda que tenha se dado por controle difuso.

Trata-se de uma abstrativização do controle difuso. Ou seja, essa suspensão da execução serve apenas para fins de publicidade. A abstrativização do controle difuso não é obrigatória pelo STF; o órgão fará conforme o caso analisado.

Chama-se atenção para o parágrafo único do **art. 52**. Esse dispositivo dispõe que, nos casos de *impeachment*, o presidente do Supremo Tribunal Federal funcionará como presidente da sessão de julgamento. Essa condenação somente é possível por 2/3 dos votos do Senado Federal, razão pela qual haverá as seguintes consequências:

I) perda do cargo;

II) inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública.

Isso justifica o fato de a renúncia permitir o julgamento do processo. Como há duas punições, uma de perda do cargo e outra a inabilitação por oito anos, a renúncia somente inviabiliza a perda do cargo, mas não impede que haja a pena de inabilitação.

O Senado disciplina as matérias por meio de **resolução.**

O Senado, no *impeachment* da Ex-Presidente Dilma Rousseff, decidiu que são separáveis as punições de perda do cargo e da inabilitação por 8 anos para o exercício da função pública. Dessa forma, ficou decidido que a Ex-Presidente apenas perderia o cargo, não havendo a aplicação de qualquer inabilitação para o exercício da função pública.

7. ESTATUTO DOS CONGRESSISTAS

Essa expressão advém do conjunto de regras que estão dispostas nos **arts. 53, 54, 55 e 56 da CF/88.**

A Constituição estabelece um conjunto de prerrogativas e vedações aos parlamentares. Não se trata de privilégios, pois visa garantir a independência do parlamentar para o livre exercício da função. Por esse motivo, as imunidades são irrenunciáveis.

7.1. Imunidades

A finalidade das imunidades parlamentares é a garantia da independência do Poder Legislativo frente aos outros poderes e à sociedade, a fim de que exerçam as suas funções típicas e atípicas de forma adequada.

As imunidades podem ser classificadas em:

I) imunidades materiais;

II) imunidades formais (processual).

a) Imunidades materiais

As imunidades materiais estão previstas no **art. 53**, as quais estabelecem que os deputados e senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos, sendo que essa inviolabilidade deve ter uma pertinência com o exercício da função. A imunidade é ultrativa, pois, mesmo após extinguir o mandato, não poderá responder por aquilo.

Essa inviolabilidade deve ter uma **pertinência com o exercício da função**. É preciso que as opiniões, as palavras e os votos estejam relacionados com o exercício do mandato. Podem ser proferidos em qualquer lugar. Se tais opiniões, palavras e votos derem-se dentro do Parlamento, haverá presunção absoluta de que tais elocuções são pertinentes ao desempenho da função, qualquer que seja o conteúdo.

Cabe ressaltar que, se o parlamentar proferir essas opiniões, palavras e votos em excesso, ainda que dentro da Casa legislativa, poderá sofrer punições disciplinares da própria Casa, de acordo com o seu regimento interno.

A imunidade material é adquirida a partir da diplomação. O parlamentar suplente não possui imunidade material. A diplomação é o atestado de que o sujeito foi regularmente eleito.

A imunidade material independe do logradouro de proferimento, desde que guarde relação com o mandato. Porém, existe uma exceção: o vereador, pois este possui imunidade parlamentar somente na circunscrição do município.

> **Art. 29, VIII, CF/88** - inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município;

Os deputados federais, estaduais e distritais possuem imunidade parlamentar material independentemente do local de proferimento; os vereadores não.

A imunidade material é de ordem pública, de modo que não há possibilidade de renunciar a ela. A imunidade material também não se estende aos assessores.

b) Imunidades formais

A CF/88 protege o parlamentar contra a prisão nos crimes cometidos após a diplomação:

- imunidade contra a prisão, pois só podem ser presos em flagrante de crime inafiançável;
- nos crimes cometidos após a diplomação, é possível a sustação do processo penal instaurado pelo STF.

O art. 53, §2º, dispõe que, desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. No caso do ex-senador Delcídio do Amaral, o STF entendeu que estaria em crime permanente, admitindo a prisão em flagrante, além de não admitir fiança, razão pela qual o considerou inafiançável. Diante disso, o STF decretou a prisão.

Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de 24 horas à Casa respectiva, para que a maioria dos seus membros vote, resolvendo sobre a prisão. O diploma é anterior à posse, sendo apenas um atestado de que o sujeito foi regularmente eleito.

Deve-se ter atenção a isso em provas, porque a imunidade não incide desde a posse, mas sim em momento anterior, ou seja, desde a expedição do diploma. Porém, existem duas **exceções:**

- A **primeira** delas está prevista na própria Constituição de forma expressa no art. 53, §2º, que diz "salvo em flagrante de crime inafiançável". O voto dos parlamentares, em maioria absoluta, que decide pela prisão, é uma votação aberta e não secreta.
- A **segunda** exceção não está prevista constitucionalmente, mas foi construída jurisprudencialmente pelo STF, que será no caso de uma condenação criminal transitada em julgado.

O precedente é o caso Natan Donadon (AP 396), que foi condenado a 13 anos e 4 meses de reclusão. À época que o processo transitou em julgado, Natan Donadon havia sido reeleito.

O **Informativo 437** do STF envolveu o HC 89417, em que o STF relativizou o art. 53, §2º, da CF. Foi o caso de uma operação da Polícia Federal (Operação Dominó), que prendeu em flagrante pela prática de

crimes inafiançáveis o presidente da Assembleia Legislativa de Rondônia. Mas os autos da prisão em flagrante não foram encaminhados em 24 horas para que a Assembleia Legislativa de Rondônia deliberasse se o presidente iria ou não continuar preso.

O presidente da Assembleia insurgiu-se contra isso perante o STJ e, posteriormente, perante o STF, no HC 89417, em que reclamava a aplicação da Constituição no que se refere à imunidade parlamentar.

No entanto, a Ministra Cármen Lúcia, relatora, levantou a tese da relativização do art. 53, §2º, da CF, aduzindo que, embora essa seja a regra, nesse caso, a Constituição não poderia ser utilizada contra ela mesma. Na oportunidade, Cármen Lúcia afirmou que se estava diante de uma anomalia institucional, ética e jurídica, pois 23 dos 24 parlamentares de Rondônia, à época, estavam envolvidos no crime organizado.

Informativo 881 STF na ADI 5526, julgado em 11/10/2017: trata de um debate que existe no STF sobre medidas cautelares diversas da prisão. À época , utilizou-se medidas cautelares diversas da prisão com o senador Aécio Neves: o STF aplicou a normatividade do art. 319, VI, (afastamento do cargo), V (recolhimento domiciliar noturno), III (proibição de entrar em contato com outros investigados por qualquer meio), IV (proibição de se ausentar do país com a entrega do passaporte); essas medidas já tinham sido tomadas anteriormente contra Eduardo Cunha.

A grande questão que girou em torno dessa ADI, que tinha como plano de fundo o caso do Aécio Neces, era a seguinte: **pode o Poder Judiciário determinar medidas cautelares diversas da prisão para parlamentares?** A segunda questão, também presente no Informativo 881, era: ao passo que o STF **determina medida cautelar diversa da prisão a parlamentares, a Casa a que pertence o parlamentar pode deliberar se essa medida cautelar permanecerá ou não?**

O STF decidiu, em 2017, que o Poder Judiciário pode sim tomar medidas cautelares diversas da prisão para parlamentares. Porém, se essas medidas cautelares impedirem, de forma direta ou indireta, exercício do mandato, a Casa do parlamentar pode decidir se revogam ou não tais medidas tomadas pelo Poder Judiciário. Ou seja, o STF permite que, no caso de medida cautelar diversa da prisão que venha a impedir, de forma direta ou indireta, o exercício do mandato do parlamentar, seja aplicado, por analogia, a norma do art. 53, §2º, da CF.

Segundo o STF, é possível a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do CPP, aos deputados federais e senadores, pois foi com base nisso que o Supremo afastou o ex-deputado Eduardo Cunha de suas funções parlamentares. Essa imunidade de prisão se refere a crimes praticados inclusive antes da diplomação.

Por exemplo, um sujeito está a ser processado sob atuação de um juiz. Porém, em outubro, foi eleito deputado; em novembro, há a diplomação. O juiz deverá remeter o processo ao STF. Se cabia prisão preventiva antes, não mais caberá, eis que não está mais caracterizada a situação de flagrante. Ou seja, mesmo que o crime tenha sido cometido antes, a partir do momento em que o sujeito é diplomado, não cabe mais prisão provisória, pois somente é possível em flagrante de crime inafiançável.

A manutenção da prisão é definida pela maioria dos membros da Casa Legislativa, por meio de votação ostensiva e nominal.

Além da imunidade formal em relação à prisão, temos também a **imunidade em relação ao processo**. Está no art. 53, §3º, CF.

> **Art. 53, §3º, CF/88** - Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.
> [...]

> **§ 3º** Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.

Com isso, os parlamentares federais passaram a poder ser processados por crimes comuns independentemente de qualquer autorização da sua casa legislativa.

Em diversas oportunidades, o STF firmou o entendimento de que o novo regramento relativo à imunidade formal em relação ao processo, inserido pela EC n.º 35/2001, tem aplicabilidade imediata, por referir-se à norma processual, alcançando, assim, situações em curso, até mesmo aquelas que tiveram a autorização negada anteriormente pela Casa Legislativa.

Atualmente, a imunidade formal em relação ao processo confere às casas legislativas a prerrogativa de sustarem, a qualquer tempo antes da decisão final do STF, o andamento da ação penal por crime cometido por parlamentar da casa respectiva após a diplomação, desde que haja iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria absoluta dos seus membros. Feito o pedido de sustação, ele deverá ser apreciado pela respectiva casa legislativa no prazo improrrogável de 45 (quarenta e cinco) dias do seu recebimeno. Se o pedido for aceito e o processo sustado, a prescrição será suspensa enquanto durar o mandato.

Somente os crimes cometidos após a diplomação é que podem ser sustados, não incidindo a imunidade formal em relação ao processo em caso de crime cometido antes da diplomação. Mas se o parlamentar for reeleito, a sustação não será prorrogada, uma vez que a sustação se aplica à legislatura na qual o crime foi cometido, não se estendendo a mandatos posteriores, sob pena de se tornar uma cláusula de impunidade.

Na hipótese de crime praticado por parlamentar em concurso de pessoas com indivíduo que não tenha foro por prerrogativa de função perante o STF, poderá haver a atração da competência para a Corte Suprema. Nesse caso, poderá o STF julgar o corréu, mesmo que não tenha prerrogativa de função. Essa medida não viola a CF/88; todavia, o STF pode dizer que o processo deve ser separado, mas a análise cabe ao próprio Tribunal, a depender do motivo. Ex.: a decisão do min. Teori Zavascki determinou o encaminhamento dos autos que estariam nas mãos do Juiz Sérgio Moro.

Supondo que a Casa delibere pela sustação do processo que trate de concurso de pessoas entre um réu parlamentar e outro sem foro por prerrogativa de função. Nesse caso, ocorre a separação do processo, devendo o Tribunal Superior mandar o processo do corréu sem essa prerrogativa para as instâncias ordinárias. Isso porque a imunidade processual se refere apenas ao parlamentar.

Essa imunidade formal em relação ao processo modificou-se muito no decorrer dos anos. Por 13 anos, de 1988 a 2001, era um tipo; de dezembro de 2001 em diante, passou a ser de outro tipo. **A EC 35/2001 a modificou**. Na imunidade em relação ao processo, antes da EC 35/2001, existia a necessidade de autorização da Casa para que o STF pudesse iniciar a ação penal contra parlamentar: se fosse senador, caberia ao Senado; e, se fosse deputado, à Câmara. Isso gerava muita impunidade. O caso do deputado federal do Acre, Hildebrando Pascoal, conhecido como deputado da serra elétrica, foi marcante para que acabasse com a necessidade de haver autorização para que pudesse dar início à ação penal contra parlamentar.

Hoje, a imunidade parlamentar em relação ao processo é a mera possibilidade de sustação de ação contra parlamentar em virtude da prática de crime após a diplomação. O procedimento consiste em denúncia feita pelo Procurador-Geral da República (ação penal pública) ou queixa-crime feita pelo ofendido (ação penal privada), para o STF.

Para que seja processado penalmente pelo STF pela prática de um crime comum, é necessário que pratique o crime no exercício do mandato e guardar relação com este. Isso desde a Ação Penal 937/QO, julgada em maio de 2018, pelo STF, à luz do **Informativo 900 do STF.**

O STF, então, recebe a denúncia ou a queixa-crime e inicia a ação penal, comunicando a Mesa da respectiva Casa. Assim, um partido político com representação na Casa pode provocar a Mesa para que esta coloque em votação um pedido de sustação da ação penal. A Mesa não pode colocar em votação de ofício.

Provocada a Mesa, como já afirmado, inicia-se o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para que se coloque em votação.

> **Art. 53, §4º, CF/88 -** O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora.

Em seguida, a Mesa decidirá se susta ou não a ação penal. O **quórum para sustação é de maioria absoluta em votação aberta**: na Câmara, 257 deputados têm de votar para sustar a ação penal; no Senado, 41 senadores. Nesse processo, se sustada essa ação penal, também será suspensa a prescrição.

> **Art. 53, §5º, CF/88** - A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato.

Encerrado o mandato, a ação penal volta a tramitar e a prescrição volta a correr.

ATENÇÃO

Informativo 900 na decisão da Ação Penal 937/QO, julgada em maio de 2018. Nesse julgado, o min. Barroso propõe uma reinterpretação do art. 102, I, b, e do art. 53, §1º, da CF. Esses artigos indicam, expressamente, que, deputado ou senador que praticarem crime comum, o foro para julgá-los será o STF. O STF aplicará a tese da redução teleológica (Karl Larenz) e interpretará de forma diferente, buscando uma interpretação mais restritiva e finalística para o art. 102, I, b, e art 53, § 1º, da CF. Alguns autores também chamariam de técnica de dissociação (Riccardo Guastini).

O min. Barroso defende que o STF deve agir como Corte Constitucional e não como juiz de primeiro grau, pois acaba gerando impunidade. Barroso defende a tese de que os parlamentares só teriam foro para o exercício de função no STF em caso de crime praticado no mandato e praticado em função do mandato. Foi essa tese que, em maio de 2018, formou maioria no STF.

Assim, a partir do Informativo 900 e da Ação Penal 937/QO, o STF, usando de uma técnica de redução teleológica, **interpreta restritivamente o art. 102, I, b, e o art. 53, § 1º, da CF/88**, para entender que o foro para o exercício de função, pela prática de crime no STF, só se dará se o crime for praticado no exercício do mandato e guardar relação com este.

Nesse entendimento, se o crime foi praticado antes do início do mandato, não há deslocamento de competência. Se o crime foi praticado depois do início do mandato, mas sem guardar relação com este, não será de competência do STF.

Quando o foro por prerrogativa de função se aplicava para toda prática de crime, independentemente de relação ou não com o mandato, antes ou depois do mandato, o STF tinha de autorizar o indiciamento. Inclusive, o ministro relator acompanhava as investigações. Atualmente, só prevalece a autorização do STF se o crime que foi praticado guardar relação com o mandato. Mas **se o crime foi praticado antes do início do mandato, ou até após o mandato, mas sem guardar qualquer relação com este, não há mais necessidade de autorização do STF para investigar.**

O marco temporal que define a preservação da competência do STF é o fim da instrução processual. Se ocorreu o fim da instrução processual no STF, mesmo que o indivíduo deixe de ser parlamentar, a ação penal vai continuar no STF e será julgada por este.

c) Foro por prerrogativa de função

O art. 53, §1º c/c art. 102, I, *b* da CF/88 contempla o foro por prerrogativa de função dos parlamentares federais.

Eis a redação dos dispositivos:

> **Art. 53, §1º, CF/88** - Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.
> **Art. 102, CF/88 -** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
> I – processar e julgar, originariamente:
> b) 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.

Quanto ao ponto, a jurisprudência do STF estabeleceu:

- nas hipóteses em que incide o foro por prerrogativa, os parlamentares federais devem ser julgados, originariamente, pelas Turmas do STF, e não pelo Pleno, diferentemente do que ocorre com o Presidente da República, que deve ser julgado pelo Pleno do STF quando pratica crime comum;
- os inquéritos policiais devem tramitar perante o STF, não podendo a Polícia Federal abrir Inquérito de ofício para apurar a conduta de parlamentares federais, cabendo Reclamação ao STF caso isso ocorra, pois se configura usurpação de competência da Corte;
- os suplentes dos parlamentares federais não possuem foro por prerrogativa de função, salvo se vierem a exercer a atividade parlamentar, assumindo o lugar do senador ou deputado. Retornando o titular ao seu cargo, o suplente volta a sua condição de suplente, perdendo o foro perante o STF;
- a prerrogativa de foro inicia-se com a diplomação e encerra-se com o término do mandato, não se suspendendo em caso de licença do parlamentar para ocupar outros cargos, como, por exemplo, ocupar o cargo de Ministro de Estado. Contudo, mesmo com o encerramento do mandato, o STF tem admitido a continuidade de sua competência em duas hipóteses: a) quando encerrada a instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação das alegações finais; b) quando a renúncia ao cargo configura abuso de direito, com a intenção de deslocar a competência e frustrar o julgamento;
- no caso de reeleição consecutiva e ininterrupta para um novo mandato, o parlamentar não perde o foro por prerrogativa de função.

d) Afastamento do Poder Legislativo

É possível que o parlamentar se afaste da sua função para assumir o cargo de ministro. Sobre isso, a CF dispõe, no **art. 56**, que os congressistas não perderão o mandato quando estiverem investidos no cargo de ministro de Estado, ou governador de Território, ou secretário de Estado, do Distrito Federal, de Território e de Prefeitura de Capital, ou chefe de missão diplomática temporária, ou ainda quando estiverem licenciados por motivo de doença pela Casa respectiva, ou para tratar de interesse particular, desde que não ultrapasse 120 dias, e seja de modo não remunerado.

O STF decidiu que o congressista afastado de suas funções não dispõe de imunidades, salvo o foro por prerrogativa de função. Ainda, o STF entende que o afastamento do congressista não impede a instauração de processo disciplinar perante a respectiva Casa. Portanto, mesmo fora da Casa, deverá respeitar o decoro parlamentar, pois, do contrário, responderá o parlamentar afastado pela quebra de decoro.

e) Desobrigação de testemunhar

A CF/88 dispõe, no **art. 53, §6º,** que 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.** Cabe ressaltar que essa imunidade pode ser renunciada, de modo que o parlamentar poderá testemunhar, caso queira.

A imunidade testemunhal é semelhante à imunidade material, que tem por regra que as palavras e opiniões devem guardar relação com o mandato. Existe uma equivalência em relação à imunidade testemunhal, ou seja, **também deve guardar relação com o mandato**, não sendo obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do mandato.

Suponha que um deputado vai assistir ao jogo de futebol em um estádio e acaba sendo testemunha ocular de um homicídio. Essa situação não guarda qualquer relação com o mandato, devendo o parlamentar testemunhar e não se falando, nessa hipótese, em imunidade testemunhal.

Além dessa desobrigação, os congressistas têm a prerrogativa de testemunhar no dia, no local e na hora previamente agendados entre eles e a autoridade competente. Essa prerrogativa serve para as hipóteses em que o parlamentar seja testemunha ou vítima. Quando for investigado, não há tal prerrogativa.

f) Incorporação às Forças Armadas

O §7º dispõe que a incorporação às Forças Armadas de deputados e senadores, ainda que sejam militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva. Se a Casa não autorizar e ainda assim o parlamentar quiser se incorporar às Forças Armadas, deve renunciar ao mandato.

As imunidades parlamentares são irrenunciáveis? Sim. O parlamentar pode renunciar ao mandato, mas não às imunidades, pois as imunidades não pertencem ao indivíduo, mas sim ao cargo exercido.

O deputado federal que assume cargo de ministro de Estado carrega consigo as imunidades? Não, porque as imunidades não são do indivíduo, mas sim do cargo que ele exerce. Nesse caso, o sujeito não perde o cargo de deputado, mas será um deputado licenciado no cargo de ministro. Quem assumirá o cargo do deputado será o suplente e este terá as imunidades.

> **Art. 56, CF/88** - Não perderá o mandato o Deputado ou Senador:
> **I** - 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;
> **II** - licenciado pela respectiva Casa por motivo de doença, ou para tratar, sem remuneração, de interesse particular, desde que, neste caso, o afastamento não ultrapasse cento e vinte dias por sessão legislativa.
> **§1º** O suplente será convocado nos casos de vaga, de investidura em funções previstas neste artigo ou de licença superior a cento e vinte dias.
> **§2º** Ocorrendo vaga e não havendo suplente, far-se-á eleição para preenchê-la se faltarem mais de quinze meses para o término do mandato.
> **§3º** Na hipótese do inciso I, o Deputado ou Senador poderá optar pela remuneração do mandato

O STF decidiu, no MS 25579/2005, excepcionalmente, que o parlamentar, quando assume o cargo de ministro, não carrega o bônus das imunidades, mas carrega o ônus de perder o cargo de deputado por quebra de decoro parlamentar por atos praticados enquanto ministro. Esse é o famoso caso do José Dirceu, que era deputado federal e foi nomeado ministro da Casa Civil no governo Lula, mas perdeu o cargo de deputado por quebra de decoro parlamentar sem nunca ter estado na Câmara.

Durante o estado de sítio, as imunidades podem ser suspensas? Sim, mas só podem ser suspensas por 2/3 dos votos das casas respectivas, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional e que sejam incompatíveis com a execução da medida. Para os atos praticados no Congresso Nacional, a manutenção das imunidades é absoluta.

Por fim, acerca dos suplentes, o STF, em decisão de 22.05.2023, afirmou que **o prazo previsto para a convocação de suplente, no caso de licença de parlamentar para tratar de interesses particulares (art. 56, § 1º, CF/88), é de observância obrigatória pelos estados-membros e deve ser adotado pelas respectivas Assembleias Legislativas**. (STF. Plenário. ADI 7253/AC, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 22/05/2023, Info 1095).

No caso submetido ao STF, via ADI, discutiu-se previsão da Constituição do Estado do Acre, que estabelecia a convocação do suplente no caso de licença de Deputado Estadual, superior a 120 dias, apenas para tratamento da saúde. No caso de licença para interesse particular, a Constituição Estadual previa a convocação do suplente após 60 dias.

Assim, o PGR ajuizou a ADI alegando indevida inovação na disciplina do estatuto constitucional dos congressistas prevista na CF/88, violando o princípio da simetria. Nos seus argumentos, a PGR afirmou que o art. 56 da CF/88 é norma de observância obrigatória pelas ordens jurídicas subnacionais.

O STF acolheu os argumentos do PGR, ao afirmar que, embora a CF/88 assegure aos Estados-membros a competência para auto-organização, autogoverno, autolegislação e autoadministração, há limitações à autonomia estadual. Segundo a Suprema Corte, a norma impugnada, ao diminuir o prazo para convocação de suplente de Deputado Estadual licenciado, propicia a alternância excessiva no exercício do mandato e até mesmo o abuso da prerrogativa de licença para tratar de interesse particular, em ofensa ao princípio republicano, democrático, da soberania popular e da moralidade administrativa. Desse modo, a regra prevista no § 1º do art. 56 da Constituição Federal também deve ser obrigatoriamente seguida pelos Deputados Estaduais, por conta da simetria traçada pelo § 1º do art. 27 da CF/88. Outra questão interessenta decidida pelo STF: No caso de perda de mandato do Senador em decorrência de cassação da chapa pela Justiça Eleitoral, o candidato imediatamente mais votado nas eleições pode assumir a vaga interinamente? Não!

Segundo o STF, a decisão da Justiça Eleitoral que determina a cassação do mandato invalida a própria votação obtida pelo candidato e a respectiva eleição, circunstância que atrai a obrigatoriedade de renovação do pleito, tendo em vista que o ilícito praticado durante o processo eleitoral, além de afetar a legitimidade do vencedor, compromete a lisura das eleições (Info 1117).

No julgamento da ADPF 643/DF e ADPF 644/DF, a Suprema Corte afirmou que, com a determinação de realização das novas eleições, em caso de cassação do mandato do Senador, o Estado fica temporariamente alijado de sua representação, até a posse do novo candidato eleito. Em caso de cassação do mandato por causas eleitorais, não há sucessão pelo suplente, uma vez que o ilícito eleitoral praticado afeta toda a chapa que concorreu nas eleições majoritárias. Assim, a sistemática prevista no ordenamento jurídico eleitoral para o preenchimento do cargo vago é a renovação do pleito para a mera complementação do período restante.

O art. 56, §2°, da CF/88 estabelece que haverá eleição para preencher o cargo vago de Senador se faltarem mais de quinze meses para o término do mandato, sem especificar qual a causa da vacância. É dizer, se faltar menos de quinze meses para o fim do mandato, a Constituição permite que o cargo permaneça vago até as próximas eleições ordinárias.

7.2. Incompatibilidades

A ideia de incompatibilidade é evitar o exercício da influência para alcançar favores indevidos. Segundo o **art. 54**, os deputados e senadores não poderão, desde a expedição do diploma:

> **Art. 54, CF/88.** 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 da alínea anterior;

Também não podem os deputados e senadores, desde a posse:

> **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.

7.3. Perda do mandato

A **CF/88** trata do tema no **art. 55**, pois perderá o mandato o deputado ou senador que:

> **Art. 55, CF/88.** Perderá o mandato o Deputado ou Senador:
> **I -** que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;
> **II -** cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;
> **III -** que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;
> **IV -** que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;
> **V -** quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;
> **VI -** que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

No caso de **infringir incompatibilidades ou quebra de decoro parlamentar, a perda do mandato depende de decisão do Plenário da Casa Legislativa, por maioria absoluta dos membros, com votação aberta e nominal.**

A quebra do decoro parlamentar é aferida pela Casa Legislativa, não podendo o Judiciário fazer essa análise de mérito, pois é hipótese de decisão *interna corporis*. Contudo, o Poder Judiciário pode sim (e até deve) analisar os pressupostos de legalidade da medida. O STF pode apreciar se foram respeitados o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal.

Decoro parlamentar é um conjunto de regras legais e morais que envolvem o exercício de atividade parlamentar, sobretudo no que diz respeito ao abuso de prerrogativas e à percepção de vantagens indevidas. O STF, nos **Informativos 401 e 406** apresentou um entendimento interessante sobre decoro paramentar: a

Corte Suprema não tem legitimidade e competência para adentrar no mérito da decisão da perda de mandato por decoro parlamentar. É uma questão interna da Câmara, para os deputados, e do Senado, para os Senadores.

No caso de condenação criminal em sentença transitada em julgado, a decisão da perda do mandato também é decidida pela Casa Legislativa. Nesse caso, há uma discussão se essa condenação criminal já implicaria perda automática do cargo e a Casa Legislativa apenas declararia a perda, ou se depende de decisão da Casa Legislativa, no sentido de que há ou não a perda do mandato.

O STF, no que diz respeito ao inciso VI do art. 55, que trata sobre a perda de mandato em caso de condenação criminal transitada em julgado, adota duas posições: a primeira posição foi desenvolvida no Informativo 863, no julgamento da Ação Penal 694 de 02/05/2017. O STF entendeu, por meio de uma decisão da 1ª Turma, que, no caso de condenação criminal transitada em julgado, não há, de forma imediata, a aplicação do §2º do art. 55.[58]

A 1ª Turma do STF, em maio de 2017, afirmou que **depende** de que tipo de condenação criminal transitada em julgado está sob análise: se a condenação criminal transitada em julgado for para mais de 120 dias em regime fechado, não se aplicará o §2º do art. 55, pois a perda do mandato será consequência lógica da condenação e, nesse caso, aplicar-se-á o art. 55, §3º, ou seja, a perda de mandato será declarada pela mesa, em virtude da conjugação do §3º com o inciso III, do mesmo artigo 55, CF.

O STF repete esse entendimento no **Informativo 903**, em 2018, na Ação Penal 968, em 22/05/2018. Porém, se a condenação criminal for para um regime aberto ou semiaberto, haverá a possibilidade de o parlamentar ser condenado e participar das sessões legislativas. Nesse caso, a perda de mandato depende da decisão da Casa, por maioria absoluta em votação aberta**. Nesse caso, o STF entende que deve ser aplicado o art. 55, §2º, CF, ou seja, a perda de mandato será decidida pela Casa.**

A 2º Turma do STF não segue esse entendimento, pois, no julgamento da Ação Penal 996, no dia 29/05/2018, reconheceu que, na condenação criminal transitada em julgado, a perda do mandato não é automática por declaração da Mesa.

Nesse caso, não depende se a condenação criminal é para mais de 120 dias em regime fechado ou se é em regime aberto ou semiaberto. **Para a 2ª Turma, em caso de condenação criminal transitada em julgado, independentemente do tipo de regime, a perda do mandato sempre dependerá da decisão da Casa, por maioria absoluta e em votação aberta.**

Nesse cenário, a 2ª Turma não tem interpretação sistemática; ela busca na literalidade a resposta para qualquer tipo de condenação ou em qualquer regime. O máximo que ocorre é que o STF comunica ao presidente da Câmara ou do Senado, informando que o parlamentar foi condenado e que a condenação transitou em julgado, cabendo à Casa deliberar, nos termos do art. 55, §2º, se o parlamentar perderá ou não o mandato.

[58] Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

§ 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

Cabe ressaltar que o STF só pode interferir em procedimentos legislativos (ex: processo de cassação) em uma das seguintes hipóteses: para assegurar o cumprimento da Constituição Federal; proteger direitos fundamentais; ou resguardar os pressupostos de funcionamento da democracia e das instituições republicanas (ex.: preservação dos direitos das minorias).

Essa medida nada mais é do que a aplicação do judicial *self-restraint*, também denominada técnica da autocontenção. Trata-se de medida oposta ao ativismo judicial, na qual o Poder Judiciário deixa de interferir, ou mesmo de atuar, em questões estritamente políticas, a fim de resguardar a independência dos demais poderes. Dessa forma, o Poder Judiciário deve se limitar apenas aos casos em que a sua atuação seja absolutamente excepcional.

Exemplo disso pode ocorrer nos processos de cunho acentuadamente político, como a cassação **de mandato parlamentar**, em que o STF deve se pautar pela deferência (respeito) às decisões do Legislativo e pela autocontenção, somente intervindo em casos excepcionalíssimos.

Os procedimentos para a perda do mandato também estão previstos na Constituição.

> **Art. 55, CF/88 -** Perderá o mandato o Deputado ou Senador: [...]
> **§ 2º** Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.
> **§ 3º** Nos casos previstos nos incisos III a V, 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 ampla defesa.

O §2º do art. 55 estabelece que, nas hipóteses de infringência do art. 54, I, II e VI, da CF, a perda de mandato será decidida pela Casa, com quórum de maioria absoluta em votação aberta (essa votação até 2013 era secreta, até o caso de Natan Donadon).

O §3º do art. 55 da CF dispõe que, nas hipóteses do art. 54, III e V, a perda de mandato será declarada pela Mesa, de ofício ou mediante provocação de membro do partido para a Mesa ou o partido político com representação no Congresso Nacional.

7.4. Renúncia ao mandato

A CF/88 versa sobre isso no **art. 55, §4º**, afirmando que a renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato terá os seus efeitos suspensos até as deliberações finais da Casa respectiva.

Se o sujeito estiver a ser processado e houver um risco de perder o mandato, caso renuncie, os efeitos da renúncia ficam suspensos até que a Casa delibere sobre a perda ou não do mandato. Isso porque uma decisão desfavorável ao congressista implica, além da perda do mandato, a sua inelegibilidade pelo prazo de oito anos, subsequentes ao término da legislatura em que findaria o seu mandato.

Assim, transcorre o período da legislatura e a partir de então inicia-se o prazo de oito anos. Portanto, não há benefício com a renúncia.

7.5. Deputados estaduais, distritais e vereadores

Deputados estaduais e distritais **têm a mesma prerrogativa dos deputados federais**.

Os vereadores não têm as mesmas imunidades dos congressistas. Vereador somente possui imunidade material pelas suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e dentro da circunscrição do município.

8. TRIBUNAIS DE CONTAS

Os Tribunais de Contas são órgãos vinculados ao Poder Legislativo, auxiliando no controle externo da administração.

Não há hierarquia entre o Tribunal de Contas e o Poder Legislativo. As decisões do TCU não fazem coisa julgada, tendo **natureza administrativa**.

O Tribunal de Contas é autônomo, e os seus membros possuem as mesmas prerrogativas dos magistrados, inclusive a vitaliciedade.

8.1. Tribunal de Contas da União

O Tribunal de Contas da União é composto por nove ministros. Os membros do TCU têm as mesmas prerrogativas, vencimentos, vantagens dos ministros do STJ.

Os requisitos para ser ministro do TCU são **(§1º do art. 73)** ter:

> **Art. 73**. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.
> **§ 1º** Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos:
> **I - mais de trinta e cinco e menos de setenta anos de idade;** (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 122, de 2022)
> **II - idoneidade moral e reputação ilibada;**
> **III - notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública;**
> **IV - mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso anterior.**

Recentemente, o STJ decidiu que o dispositivo prevê que, para ser nomeado membro do Tribunal de Contas, o indivíduo deve ter mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública. Desse modo, o indivíduo pode ter apenas sete anos, por exemplo, no cargo de procurador de Contas, mas se ele tiver outros três anos de atividade profissional na qual se exijam notórios conhecimentos jurídicos, terá preenchido o requisito constitucional.

Atente-se que 1/3 dos membros do TCU são escolhidos pelo Presidente da República e, depois, aprovados pelo Congresso Nacional. Desses três, dois devem ser escolhidos alternadamente entre auditores e membros do Ministério Público de Contas. O terceiro é de livre escolha do Presidente da República.

O Congresso escolhe 2/3, ou seja, seis membros, os quais serão nomeados pelo Presidente da República. A CF/88 dispõe que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta é exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, sem prejuízo do controle interno de cada Poder. Trata-se de uma função típica do Poder Legislativo. O Congresso exerce esse controle por meio do TCU.

Ademais, o Tribunal de Contas possui atribuição para apreciação, fiscalização e também para julgamento das contas públicas. Isso é mais precisamente visto quando da análise da teoria dos poderes implícitos.

Segundo o art. 71, compete ao TC:

- apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio, elaborado em 60 (sessenta) dias a contar de seu recebimento. Atente-se, pois o TCU não julga as contas do Presidente, mas apenas aprecia, quem julga é o CN;
- julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos da administração direta e indireta;
- apreciar a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, salvo as nomeações para cargo em comissão. Além disso, o TC aprecia as concessões de aposentadorias, reformas e pensões, salvo as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;
- realizar inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e da administração direta e indireta;
- fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;
- fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;
- prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;
- aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário. Ou seja, o TC pode penalizar;
- assinar prazo para que o órgão ou a entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;
- não atendido o disposto no inciso anterior, compete ao TC sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;
- representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

Segundo o STF, o TCU tem legitimidade para anular acordo extrajudicial firmado entre particulares e a administração pública, quando não homologado judicialmente. Se o acordo foi homologado judicialmente, o TCU não pode anulá-lo, porque a questão já passou a ser de mérito da decisão judicial, o que não pode ser revisto pelo Tribunal de Contas. Contudo, sendo o acordo apenas extrajudicial, a situação está apenas no âmbito administrativo, de sorte que o TCU tem legitimidade para anular o ajuste celebrado (Info 780, STF).

Ademais, o TCU possui competência para decretar, no início ou no curso de qualquer procedimento de apuração que lá tramite, a indisponibilidade dos bens do responsável por prazo não superior a um ano (art. 44, §2º, da Lei nº 8.443/92; Info 779, STF).

A competência para julgamento das contas do Presidente da República é do CN. O TC somente aprecia as contas e emite parecer prévio. Essa regra também se aplica ao governador de Estado. No caso do prefeito, há uma maior dificuldade para a Câmara de Vereadores não manter o que foi apreciado pelo TC.

Verificada uma regularidade em um ato administrativo, o TC fixa prazo para que se adotem as providências dentro da lei. Não cumpridas, susta os efeitos do ato.

Atente-se que a CF/88 não fala em sustar o contrato. Diante disso, caso haja ilegalidade em contrato administrativo, o ato de sustação não é do Tribunal de Contas, mas sim do Congresso Nacional. Ainda, caso o Poder Executivo e o Congresso Nacional fiquem inertes e, dentro do prazo de 90 (noventa) dias, não haja promoção da correção das irregularidades, o TCU passa a ter competência inclusive para sustar e anular o contrato administrativo. Se for o caso, não somente poderá anular o contrato administrativo, como também possui poderes para anular a licitação que precedeu o contrato.

O TC possui poderes para expedir medidas cautelares com base na teoria dos poderes implícitos. Essa teoria estabelece que, quando a Constituição Federal atribui competência para se fazer algo, ela também garante os meios para que se atinja aquela finalidade. Quando a CF dá uma série de competências ao TCU, ela **deve garantir a ele os meios de alcançar com êxito a sua função**. Em razão disso, é possível que sejam concedidas medidas cautelares para que a competência do TC seja assegurada. Trata-se de uma aplicação da teoria dos poderes implícitos.

Como regra, o TC não tem competência para requisitar a quebra de sigilo bancário, mas, quando há recursos públicos envolvidos, pode exigir da instituição financeira que forneça os dados daquela informação específica. A partir daí, operações financeiras que abranjam recursos públicos não estão asseguradas pelos sigilos bancário e empresarial, quando se está fundado em investigações financeiras pelo TC.

Como a CF/88 confere ao TC a competência para apreciar as concessões de aposentadorias, reformas e pensões, o STF editou a **Súmula Vinculante 3**, que garante o contraditório e a ampla defesa nos processos que tramitam no TC.

> **Súmula Vinculante 3, STF -** 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.

Segundo essa súmula, 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.

Ocorre que a exceção jurisprudencialmente construída na parte final da Súmula Vinculante n° 3 (apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão) não mais persiste. Isso, porque o STF, em decisão posterior, definiu que caso haja o transcurso do prazo de cinco anos sem que tenha ocorrido a emissão do ato de controle, o ato concessório original será considerado definitivamente registrado. Assim, embora a referida Súmula Vinculante não tenha sido cancelada, deve-se frisar que não será mais necessário que a Corte de Contas assegure o direito de exercer o contraditório ou ampla defesa ao interessado.

Em suma: de acordo com o mais recente entendimento proferido pelo STF, caso o Tribunal de Contas ultrapasse o lapso temporal de cinco anos para a realização de sua atividade de controle (ou seja, para

apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão), o ato não poderá mais ser revisto, considerando-se, então, devidamente registrada a aposentadoria, reforma ou pensão.

O STF entendeu que os Tribunais de Contas podem apreciar a constitucionalidade das leis, mas somente pelo controle concreto, não cabendo controle abstrato. **Essa é a razão pela qual os Tribunais de Contas devem observar a cláusula de reserva de plenário.**

O STF, ainda, afirma que os TCUs não podem manter o sigilo de uma denúncia apresentada contra um administrador público, isso porque o administrador tem direito de resposta, direito de honra e direito de imagem, não podendo aquele que fez a denúncia ser mantido em sigilo. Com base nesse entendimento, o STF declarou inconstitucional a expressão "manter ou não o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia", a qual estava previsto no art. 55 da Lei Orgânica do TCU.

Consoante o entendimento do STF, o prazo prescricional para que o TCU aplique multas é de cinco anos, aplicando-se a previsão do **art. 1º da Lei nº 9.873/1999**. Caso esteja sendo imputada ao agente público a conduta omissiva de ter deixado de tomar providências que eram de sua responsabilidade, tem-se que, enquanto ele permaneceu no cargo, perdurou a omissão. No momento em que o agente deixou o cargo, iniciou-se o fluxo do prazo prescricional (**Info 857**).

8.2. Tribunal de Contas Estaduais, Distritais e Municipais

O **art. 31, §1º**, dispõe que o controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos estados ou do município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos municípios, onde houver.

No âmbito municipal, só foram reconhecidos os Tribunais de Contas Municipais já existiam quando da promulgação da CF/88, pois ela **veda que hoje venham a ser criados novos**. Vale lembrar que **estados podem criar Tribunais de Contas.**

A CF/88 estabelece que as normas do seu texto para fiscalização contábil, financeira, orçamentária etc., aplicam-se, no que couber, aos Tribunais de Contas dos estados, distritais e municipais. Isto quer dizer que as composições dos Tribunais de Contas estaduais, distritais e municipais devem observar o modelo federal, com relação aos conselheiros.

Todavia, a própria CF/88 estabelece que os TCs estaduais, distritais e municipais são compostos por sete conselheiros. Em função disso, o STF estabeleceu que três serão escolhidos pelo governador e quatro pela Assembleia Legislativa. Com relação aos escolhidos pelo Chefe do Poder Executivo: dois membros do Ministério Público e auditores alternadamente; um de livre escolha.

Em relação às contas municipais, a CF/88 diz que é feito um parecer prévio pelo órgão competente sobre as contas que o prefeito presta. Esse parecer somente deixa de prevalecer por decisão de 2/3 dos membros da Câmara Municipal.

A **LC n.º 64/1990** prevê, no seu **art. 1º, I, 'g'**, que os políticos que tiverem suas contas rejeitadas pelo órgão competente ficarão inelegíveis por até oito anos. Em função disso, surgiram duas correntes, eis que a dúvida pairava sobre quem seria o órgão competente para "barrar" o político para fins de ficha-limpa:

- a **primeira** corrente dizia que, se o prefeito tivesse suas contas rejeitadas por decisão do Tribunal de Contas, ele já estaria inelegível;
- a **segunda**, por sua vez, dizia que o Tribunal de Contas emitiria apenas um parecer prévio, não opinativo, devendo ser analisado pela Câmara Municipal. Caso ela mantivesse o parecer

do Tribunal de Contas, o prefeito seria inelegível, mas a Câmara poderia rejeitar esse parecer, situação na qual o prefeito poderia concorrer normalmente às eleições.

Segundo o STF, é constitucional a criação de órgãos jurídicos na estrutura de Tribunais de Contas estaduais, vedada a atribuição de cobrança judicial de multas aplicadas pelo próprio tribunal.

Por outro lado, é **inconstitucional** norma estadual que preveja que compete à Procuradoria do Tribunal de Contas cobrar judicialmente as multas aplicadas pela Corte de Contas, tendo em vista que a Constituição não outorgou aos Tribunais de Contas competência para executar suas próprias decisões. As decisões dos Tribunais de Contas que acarretem débito ou multa têm eficácia de título executivo, mas não podem ser executadas por iniciativa do próprio Tribunal (**Info 851**).

No **Informativo 834**, o STF decidiu que, para os fins de inelegibilidade (art. 1º, I, 'g', da LC n.º 64/1990), quem decide se as contas do prefeito estão aprovadas, ou não, é a Câmara dos Vereadores. Ou seja, somente é com a decisão dela que o prefeito se tornará inelegível. A função do Tribunal de Contas é apenas admitir um parecer prévio, que poderá ser ou não aprovado pela Câmara dos Vereadores. O fundamento foi o **art. 31, §2º, da CF.**

Caso a Câmara dos Vereadores demore para analisar o parecer do Tribunal de Contas, ou seja, a rejeição de contas do prefeito, este poderá continuar a concorrer normalmente, pois a demora não impede que o prefeito concorra normalmente. Em resumo, quem julga é a Câmara dos Vereadores.

Junto aos Tribunais de Contas, haverá atuação dos Ministérios Públicos de Contas, os quais terão as mesmas prerrogativas do Ministério Público ordinário. O MP de Contas integra a própria estrutura orgânica junto ao qual atua. A criação do MP de Contas se dá por lei ordinária, de iniciativa da Corte de Contas respectiva.

ATENÇÃO

O Tribunal de Contas da União é disciplinado pelos arts. 70 a 75 da CF/88.

Os Tribunais de Contas dos Estados são organizados pelas Constituições Estaduais. Todavia, por força do princípio da simetria, as regras do TCU também são aplicadas, no que couber, aos TCEs, conforme estabelecido no art. 75 da CF/88:

As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros.

O art. 71 da CF/88 elenca as competências do TCU, que podem também ser aplicadas ao TCE, dentre elas a competência para aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras comunicações, multa proporcional ao dano causado ao erário (inciso VIII do art. 71, da CF/88).

A aplicação de multas ou a determinação de que o gestor ressarça o erário materializa-se por meio de um acórdão. Tal decisão tem eficácia de título executivo extrajudicial, consoante §3º do art. 71 da CF/88, devendo declarar, de forma precisa, o agente responsável e o valor da condenação, para que goze dos atributos da certeza e liquidez. Caso o condenado não cumpra espontaneamente o acórdão do Tribunal de Contas, a decisão poderá ser executada, por meio de uma ação de execução de título extrajudicial.

Frise-se que a decisão do Tribunal de Contas não precisa ser inscrita em dívida ativa, pois o próprio acórdão tem eficácia de título executivo extrajudicial. Ademais, a execução seguirá as regras do CPC (execução civil de título extrajudicial), não havendo que se falar em procedimento de execução fiscal. Só se fala em execução fiscal se o título executivo for uma certidão de dívida ativa (CDA).

Mas quem possui legitimidade para propor a execução do acórdão do Tribunal de Contas?

Para o STF, somente o ente da Administração Pública prejudicado com a atuação do gestor possui legitimidade para executar o acórdão do Tribunal de Contas, seja ele de imputação de débito ou de multa. O Estado-membro não tem legitimidade para promover execução judicial para cobrança de multa imposta por Tribunal de Contas estadual à autoridade municipal, uma vez que a titularidade do crédito é do próprio ente público prejudicado, a quem compete a cobrança, por meio de seus representantes judiciais.

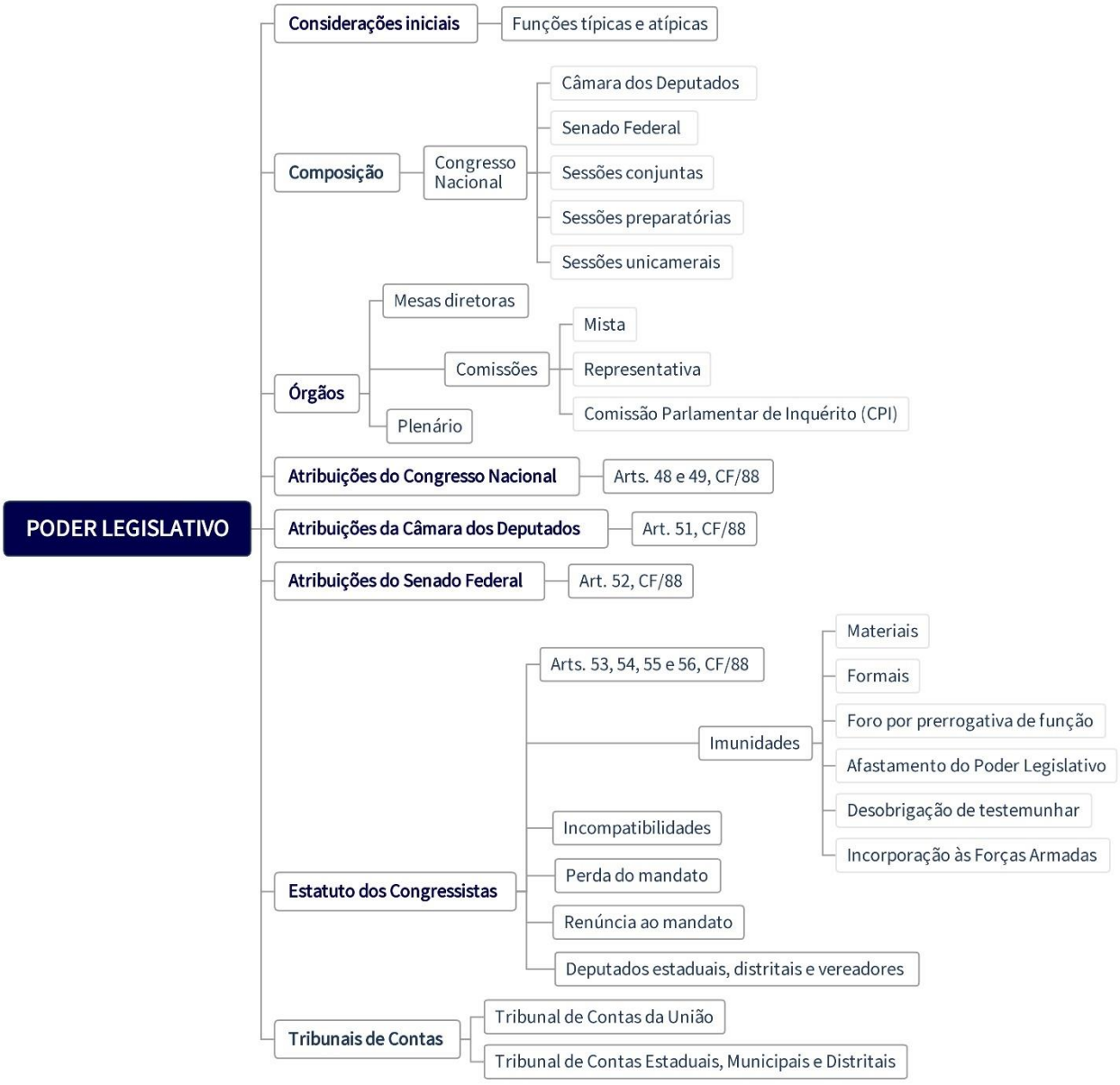
Nesse sentido, atente-se para o julgamento do STF:

Os Estados não têm legitimidade ativa para a execução de multas aplicadas, por Tribunais de Contas estaduais, em face de agentes públicos municipais, que, por seus atos, tenham causado prejuízos a municípios.

Tema 642 – 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. Plenário. RE 1003433/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do Acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgado em 14/9/2021, Repercussão Geral – Tema 642, Info. 1029).

Frise-se que o Ministério Público não possui legitimidade para a ajuizar a execução para ressarcimento ao erário, ainda que seja atuante às Cortes de Contas (federal, estadual ou municipal), uma vez que a legitimidade para a propositura da ação executiva é apenas do ente público beneficiário.

Ademais, o próprio Tribunal de Contas não poderá propor a execução de seu acórdão, pois o art. 71, §3º da CF/88 não outorgou ao TCU legitimidade para tanto.


PODER LEGISLATIVO
Considerações iniciais
Funções típicas e atípicas
Composição
Congresso Nacional
Câmara dos Deputados
Senado Federal
Sessões conjuntas
Sessões preparatórias
Sessões unicamerais
Órgãos
Mesas diretoras
Comissões
Mista
Representativa
Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI)
Plenário
Atribuições do Congresso Nacional
Arts. 48 e 49, CF/88
Atribuições da Câmara dos Deputados
Art. 51, CF/88
Atribuições do Senado Federal
Art. 52, CF/88
Estatuto dos Congressistas
Arts. 53, 54, 55 e 56, CF/88
Imunidades
Materiais
Formais
Foro por prerrogativa de função
Afastamento do Poder Legislativo
Desobrigação de testemunhar
Incorporação às Forças Armadas
Incompatibilidades
Perda do mandato
Renúncia ao mandato
Deputados estaduais, distritais e vereadores
Tribunais de Contas
Tribunal de Contas da União
Tribunal de Contas Estaduais, Municipais e Distritais

17 PROCESSO LEGISLATIVO

1. CONCEITO

É um conjunto de regras (fases e atos) que visa à produção (elaboração) de normas jurídicas no nosso ordenamento.

Não é qualquer norma jurídica que se origina do processo legislativo. Por exemplo**, existem os atos normativos, chamados de via secundária (decretos, portarias, etc.), que derivam do direito administrativo e não do processo legislativo.**

2. CLASSIFICAÇÃO DO PROCESSO LEGISLATIVO

2.1. Quanto à forma de organização política

a) Autocrático

O processo legislativo é elaborado pelo governante que impõe a sua norma.

b) Indireto (representativo)

É o que predomina nos Estados democráticos, em que os cidadãos escolhem os seus representantes, os quais, em tese, elaboram as leis, de acordo com a vontade do povo. É o sistema adotado no Brasil.

c) Direto

O processo legislativo é feito diretamente pelo povo.

d) Semidireto

Há representantes que elaboram o projeto, o qual é submetido à apreciação do povo, a fim de aprovar ou não a norma: sendo posterior à análise, há um referendo; sendo anterior, há o plebiscito.

A doutrina já tratou sobre o **sistema *recall***. O *recall* é um mecanismo de democracia direta que permite ao eleitorado destituir determinados agentes políticos cujo comportamento não esteja agradando àqueles que o elegeram. É um instrumento de consulta popular. Aconteceu no primeiro mandato de Hugo Chávez, para verificar se ele continuaria ou não no governo.

O *recall* não se confunde com o *impeachment*. No *recall*, tratando-se de um mecanismo de democracia direta, a eleição cabe aos próprios eleitores, diretamente. No caso do *impeachment*, quem julga são os representantes (no caso do Brasil, o Senado).

O r*ecall* aplica-se a todos os poderes eleitos, indistintamente, inclusive o Judiciário, quando for o caso (nos EUA, os juízes estaduais são eleitos). Já o *impeachment*, em geral, é um instrumento do Poder Legislativo utilizado para fiscalizar os Poderes Executivo e Judiciário. No caso do Executivo, o Brasil viveu o exemplo de Collor. No caso do Judiciário, houve pedido de *impeachment* do ministro Gilmar Mendes.

Há quem defenda que o *recall* deveria ser inserido na CF, em eventual reforma política.

2.2. Quanto ao rito

a) Ordinário

O processo legislativo adota todas as etapas previstas para a lei ordinária e é implementado quando da produção das leis ordinárias, que são as leis que mais existem no ordenamento brasileiro.

b) Sumário

Também chamado de regime de urgência constitucional, é o processo legislativo que passa por todas as etapas do ordinário, **mas de maneira mais célere**, eis que existem **prazos** previstos na CF/88.

Tem como principais características:

é deflagrado por solicitação do Presidente da República em matérias de sua iniciativa privativa ou concorrente;

possui prazo de, no máximo, 45 dias na Câmara, 45 dias no Senado e 10 dias para a apreciação de emendas, se houver;

a sanção para o descumprimento do prazo, todas as matérias da Casa ficarão sobrestadas até que se vote legislativo sumário, exceto as matérias com prazo constitucionalmente determinado (ex.: medidas provisórias com prazo de 60 dias com prorrogação para 60 dias; Legislações Orçamentárias);

tem seu prazo suspenso no recesso;

não se aplica a projetos de código.

c) Especial

Seguem um rito especial. São aqueles que **visam à produção e à elaboração das emendas constitucionais, leis complementares, medidas provisórias, leis delegadas, decretos legislativos e resoluções do Poder Legislativo.**

2.3 Fases do Processo Legislativo Ordinário

A corrente majoritária prevê três grandes fases do processo legislativo. São elas: **fase de iniciativa, fase constitutiva e fase complementar.**

a) Fase introdutória (de iniciativa)

É a fase que introduz o projeto de lei. Resume-se à iniciativa do projeto de lei. Essa é a fase de **deflagração do processo** na qual ocorre a **apresentação da proposição**. Essa proposição pode ser um projeto de lei ordinária, um projeto de lei complementar, bem como uma PEC etc.

Iniciativa é a faculdade atribuída a um ente para iniciar um processo legislativo. Há a iniciativa parlamentar, dos deputados ou senadores, assim como das comissões de deputados ou comissões de senadores. Há a iniciativa extraparlamentar, que será do Presidente da República, STF e tribunais superiores, Procurador-Geral da República e do povo, nos termos do art. 61, §2º, CF.

> **Art. 61, CF/88 -** A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.
> [...]
> **§ 2º** A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Dentro desse contexto, temos as espécies de iniciativa, conforme a seguir.

Parlamentar: qualquer deputado ou senador pode propor a iniciativa de projeto de lei.

Extraparlamentar: a CF/88 prevê hipóteses de iniciativa que venha de fora do Parlamento, entre as quais estão incluídos:

- Chefe do Executivo;
- Procurador-Geral da República;
- tribunais;
- cidadãos.

Geral: pode dar início a qualquer projeto de lei. Os parlamentares e o cidadão possuem a iniciativa geral, ressalvadas as matérias que têm iniciativa reservada, como Presidente da República, Tribunais etc.

Restrita: essa iniciativa ocorre quando uma autoridade ou órgão só pode apresentar projetos de lei sobre determinada matéria. Ex.: Poder Judiciário sobre vencimentos dos servidores.

Reservada (exclusiva): só um órgão ou uma autoridade pode propor lei sobre aquela matéria. Ex: projeto de lei complementar do estatuto da magistratura é de iniciativa reservada ao STF.

Concorrente: a iniciativa pertence simultaneamente a mais de um legitimado. Ex.: art. 61, que trata sobre a organização do MPU, que pode ser de iniciativa do PGR ou do Presidente da República. Nesse caso, a faculdade é atribuída a mais de um ente em concorrência, diferentemente da iniciativa conjunta, que é atribuída a mais de um ente em conjunto, em grupo, de modo que, se faltar um, não será possível apresentar o projeto. No Brasil, atualmente, não há previsão de iniciativa conjunta, mas já teve e era previsto no art. 48, XV, da CF (teto do funcionalismo público era uma lei de iniciativa conjunta, Presidente da República, presidente da Câmara, presidente do Senado e presidente do STF tinham que apresentar o projeto).

Vinculada: o sujeito é obrigado a dar início ao processo legislativo para o projeto de lei. Ex.: leis orçamentárias, em que é preciso que se dê início ao projeto de lei orçamentária anual dentro do prazo previsto na CF.

A **iniciativa de cada parlamentar** é exercida perante a sua Casa Legislativa. No caso de iniciativa extraparlamentar (presidente, cidadão, Tribunais, PGR), o projeto é proposto perante a Câmara dos Deputados, que funcionará como Casa Iniciadora.

As comissões das Casas legislativas também podem propor projetos de leis. Havendo comissão mista, o projeto de lei é apresentado alternadamente, ou seja, um projeto inicia na Câmara, mas, no subsequente, é apresentado ao Senado.

Recentemente, o STF entendeu que **não viola** a Constituição Federal lei municipal, de iniciativa parlamentar, que veda a realização, em imóveis do município, de eventos patrocinados por empresas

produtoras, distribuidoras, importadoras ou representantes de bebidas alcoólicas ou de cigarros, com a utilização da respectiva propaganda (**Info. 844**).

Ainda nesse cenário, há a **iniciativa popular**, que é um dos meios de participação popular do cidadão, sendo forma de exercício de democracia direta. O cidadão tem iniciativa geral, desde que não se sobreponha às iniciativas reservadas, apesar de existirem algumas discussões doutrinárias afirmando o contrário.

O exercício deve ocorrer da seguinte forma:

- 1% do eleitorado nacional;
- distribuído por pelo menos cinco estados;
- não menos de 3/10 dos eleitores em cada um desses cinco estados.

Os indivíduos **devem ser cidadãos**, ou seja, deve haver capacidade eleitoral ativa (título eleitoral). A CF/88 determina que a Constituição Estadual do ente federado deverá dispor sobre a iniciativa popular.

Com relação aos municípios, a CF/88 fixa que é obrigatória a iniciativa popular no processo legislativo municipal, estabelecendo que essa iniciativa deverá se dar em pelo menos 5% do eleitorado (art. 29, XIII).

O projeto de lei de iniciativa popular deve tratar de apenas um assunto. E mais, projeto de lei de iniciativa popular não pode ser rejeitado por vício de forma.

O **art. 61, §1º**, enumera matérias que são de iniciativa privativa do Presidente da República. Sobre isso, o STF diz que essa iniciativa privativa do Presidente da República é de observância obrigatória dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, em razão do princípio da simetria e da separação dos poderes, sendo também de iniciativa privativa do Chefe do Executivo respectivo.

Segundo o STF, **não pode o parlamentar iniciar projeto de lei que estabelece normas para aplicação do salário-mínimo profissional aos servidores estaduais**, eis que se trata de matéria exclusiva do Chefe do Poder Executivo. É da competência do Chefe do Executivo dispor sobre remuneração dos cargos e funções do serviço público (art. 61, § 1º, II, a).

Ainda, o STF diz que, em PL de governador instituindo regime de subsídio para os procuradores do Estado, não é possível que emenda parlamentar crie uma gratificação aos servidores da Procuradoria-Geral do Estado, ainda que haja estimativa de despesa e respectiva fonte de custeio, diante da falta de pertinência temática.

Para mencionar mais um exemplo, o STF também já decidiu que:

> **Info. 1084[59], STF** - É formalmente inconstitucional — por vício resultante da usurpação do poder de iniciativa (CF/1988, art. 61, § 1º, II, "a") — lei federal de origem parlamentar que cria conselhos de fiscalização profissional e dispõe sobre a eleição dos respectivos membros efetivos e suplentes.

Isso porque, em se tratando de uma autarquia federal, necessitaria de lei de iniciativa do Presidente da República. Tem-se, então, um vício resultante da usurpação do poder de iniciativa.

Disponível em:

[59] https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1084.pdf

ATENÇÃO

Lembre-se de que é necessário que não aumente despesas e haja pertinência temática para que se possa falar em emenda parlamentar.

Quanto à **iniciativa dos tribunais**, haverá iniciativa do STF para tratar de lei complementar, que será do estatuto da magistratura (art. 93).

Compete ao **STF, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça a iniciativa** de projeto de lei para alteração do número de membros dos Tribunais, criação e extinção dos cargos e matéria referente à remuneração dos serviços auxiliares dos juízos e fixação dos subsídios dos seus membros, e a fixação da organização e divisão judiciária.

Há, aqui, uma iniciativa reservada, mas de atuação restrita, eis que vão tratar sobre esses temas a fim de propor projeto de lei.

Recentemente, **o STF entendeu que é inconstitucional norma do Tribunal de Justiça que permite a reeleição de desembargadores para cargos de direção após o intervalo de dois mandatos,** visto que essa previsão viola o art. 93, *caput*, da CF/88. Esse dispositivo estabelece que a regulamentação da matéria afeta a elegibilidade para os órgãos diretivos dos tribunais está reservada à lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal. Além disso, essa norma afronta o tratamento que foi dado à matéria pelo art. 102 da LOMAN (LC n.º 35/1979), que regulamenta o art. 93 da CF/88 (**Info 851**).

No tocante à iniciativa em matéria tributária, a CF/88 estabelece que são de **iniciativa privativa do Presidente da República as leis que disponham sobre a organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos territórios (art. 61, §1º, II, b).**

Segundo o STF, esse dispositivo aplica-se exclusivamente aos tributos relativos aos territórios federais. Ou seja, não há essa atuação do Presidente da República quanto aos demais entes federativos.

A partir disso, é preciso interpretar que a iniciativa do Presidente da República relativa a essas matérias se restringe à atuação no âmbito do território. Lembrando, ainda, que os territórios não possuem autonomia e não são entes federados.

I. Prazo para exercício de iniciativa reservada

Segundo o STF, **não pode o Legislativo fixar prazo para que aquele que detém o poder de iniciativa apresente o projeto de lei**. Tampouco o Poder Judiciário pode determinar que outras autoridades proponham projetos de lei de suas iniciativas, ainda que se possa utilizar dos efeitos dos mandados de injunção e entender pela inconstitucionalidade por omissão de leis.

O STF entende que somente aquele que detém a prerrogativa de dar início ao processo legislativo é quem possui o juízo de conveniência e oportunidade para exercer esta prerrogativa. Todavia, recentemente (2016), o STF julgou procedente a ADO e declarou haver mora, por parte do Congresso Nacional, em editar determinada lei complementar tributária. Diante disso, foi fixado um prazo de doze meses para que o Legislativo elabore a lei.

Na decisão, o STF consignou que, se for ultrapassado o prazo de doze meses sem que a lei seja editada, o Tribunal de Contas da União (TCU) deverá:

Fixar o valor total a ser transferido anualmente aos estados-membros e ao Distrito Federal, considerando os critérios dispostos no art. 91 do ADCT, a saber: as exportações para o exterior de produtos primários e semielaborados, a relação entre as exportações e as importações, os créditos decorrentes de

aquisições destinadas ao ativo permanente e a efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do imposto a que se refere o art. 155, § 2º, X, "a", do texto constitucional;

Calcular o valor das quotas a que cada um fará jus, levando em conta os entendimentos entre os estados-membros e o Distrito Federal realizados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz).

II. Iniciativa privativa e emenda parlamentar

O projeto de lei de iniciativa privativa do Presidente da República pode sofrer emendas parlamentares. Cabe ressaltar que a iniciativa privativa somente autoriza que aquele determinado pela Constituição dê início ao projeto.

Assim, somente os legitimados acima podem propor leis dispondo sobre certos assuntos. Ex: um projeto de lei tratando sobre a forma de ingresso na carreira de juiz somente poderá ser proposto pelo STF (art. 93, I). Os parlamentares não podem iniciar um projeto de lei dispondo sobre esse assunto.

Isso não significa, contudo, que tais temas não possam ser veiculados por meio de emenda constitucional. Seria possível, portanto, uma emenda constitucional versando sobre o ingresso na carreira de juiz. Não há nenhuma vedação nesse sentido. Exemplo disso foi a EC n.º 45/2004, que tratou exatamente sobre esse tema e foi considerada constitucional pelo STF.

Assim, é possível que uma emenda constitucional porposta por iniciativa parlamentar trate acerca das matérias previstas no art. 61, §1° da CF/88. Isso porque as regras de iniciativa fixadas no art. 61, §1° da CF/88 não são aplicáveis ao processo de emenda à Constituição, disciplinado no art. 60 da CF/88. Mas, atenção: o mesmo raciocínio não se aplica no âmbito estadual. O STF entendi que se houver uma emenda à Constituição Estadual tratando sobre algum dos temas listados no art. 61, §1°, da CF/88 (adaptados, por simetria, ao âmbito estadual), essa demenda deve ser proposta pelo Chefe do Poder Executivo. Incabível, portanto, que os Deputados Estaduais proponham emenda constitucional dispondo sobre o regime jurídico dos servidores públicos, por exemplo.

Retornando para a análise do processo legislativo ordinário, atente-se para o fato de que, caso um parlamentar dê início ao projeto de lei de iniciativa do Presidente da República e, posteriormente, haja a sanção presidencial, o vício do projeto em questão não será suprido pela sanção, havendo vício na origem. No entanto, o STF decidiu que a emenda parlamentar ao projeto de lei de iniciativa privativa do Presidente da República deverá obedecer aos seguintes requisitos:

não provocar aumento de despesas: nem mesmo os projetos sobre organização dos serviços administrativos da Câmaras, do Senado, dos Tribunais ou dos Ministérios Públicos;

pertinência temática: não pode o parlamentar trazer emendas fora do contexto do projeto de lei.

III. Vício de iniciativa

Suponha que exista uma matéria de iniciativa privativa do Presidente da República (**art. 61, §1º, CF/88**), e que seja proposto por um deputado um projeto de lei que verse sobre essa matéria privativa. O projeto de lei tramita nas duas Casas e é aprovado, chegando ao Presidente da República, que o sanciona. Assim, o projeto de lei deixa de ser projeto e se torna lei. O Presidente, então, dá a sua aquiescência.

Essa concordância, ao final, convalida o vício de iniciativa? O STF possuía um posicionamento exarado pela Súmula 5, que dizia que a sanção supre o vício de iniciativa, pela ideia da instrumentalidade das

formas e por economia processual. No entanto, esse posicionamento do STF foi alterado a partir da Representação n.º 890/1974 e, desde então, a sanção não supre o vício de iniciativa. **O STF, hoje, entende que, nesse caso, há uma inconstitucionalidade formal subjetiva.**

b) Fase constitutiva

É a fase de tramitação do processo legislativo. É a fase na qual há discussão e votação da proposição. Nela, o projeto de lei é apresentado, discutido e votado nas duas Casas. Após, o projeto é encaminhado ao Chefe do Executivo, para sancioná-lo ou vetá-lo.

Essa fase constitui a lei, podendo ser subdivida em: fase constitutiva do Poder Legislativo e fase constitutiva do Poder Executivo. Abaixo, analisa-se como se dão essas duas fases.

I. Fase constitutiva do Poder Legislativo

Atuação prévia das comissões

O projeto de lei, quando apresentado, é submetido às comissões. Nesse caso, há a discussão das proposições.

Na casa iniciadora, o projeto é submetido à apreciação das comissões. Essas apreciações são feitas, via de regra, por **duas comissões**, sendo que: uma delas analisa o conteúdo do projeto de lei, sendo denominada da **comissão temática**; a outra, por seu turno, analisa os aspectos formais, ligadas à constitucionalidade do projeto, denominada de **Comissão de Constituição e Justiça**.

Nada impede que a lei possua diversos temas, hipótese em que deverá passar em diversas comissões temáticas. O número de comissões depende do número de temas. Na sequência, os projetos são submetidos às discussões depois de examinados pelas comissões.

Nesse processo, as comissões temáticas discutem e elaboram um parecer. O parecer pode ser a favorável ou contrário à matéria, mas a comissão temática possui pouco poder, eis que é a Comissão de Constituição e Justiça que possui mais força.

O parecer da comissão temática é meramente opinativo, podendo ser desconsiderado pelo Plenário da Casa. Por isso, o parecer negativo não significa a sua rejeição em Plenário. No entanto, com relação à Comissão de Constituição e Justiça, o parecer possui caráter terminativo. Ou seja, se a CCJ disser que o projeto viola a CF, o projeto de lei será arquivado.

Se o parecer for aprovado na comissão temática e na Comissão de Constituição e Justiça, o projeto é encaminhado ao Plenário da Casa, o qual será objeto de discussão e de votação. O trabalho das comissões, que ocorre na Casa Iniciadora, também ocorre na casa revisora.

Deliberação plenária

Chegando ao Plenário, os membros da Casa irão deliberar sobre a matéria.

Para que o **projeto de lei ordinária** seja aprovado no Plenário basta ter uma **maioria simples** (relativa), ou seja, metade mais um dos presentes, desde que haja pelo menos a maioria absoluta dos membros da Casa. Esse é o quórum para deliberar sobre lei ordinária.

Sendo uma **lei complementar**, é necessária uma **maioria absoluta**. Nesse caso, para haver a aprovação do projeto de LC, será preciso metade mais um da integralidade dos parlamentares da casa.

O projeto, **se aprovado** na **Casa Iniciadora, será encaminhado à Casa revisora**, onde, caso seja rejeitado, será arquivado. Quando o projeto de lei é arquivado, aplica-se o **princípio da irrepetibilidade**, ou seja, o projeto não poderá mais ser proposto naquela sessão legislativa. Essa é a regra.

No entanto, se houver proposta da maioria dos membros daquela Casa, ou da outra Casa, poderá ser reproposto na mesma sessão legislativa, configurando uma exceção ao princípio da irrepetibilidade.

Ao chegar à Casa revisora, o projeto pode ser aprovado, de modo que será encaminhado à sanção presidencial. Por outro lado, caso o projeto seja aprovado na Casa Iniciadora e encaminhado à Casa Revisora, é possível surgirem emendas.

No caso de aprovação com emendas da Casa Revisora, o projeto retorna à Casa Iniciadora, hipótese em que serão apreciadas exclusivamente as emendas. Havendo concordância da Casa Iniciadora com as emendas da Casa Revisora, o projeto de lei é encaminhado à sanção do Chefe do Executivo. Havendo rejeição da Casa iniciadora das emendas realizadas pela Casa Revisora, o projeto de lei é encaminhado à sanção do Presidente da República, na sua forma original.

Perceba que há uma predominância da Casa Iniciadora, pois poderá enviar o projeto ao Executivo sem as emendas da Casa Revisora.

Aprovação definitiva pelas comissões

É possível haver a aprovação definitiva pelas comissões e o projeto seja encaminhado diretamente ao Presidente da República para sanção ou veto.

O art. 58, §2º, trata do tema. A CF/88 outorga competência às comissões para discutir e votar projeto de leis que dispensarem, na forma do regimento, a competência do Plenário. Nesse caso, obsta a aprovação pela comissão se houver recurso de 1/10 dos membros da Casa.

II. Fase constitutiva do Poder Executivo

A sanção ou o veto são atos de competência privativa do Chefe do Poder Executivo. A sanção do Presidente da República poderá ser:

- **expressa**: é formalizada no prazo de 15 (quinze) dias úteis, a contar da data de recebimento;
- **tácita**: ocorre após o transcurso do prazo de 15 (quinze) dias úteis.

Havendo a sanção expressa, a lei está constituída, passando-se para a próxima fase, a complementar, que ocorre com a promulgação e publicação da lei.

A sanção do Presidente dá origem ao nascimento da lei. Logicamente, a sanção não impede que a matéria seja questionada no Poder Judiciário. O STF entende que a sanção não impede sequer que o próprio Presidente questione a inconstitucionalidade de uma lei que ele mesmo sancionou.

O veto, ao contrário da sanção, deve ser expresso, não se admitindo o "veto de bolso" (veto tácito).

Nesse contexto, o Presidente da República pode não concordar com o projeto de lei, situação em que caberá:

- **veto jurídico**: é a não concordância do PR sob o fundamento de inconstitucionalidade da lei. Nesse caso, o PR exerce um controle de constitucionalidade preventivo, pois ocorre antes da lei;

- **veto político**: é a não concordância do PR sob o fundamento de contrariedade ao interesse público;
- **veto total**: há a rejeição integral do projeto de lei;
- **veto parcial**: há rejeição parcial do projeto de lei. Esse veto somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea, não se admitindo o veto de causa (ou de pingente), que é aquele que abrange certas palavras ou expressões do texto.

São características do veto no direito brasileiro:

- **expresso**: não pode ser tácito;
- **formal:** deve ser escrito;
- **motivado**: deve comunicar a motivação ao Senado;
- **supressivo**: o PR não pode retirar uma parte do artigo para mudar o sentido do texto, pois, nesse caso, estaria atuando como legislador positivo;
- **superável (relativo):** o Congresso pode rejeitar o veto;
- **irretratável**: não admite retratação;
- **insuscetível de apreciação judicial:** trata-se de um ato político;
- **incidência em texto de iniciativa do próprio Presidente:** ou seja, o próprio Presidente pode vetar pontos do projeto que ele mesmo propôs.

O veto é um ato composto, eis que há uma manifestação negativa do PR, mas é preciso que haja a comunicação do veto ao presidente do Senado, para que realize a sessão conjunta de deliberação do veto. Essa comunicação deve ser feita no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

O veto será apreciado pelo Congresso Nacional, a qual se dará em sessão conjunta, devendo acontecer no prazo de 30 dias, a contar do recebimento. **O veto poderá ser derrubado pela maioria absoluta dos deputados e dos senadores, sendo exigida votação aberta e nominal**. Há aqui um exercício de freios e contrapesos.

Cabe ressaltar que, não **havendo a apreciação do veto** pelo CN no prazo de 30 (trinta) dias, haverá o trancamento da pauta da sessão conjunta do Congresso Nacional, e não das Casas individualizadamente.

Se houver a rejeição do veto, haverá o encaminhamento do projeto de lei ao Presidente da República para que ele promulgue. Caso não realize a promulgação, caberá ao presidente do Senado tal atribuição. Não o promulgando, caberá ao vice-presidente do Senado.

Frise-se que poderá haver a rejeição parcial do veto presidencial. Por outro lado, caso o veto seja mantido, o projeto de lei será arquivado, aplicando-se o princípio da irrepetibilidade, só podendo ser reapreciado esse projeto na mesma sessão legislativa se for apresentado pela maioria absoluta dos membros de qualquer das casas do CN.

Com relação ao veto parcial, a parte que não foi rejeitada já pode ser promulgada e publicada. Em outras palavras, **a parte vetada não impede que da parte aprovada surta efeitos.**

Se o Chefe do Executivo, ao sancionar a lei, incluir um artigo que não constava originalmente no projeto aprovado pelo Parlamento, estará configurada a prática do crime de falsificação de documento público. Esse entendimento é do STF, no **Informativo 832**, aplicando-se ao prefeito.

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE!

Interessante questão foi submetida ao STF acerca do prazo constitucional de que o Presidente da República dispõe para vetar projeto de lei.

Poderia o poder de veto ser exercido após o transcurso do prazo de 15 dias?

Conforme decisão da Suprema Corte, **a prerrogativa do poder de veto presidencial somente pode ser exercida dentro do prazo expressamente previsto na Constituição, não se admitindo o seu exercício após a sua expiração.**

No caso concreto submetido ao STF, apenas no dia imediatamente seguinte ao termo final do prazo (16º dia), a Presidência da República providenciou a publicação de edição extra do Diário Oficial da União para a divulgação de novo texto legal com a aposição adicional de veto a dispositivo que havia sido sancionado anteriormente. Trata-se de procedimento não amparado pelo texto constitucional.

Assim, caso o Presidente da República não exerça o poder de veto no prazo assinalado, haverá a **sanção tácita.**

O STF afirmou ainda que a manutenção de veto extemporâneo na forma do art. 66, §4º da CF/88 não retira a sua inconstitucionalidade, uma vez que o ato apreciado pelo Congresso Nacional sequer poderia ter sido praticado. No caso de o Poder Legislativo desejar encerrar a vigência do dispositivo legal por ele aprovado, deverá retirá-lo do ordenamento jurídico via revogação.

Assim, em suma, 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 (STF. Plenário. ADPF 893/DF, Rel. Min. Carmen Lúcia, redator do acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 20/06/2022 – Info. 1059[60]).

Ainda sobre o veto no processo legislativo, **o STF já definiu que não é possível republicar uma lei já sancionada, promulgada e publicada para incluir novos vetos, ainda que sob o argumento de que se trata de mera retificação da versão original.** Ou seja: não de admite um novo veto em lei já promulgada e publicada. Se a lei foi sancionada, verifica-se a preclusão entre as etapas do processo legislativo, sendo incabível eventual retratação. (STF. Plenário. ADPF 714/DF, ADPF 715/DF e ADPF 718/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 13/2/2021, Info. 1005[61]).

Recentemente, o STF reafirmou o entendimento, definindo que a Casa Legislativa tem o direito de decidir quando usar o rito de urgência na apreciação dos projetos de lei, tratando-se de uma prerrogativa regimental atribuída à respectiva Casa, sendo vedado ao Poder Judiciário interferir na situação, sob pena de violação ao princípio da separação dos Poderes, por se tratar de matéria “interna corporis”. (STF. Plenário. ADPF 971/SP, ADPF 987/SP e ADPF 992/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgados em 29/05/2023, Info 1096[62]).

Disponível em:

[60] https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo1059.htm

[61] https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo1005.htm

[62] https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1096.pdf

III. Fase complementar

Havendo a sanção expressa ou tácita do Presidente da República, haverá a promulgação e a publicação da lei no prazo de 48 (quarenta e oito) horas. No entanto, desde a sanção ou superação do veto, já se pode falar em lei, e não mais em projeto de lei.

Essa fase possui dois atos: **promulgação e a publicação**, conforme se observa a seguir.

Promulgação

A promulgação é um ato solene que **atesta a existência da lei**. A lei nasce com a sanção, porém a sua existência é declarada pela promulgação.

Essa promulgação é feita pelo Chefe do Poder Executivo. No caso de sanção tácita, caso o Presidente da República não o faça, caberá ao presidente do Senado fazê-lo no mesmo prazo de 48 (quarenta e oito) horas. Não havendo atuação do presidente do senado, caberá ao vice-presidente do Senado a promulgação da lei (**art. 66, §7º**).

Todavia, não havendo disponibilidade para o vice-presidente do Senado, a CF/88 não prevê o substituto. Diante disso, a doutrina estabelece que o vice-presidente do Senado não possui faculdade de promulgar ou não a lei, cabendo a obrigatoriedade de promulgação.

Existem casos de promulgação de lei de competência originária do Poder Legislativo, e não apenas subsidiária. Nesse caso, não são leis em sentido formal, mas atos normativos primários, os quais devem ser promulgados originariamente pelo Legislativo:

a) emenda constitucional: promulgação pelas Mesas do Senado e da Câmara;

b) decreto legislativo: é ato privativo do Congresso, o qual é promulgado pelo presidente do Congresso;

c) resolução: será promulgada pelo presidente da respectiva Casa.

Publicação

A publicação, por sua vez, visa dar ciência, comunicar as pessoas sobre a existência lei. Trata-se, então, de uma condição de eficácia. A publicação é exigência necessária para a entrada em vigor da lei.

2.4. Fases do Processo Legislativo Sumário

O processo legislativo sumário é o procedimento ordinário **com diminuição dos prazos**, em função da celeridade. **É a diferença de prazos que diferencia o procedimento sumário do ordinário.**

Conforme o art. 64, §1º, o Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos da sua iniciativa. Atente-se que não precisa ser de iniciativa privativa, basta que sejam de sua iniciativa.

Esse dispositivo cria exigências para que se tenha processo legislativo sumário:

- urgência solicitada pelo Presidente da República;
- projetos de sua iniciativa.

> **Art. 64, CF/88** - A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara

> dos Deputados.
> **§ 1º** O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa.
> **§ 2º** Se, no caso do § 1º, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação.
> **§ 3º** A apreciação das emendas do Senado Federal pela Câmara dos Deputados far- se-á no prazo de dez dias, observado quanto ao mais o disposto no parágrafo anterior.
> **§ 4º** Os prazos do § 2º não correm nos períodos de recesso do Congresso Nacional, nem se aplicam aos projetos de código.

Solicitada a urgência, se a Câmara ou o Senado não se manifestarem sobre a proposição em até 45 (quarenta e cinco) dias cada um deles, haverá o sobrestamento de todas as demais deliberações daquela Casa. É o trancamento da pauta. A CF/88 traz uma exceção ao sobrestamento para os casos em que as deliberações legislativas tenham prazo constitucional determinado.

No caso de proposição de emendas ao projeto de lei proposto pelo Presidente da República, o Senado (Casa Revisora) encaminhará novamente para a Câmara (Casa Iniciadora), a qual deverá apreciar as emendas em até 10 (dez) dias, **sob pena de trancamento da pauta.**

Vale lembrar que o processo legislativo sumário não se aplica a processos legislativos de códigos, dada a complexidade.

A CF/88 estabelece, também, uma hipótese de processo legislativo sumário para a apreciação de atos de outorga e renovação de concessão, permissão e autorização para radiodifusão sonoras e de sons e imagens, eis que deverá obedecer ao regime de urgência. Há aplicação do regime de urgência de forma direta do texto constitucional.

Em síntese, no caso típico de urgência, o Presidente da República solicita a urgência de um processo da sua iniciativa e a Câmara e o Senado têm, cada um, 45 dias para apreciar. Se houver emendas da Casa Revisora, a Casa Iniciadora terá mais 10 dias para apreciar. Não havendo a observância do prazo, haverá o trancamento da pauta.

Existem duas hipóteses excepcionais em que o Presidente da República **não pode solicitar urgência** na apreciação de um projeto de lei. Então, a Constituição impede a existência de processo legislativo sumário:

I) com relação a códigos, que exigem análise ampla e aprofundada;

II) no caso de suspensão do processo legislativo sumário durante os recessos do Congresso Nacional.

Vale lembrar que, fora do período de sessão legislativa ordinária (23/12 a 01/02 e 16/07 a 31/07), os prazos não são computados.

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE!

A previsão regimental de um regime de urgência que reduza as formalidades processuais em casos específicos, reconhecidos pela maioria legislativa, não ofende o devido processo legislativo.

A adoção do rito de urgência em proposições legislativas é matéria genuinamente interna corporis, não cabendo ao STF adentrar tal seara.

Quando não caracterizado o desrespeito às normas constitucionais pertinentes ao processo legislativo, é defeso ao Poder Judiciário exercer o controle jurisdicional em relação à interpretação do

sentido e do alcance de normas meramente regimentais das Casas Legislativas (STF. Plenário. ADI 6968/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 20/4/2022, Info. 1051[63]).

Frise-se que é cabível ADI em face de normas regimentais das Casas Legislativas, desde que haja ofensa direta ao texto constitucional. No caso julgado pelo STF, a petição inicial da ADI alegava violação do art. 58 da CF/88, que disciplina as atividades das comissões parlamentares, cujos trabalhos estariam sendo diminuídos com a adoção do regime de urgência.

No mérito, a Suprema Corte decidiu que não há violação ao devido processo legislativo, pois as normas regimentais reduzem as formalidades para casos específicos, aprovados pela maioria legislativa. Não há, portanto, ofensa ao art. 58 da CF/88.

Portanto, **é constitucional a previsão regimental de rito de urgência para proposições que tramitam na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, descabendo ao Poder Judiciário examinar concretamente as razões que justificam sua adoção.**

3. ESPÉCIES NORMATIVAS E O PROCESSO LEGISLATIVO PRÓPRIO

As espécies normativas que derivam do processo legislativo são as espécies normativas primárias do **art. 59, CF**. São espécies constitutivas de direito novo.

> **Art. 59, CF/88 -** O processo legislativo compreende a elaboração de:
> **I** - emendas à Constituição;
> **II** - leis complementares;
> **III** - leis ordinárias;
> **IV -** leis delegadas;
> **V**- medidas provisórias;
> **VI** - decretos legislativos;
> **VII** - resoluções.
> **Parágrafo único.** Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

No texto aprovado da redação original da Constituição, eram apenas seis incisos, mas acrescentaram, no inciso V, a medida provisória. O estranho é porque, em tese, a medida provisória não deriva de um processo legislativo, vindo pronta e acabada do Poder Executivo. No entanto, se diz que consta medida provisória no rol do art. 59 porque, para que a medida provisória se torne lei ordinária, é necessário um processo legislativo com tramitação nas duas Casas do Congresso. Nesse diapasão consta medida provisória no rol do art. 59 não pelo processo desta, que já vem pronta do Executivo, mas sim o processo legislativo para saber se a medida provisória se tornará ou não lei ordinária.

3.1. Lei ordinária

Lei ordinária é um **ato legislativo típico,** sendo um ato primário e geral. Como características, a lei ordinária deverá ter:

- generalidade;

Disponível em:

[63] https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1051.pdf

- abstração.

3.2. Lei complementar

Lei complementar é uma lei em que a iniciativa é a mesma da lei ordinária, **porém a sua aprovação se dá por maioria absoluta**, e não por maioria relativa. Nos demais procedimentos, observa-se a mesma sistemática.

Ademais, a lei complementar possui matérias reservadas. Isso porque a CF/88 determina que alguns assuntos tenham maior grau de estabilidade. Ex.: Código Tributário Nacional.

O STF decidiu que a exigência de lei complementar prevista na CF/88 deveria ser reproduzida nas Constituições Estaduais.

A lei complementar é criada por um processo legislativo especial. É uma espécie normativa primária taxativamente prevista na Constituição que exige um quórum de maioria absoluta para a aprovação.

O processo legislativo para a criação de uma lei complementar possui três grandes diferenças (**que podem ser cobradas em provas para magistratura**) em relação ao processo legislativo de uma lei ordinária.

PROCESSO LEGISLATIVO ESPECIAL (LEI COMPLEMENTAR)	PROCESSO LEGISLATIVO ORDINÁRIO (LEI ORDINÁRIA)
Há uma diferença material, pelo fato de lei complementar envolver matérias taxativas da Constituição. Art. 22, parágrafo único[64]; art. 93, *caput*[65]; art. 79, parágrafo único[66].	A lei ordinária é subsidiária, ou seja, se a lei não versa sobre matéria que deva ser de lei complementar ou de outra espécie especial, será ordinária.
Há também uma diferença formal, pois a lei complementar envolve o quórum de aprovação de maioria absoluta. Art. 69, CF[67].	A lei ordinária exige quórum de aprovação de maioria simples. Art. 47, CF[68].
Há diferença de regime de tramitação. Os projetos de lei complementar sempre terão regime de tramitação tradicional. Obrigatoriamente irão a Plenário.	Os projetos de lei ordinária podem ter os regimes de tramitação tradicional, que irão a Plenário; e regime de tramitação conclusivo, ou seja, podem ser votados tanto em Plenário quanto em comissões.

[64] Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...)Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

[65] Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...]

[66] Art. 79. Substituir o Presidente, no caso de impedimento, e suceder- lhe-áo Presidente, no caso deimpedimento, e suceder-lhe-ce-Presidente da Repso de impedimento, e suceder- lhe- que lhe forem conferidas por lei complementar, auxiliará o Presidente, sempre que por ele convocado para missões especiais.

[67] Art. 69. As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta.

[68] Art. 47. Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros.

No mais, os processos equivalem-se: **os projetos de lei complementar também terão Casa Iniciadora e Casa Revisora.** Se a Casa Revisora alterar com emenda substancial, o projeto volta para a Casa Iniciadora revisar. São submetidas à sanção ou ao veto. Se há veto, o projeto irá ao Congresso Nacional para que haja apreciação, em sessão conjunta, no prazo de 30 dias; rejeitado o veto por maioria absoluta em votação aberta, tem-se a promulgação pelo Presidente da República, aplicando-se também o art. 66, da CF.

Existe hierarquia entre lei ordinária e lei complementar?

Existem alguns autores que defendem que sim, no sentido de que, em vista da diferenciação feita pelo quórum exigido, há hierarquia entre lei complementar e lei ordinária. A **corrente majoritária**, contudo, **afirma que não existe hierarquia**, porque o que existem são campos materiais diferenciados, uma vez que o constituinte decidiu que determinadas matérias serão alocadas para lei ordinária, e determinadas matérias, por lei complementar. Além disso, há o argumento de fundamento de validade, ou seja, uma lei complementar é inválida porque uma lei ordinária confere validade a ela e vice-versa. Uma não retira o seu fundamento de validade da outra.

Ambas retiram o seu fundamento de validade da Constituição. Se existe hierarquia, não é entre elas, mas sim delas para com a Constituição. **Essa é a corrente majoritária na doutrina e na jurisprudência.**

Apesar de não existir hierarquia, se uma lei ordinária invadir a competência de lei complementar, essa lei ordinária será considerada inconstitucional. De outro modo, se lei complementar invadir a competência de lei ordinária, essa lei complementar não será inconstitucional, pois prevalece a ideia de "quem pode mais, pode menos". Ou seja, de qualquer modo, o dispositivo seria aprovado, porque a lei ordinária exige maioria simples e foi aprovada por maioria absoluta da lei complementar.

Se, posteriormente, for elaborada uma lei ordinária sobre essa matéria, essa lei ordinária revoga a lei complementar? Sim, excepcionalmente. Nesse caso, uma lei ordinária posterior pode revogar lei complementar, porque essa lei complementar é uma lei formalmente complementar, mas materialmente ordinária.

Quando a lei complementar for formalmente complementar, mas materialmente ordinária, ela pode ser revogada por lei ordinária. O STF já se manifestou sobre isso em alguns informativos, como no **Info. 529.**

Pode-se mencionar ainda as espécies normativas que derivam de processos legislativos especiais.

Processos legislativos especiais são aqueles que visam à produção e à elaboração das **emendas constitucionais, das leis complementares, das medidas provisórias, das leis delegadas, dos decretos legislativos e das resoluções do Poder Legislativo.**

3.3. Emendas à Constituição

Trata-se de um processo de alteração do texto constitucional. Os legitimados para propor emendas são:

> **Art. 60, CF/88.** A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
> **I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;**
> **II - do Presidente da República;**
> **III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação**, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal decidiu que **é possível que emenda constitucional proposta por iniciativa parlamentar trate sobre as matérias previstas no art. 61, §1º, da CF/88**, pois as regras de reserva de iniciativa ali fixadas não são aplicáveis ao processo de emenda à Constituição Federal, disciplinado em seu art. 60.

Assim, a **EC n.º 74/2013,** que conferiu autonomia às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal, não viola o art. 61, §1º, II, "c", da CF/88, nem o princípio da separação dos poderes, mesmo tendo sido proposta por iniciativa parlamentar, conforme entendimento do STF, no **Info. 826**.

Quando a CF/88 prevê que determinados projetos de lei somente podem ser apresentados por alguns legitimados, ela não proíbe que tais temas sejam tratados por emenda constitucional iniciada por qualquer dos legitimados, conforme já afirmado anteriormente. Na prática, os parlamentares não podem iniciar um projeto de lei dispondo sobre esse assunto, o que não significa, contudo, que tais temas não possam ser veiculados por meio de emenda constitucional. Seria possível, portanto, uma emenda constitucional versando sobre o ingresso na carreira de juiz. Não há nenhuma vedação nesse sentido. Exemplo disso foi a EC n.º 45/2004, que tratou exatamente sobre esse tema e foi considerada constitucional pelo STF.

O STF não pode propor emendas à Constituição. Logo, deve-se permitir que qualquer dos legitimados do art. 60 possa propor emendas à Constituição Federal, ainda que dispondo sobre os assuntos do art. 61, § 1º, II, da CF/88.

No âmbito estadual, a conclusão é a mesma acima exposta? **Os deputados estaduais podem apresentar emendas à Constituição tratando sobre os assuntos previstos no art. 61, § 1º da CF/88? NÃO.** O STF entende que, se houver uma emenda à Constituição Estadual tratando sobre algum dos assuntos listados no art. 61, § 1º, da CF/88 (adaptados, por simetria, ao âmbito estadual), **essa emenda deve ser proposta pelo Chefe do Poder Executivo**. Assim, é **incabível que os Deputados Estaduais proponham uma emenda constitucional dispondo sobre o regime jurídico dos servidores público**s, por exemplo (art. 61, § 1º, II, "c"). Se isso fosse permitido, seria uma forma de burlar a regra do art. 61, § 1º, da CF/88. Tal tema já foi brevemente analisado quando da explanação acerca da iniciativa privativa e emenda parlamentar.

Em suma, "matéria restrita à iniciativa do Poder Executivo não pode ser regulada por emenda constitucional de origem parlamentar" (STF. Plenário. ADI 2.966, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 06/04/2005). Assim, se for proposto um projeto de lei tratando sobre servidores públicos do Poder Executivo estadual, esse projeto deverá ser apresentado pelo **Governador do Estado**, por força do art. 61, § 1º, II, "c", da CF/88, que é aplicado ao âmbito estadual, por força da simetria.

Com base nisso, será inconstitucional emenda constitucional, de iniciativa parlamentar, que insira na Constituição Estadual dispositivo versando sobre servidores públicos estaduais. Isso porque seria uma forma de os deputados estaduais burlarem a vedação do referido artigo da CF/88. Nesse sentido, tem-se: STF. Plenário. ADI 3848/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 11/2/2015 (Info 774). Dessa forma, o poder das Assembleias Legislativas de emendar Constituições Estaduais não pode avançar sobre temas cuja reserva de iniciativa é do governador do Estado.

Na fase constitutiva, seguirá pelo art. 60, §2º, da CF/88. A PEC tramita pelo Congresso Nacional em dois turnos, nas duas Casas, com 3/5 de votos.

> **Art. 60, CF/88 -** A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...]
> **§ 2º** A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

A fase complementar terá o procedimento do art. 60, §3º, CF, que é a promulgação de uma emenda constitucional pela Mesa da Câmara e do Senado, com o seu respectivo número de ordem.

> **Art. 60, CF/88 -** A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...]
> **§ 3º** A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem

Quanto ao **processo legislativo da Emenda Constitucional, foram feitas considerações quando do estudo do Poder Constituinte Derviado Reformador. Repete-se, contudo, algumas considerações.**

Temos **a apresentação da PEC** (art. 60, I, II e III, da CF), na fase de iniciativa, que vai para a Mesa da Casa da Câmara (mas poderia ser do Senado), em **seguida irá para a Comissão de Constituição e Justiça**, que fará um **juízo de admissibilidade** sobre a PEC (se ferir cláusula pétrea, a CCJ pode determinar o arquivamento desde já).

Feito isso, terá um primeiro turno de votação na Câmara dos Deputados, em que a PEC poderá ser rejeitada ou aprovada. Se rejeitada, arquiva-se. Se aprovada com quórum de 3/5, irá para o segundo turno de votação, onde poderá er rejeitada (arquiva) ou aprovada, novamente por 3/5.

Se aprovada em dois turnos da Câmara, irá para a Mesa do Senado, que terá procedimento semelhante ao da Casa anterior. Irá para a CCJ do Senado, que fará um juízo de admissibilidade sobre a PEC e também emite um parecer sobre ela. Na Câmara, quem emite o parecer é a Comissão Especial. No Senado, a CCJ faz a admissibilidade e também emite o parecer, tendo o prazo de 30 (trinta) dias para tanto. A CCJ admite, emite o parecer e, assim, pode ter votação.

Será votada em primeiro turno, podendo ser rejeitada ou aprovada. Se rejeitada, há o arquivamento. Se aprovada no primeiro turno, prossegue para o segundo turno, em que também pode ser rejeitada (arquivamento) ou aprovada em um quórum de 3/5.

Se aprovada em dois turnos em cada Casa por um quórum de 3/5, será promulgada pela Mesa da Camara e Mesa do Senado com seu número de ordem.

Se, em vez de começar na Câmara, começar no Senado, não será igual à Câmara, que vai para a CCJ e depois para Comissão Especial Temporária com 40 sessões. Se a PEC começar no Senado, é encaminhada para a CCJ, que faz a admissibilidade em 30 dias, e depois segue para votação em primeiro e segundo turno.

Quando a PEC é rejeitada, não pode ser reapresentada na mesma sessão legislativa, somente poderá reapresentada na próxima sessão legislativa (art. 60, §5º, CF/88).

> **Art. 60, CF/88 -** A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...]
> **§ 5º** A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Nas circunstâncias de estado de sítio, intervenção federal e estado de defesa, a Constituição não poderá ser emendada. Art. 60, §1º, CF/88.

> **Art. 60, CF/88 -** A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...]
> **§ 1º** A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio

Pode haver emendas às PECs. Não pode haver contrabando legislativo, de modo que as emendas devem guardar pertinência temática com a PEC. Se a PEC for encaminhada para a segunda Casa e for

aprovada com emendas, deve voltar à Casa Iniciadora para apreciação das emendas, também em dois turnos com quórum de 3/5.

Por que existe essa diferença de tratamento entre emenda à Constituição Federal e emenda à Constituição Estadual?

O Poder Constituinte Estadual não é originário. É poder constituído, cercado por limites mais rígidos do que o Poder Constituinte federal. A **regra da simetria** é um exemplo dessa limitação. Por essa razão, as Assembleias Legislativas se submetem a limites mais rigorosos quando pretendem emendar as Constituições Estaduais. Assim, se os deputados estaduais apresentam emenda à Constituição Estadual tratando sobre os assuntos do art. 61, §1º, da CF/88, eles estão, em última análise, violando a própria regra da Constituição Federal.

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE!

É inconstitucional norma de constituição estadual que preveja quórum diverso de 3/5 dos membros do Poder Legislativo para aprovação de emendas constitucionais (STF, Plenário. ADI 6453/RO, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 11/02/2022, Info. 1043).

As regras básicas do processo legislativo previstas na Constituição Federal são de observância obrigatória pelos Estados-membros, devendo-se observar, neste caso, o princípio da simetria.

Já é pacífico na jurisprudência do STF que as normas regentes do processo legislativo federal possuem natureza estruturante e se impõem como limites ao poder constituinte derivado, ensejando-se, assim, a inconstitucionalidade das Constituições estaduais que destoem do quanto ali previsto.

3.4. Medidas provisórias

As medidas provisórias são atos normativos primários, tendo seu fundamento de validade extraído diretamente da Constituição Federal. Esses atos são provisórios, estando sob uma condição resolutiva, pois, do contrário, perderão sua eficácia.

A medida provisória é uma espécie normativa primária elaborada e editada pelo Presidente da República, com força de lei, sob um fundamento de relevância e urgência e que deve ser apreciada pelo Poder Legislativo em um prazo de 60 (sessenta) dias, prorrogável por mais 60 (sessenta) dias.

A EC n.º 32/2001 alterou a exegese das medidas provisórias na Constituição, conforme pode-se observar neste quadro comparativo:

ANTES DA EC n.º 32/2001	DEPOIS DA EC n.º 32/2001
O prazo das MPs era de 30 dias.	O prazo é de 60 dias, podendo ser prorrogado por mais 60 dias. Formalmente, as MPs podem valer por 120 dias, pelo menos.
O STF permitia a reedição de MP. O prazo de duração de uma MP era de 30 dias para vigorar e ser apreciada pelo Congresso, que, se não o fizesse, o PR poderia reeditá-la por 30 dias sucessivamente. Existiram MPs que foram reeditadas por mais 70 vezes. Exemplo: MP do	Proibida a reedição de MP. Hoje, caso uma MP ultrapasse os 120 dias (60 + 60) sem apreciação pelo Congresso, ocorrerá a rejeição tácita.

Plano Real, elaborada em 1994, mas apreciada em 2001.	
O prazo de tramitação não era suspenso no recesso.	O prazo de tramitação é suspenso no recesso. Supondo que, no dia 20/12, o PR publica uma MP e o recesso tem início no dia 22/12; nesse caso, a MP tramitou, até então, por dois dias. Ao retornar do recesso, no dia 02/02, essa MP volta no terceiro dia. No entanto, em que pese não possa ser apreciada pelo Congresso no período de recesso, **a MP continua a vigorar**. Ou seja, no fundo a MP pode durar muito mais do que 120 dias. Porém, caso haja convocação extraordinária, nos termos do art. 57, §8º, CF/88, as MPs em vigor são incluídas na pauta de convocação e o prazo volta a ser contado no recesso.
Não existia regime de urgência para a tramitação de MP.	Existe regime de urgência, nos termos do art. 62, §6º da CF. Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. [...] §6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando. Do dia 46 ao dia 60, são 15 dias em que pode ficar em regime de urgência. Ou seja, tudo parado, enquanto não votar a MP, não vota nada. E, quando chegar no dia 60, pode ser prorrogado por mais 60 dias. Assim, pode-se ter 75 dias de uma MP tramitando em regime de urgência, trancando pauta no Congresso.
A apreciação da MP era feita pelo Congresso Nacional em sessão conjunta.	A apreciação da MP é feita de forma separada. Primeiro, será apreciada na Câmara e, se aprovada, será apreciada pelo Senado. Se aprovada nas duas Casas, virará uma **lei ordinária**.

ATENÇÃO

Em 2004, após a EC n.º 32, houve 246 dias legislativos e, desses dias, houve MP trancando pauta de 220 dias, ou seja, a rigor, os congressistas só trabalharam por 26 dias. Em 2009, o então Presidente da Câmara, Michel Temer, resolveu dar uma nova interpretação ao art. 62, §6º, afirmando que, a partir de então, MP só tranca pauta de projeto de lei ordinária e em matérias que guardam relação com a MP, que podem ser regradas por ela. Existem muitas matérias, mesmo em projeto de lei ordinária, que não podem ser regradas por MP (por exemplo, de matéria penal, processual penal, nacionalidade, direito eleitoral, partidos políticos etc.).

Exemplo: imagine que o Brasil esteja sofrendo bombardeio, sendo atacado por outro país e o Brasil não pode responder a essa agressão armada porque MP está trancando pauta e isso impossibilita a tramitação de decreto legislativo para declarar guerra a esse país.

a) Requisitos das medidas provisórias

O **art. 62** da CF/88 dispõe que, em caso de relevância e urgência (pressupostos da medida provisória), o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

Entende-se que a definição do que seja relevante e urgente para fins de edição de medidas provisórias consiste, em regra, em um **juízo político** (escolha política/discricionária) de competência do Presidente da República, controlado pelo Congresso Nacional. Desse modo, salvo em caso de notório abuso, o Poder Judiciário não deve se imiscuir na análise dos requisitos da MP.

No caso de MP que trate sobre situação tipicamente **financeira e tributária**, deve prevalecer, em regra, **o juízo do administrador público**, não devendo o STF declarar a norma inconstitucional por afronta ao art. 62 da CF/88 (**Info 851**).

Lembrando que a CF estabelece que a edição de medida provisória não obriga a convocação extraordinária em período de recesso. Assim, o prazo de medida provisória não é contado durante o período de recesso. De toda forma, se houver uma convocação extraordinária por outro motivo no Congresso, as medidas provisórias são automaticamente inseridas na pauta.

b) Vedações às medidas provisórias

Existem certas matérias que não podem ser tratadas por medidas provisórias, tais como:

- matéria relativa à nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral tudo relacionado à capacidade eleitoral ativa ou passiva;
- matéria de direito penal, processual penal e processual civil;
- matéria sobre a organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;
- matérias que tratem de planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, §3º;
- matérias que visem à detenção ou ao sequestro de bens, de poupança popular ou de qualquer outro ativo financeiro;
- matérias reservadas à lei complementar;
- matéria já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República. Frise-se que o STF, em 19/08/2021, afirmou que:

> **Informativo 1026[69], STF** - Não caracteriza afronta à vedação imposta pelo art. 62, § 1º, IV, da Constituição Federal (CF) (1) a edição de medida provisória no mesmo dia em que o Presidente da República sanciona ou veta projeto de lei com conteúdo semelhante.

Assim, se o Presidente da República estiver com um projeto de lei aprovado pelo Congresso para análise de sanção ou veto, ele não poderá editar uma MP sobre o mesmo assunto. Por outro lado, nada impede que o Presidente sancione ou vete esse projeto e, no mesmo dia, edite uma medida provisória tratando sobre o mesmo tema. Neste caso, não haverá afronta ao art. 62, §1º, IV, da CF/88.

Além desses casos, é vedada a edição de medida provisória estadual para regulamentar a exploração diretamente, ou mediante concessão, dos serviços locais de gás canalizado.

Com relação à **matéria orçamentária**, é permitida a adoção de medida provisória somente para a abertura de crédito extraordinário, o qual só se justifica para despesas extraordinárias e urgentes, como guerra, comoção interna, calamidade pública, etc.

c) Procedimento legislativo da MP

As medidas provisórias devem ser submetidas ao Congresso Nacional, o qual terá o prazo de 60 (sessenta) dias, prorrogáveis por mais 60 (sessenta) dias, para apreciar a medida provisória. Esse prazo não corre durante os prazos de recesso do Congresso Nacional.

No CN, as medidas provisórias são apreciadas por uma comissão mista, composta por senadores e deputados. Posteriormente, haverá a elaboração de um parecer, favorável ou não à conversão em lei, sendo esse parecer meramente opinativo.

Apesar de serem apreciadas numa comissão mista, a votação da medida provisória é feita em separado, **iniciando-se na Casa Iniciadora e, posteriormente, sendo enviada à Casa Revisora (Senado).** Se a MP for convertida em lei, o presidente do Senado a promulgará.

Todavia, essa **medida provisória pode ser alterada**. Se houver modificações no texto, a medida provisória se transforma num projeto de lei de conversão. Esse projeto, aprovado no Legislativo, deverá ser encaminhado ao Presidente da República para ser sancionado ou vetado.

A outra opção que poderá acontecer com a medida provisória é de ela ser **integralmente rejeitada**, ou pela **perda do prazo** de 60 mais 60 dias. Nesses casos, a medida provisória é arquivada, devendo o Congresso Nacional disciplinar por meio de decreto legislativo, no prazo de 60 dias, as relações jurídicas que ocorreram durante a vigência daquela medida provisória.

A CF/88 estabelece que o CN deverá disciplinar no prazo de 60 dias. Caso o CN não edite o decreto, as relações jurídicas que surgiram durante o lapso de atuação da medida provisória serão ainda reguladas pelo conteúdo da medida provisória.

Em síntese, a medida provisória poderá ter três destinos:

Ser aprovada sem emendas – o Presidente da República publica a MP (entra no ordenamento com força de lei), que segue para a Mesa do Congresso Nacional, que determina uma comissão mista temporária

---

Disponível em:

[69] https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1026.pdf

composta por 12 deputados e 12 senadores, os quais irão elaborar um parecer sobre a MP (sobre relevância e urgência, sobre mérito etc.). Essa MP, então, irá para a Câmara dos Deputados, que pode ser rejeitada ou aprovada com quórum de maioria simples. Se aprovada, irá para o Senado, e lá poderá ser rejeitada ou aprovada por maioria simples. Se ela for aprovada por maioria simples nas duas Casas, o presidente do Senado promulga e o Presidente da República sanciona a lei ordinária derivada de MP;

Aprovada com emendas – o Presidente da República publica a MP, que vai para a Mesa do Congresso Nacional, a qual determina uma comissão mista temporária composta por 12 deputados e 12 senadores, responsáveis por elaborar um parecer sobre a MP. Os parlamentares podem apresentar emendas à MP em um prazo de seis dias contados da publicação da MP em questão. O parecer, nesse caso, será não só sobre a MP, mas também sobre as emendas que os parlamentares irão apresentar sobre a MP. Após, a comissão mista vai apreciar a MP e as suas emendas. Se a Câmara aprovar com emendas e o Senado também, a MP terá sofrido modificação e, por isso, será convertida em um projeto de lei ordinária, que será submetido ao Presidente da República para a sua apreciação. Deve-se dar ao Presidente da República oportunidade de apreciação sobre a MP, que, agora, está com emendas. O Presidente da República, então, se manifestará, sancionando ou vetando a MP. Se o Presidente da República concordar com as modificações feitas em sua MP, que foi convertida em um projeto de lei, ele sanciona; se não concordar, o veta. Se o Presidente sanciona o projeto de lei, ele mesmo promulga e publica a lei ordinária. Se o Presidente veta o projeto de lei, ocorrerá o procedimento do **art. 66 da CF**, segundo o qual o projeto vai ao Congresso Nacional para apreciação em votação aberta, no prazo de 30 dias, em sessão conjunta, que pode rejeitar o veto. As emendas à MP têm de guardar pertinência temática com esta, senão se estará diante de um contrabando legislativo, algo que o STF não admite mais desde outubro de 2015, conforme julgamento da ADI 5127;

Rejeição – existe a rejeição expressa e a rejeição tácita. A rejeição expressa é aquela que ocorre dentro do prazo de tramitação da MP, ou seja, dentro do prazo de 60 dias, que pode ser prorrogável por mais 60 dias, seja na Câmara ou no Senado. A rejeição tácita ocorre após o decurso desse prazo (60 dias + prorrogação) em virtude de a MP não ter sido aprovada pelas duas Casas ou rejeitada expressamente por uma. Se foi aprovada pelas duas Casas, torna-se lei ordinária; se foi rejeitada expressamente por uma das Casas, ocorre a rejeição expressa. Quando a MP, após 120 dias formais, não foi aprovada expressamente pelas duas Casas ou rejeitada expressamente por uma delas, ocorrerá a rejeição tácita. O efeito de rejeição de uma MP é *ex tunc*, ou seja, perde eficácia desde a edição, nos termos do artigo 62, §3º, CF.

> **Art. 62, §3º, CF -** 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.
> [...]
> **§ 3º** As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

Segundo o STF, caso o Congresso Nacional inclua, em projeto de lei, **uma emenda de conteúdo diverso da medida provisória originária**, ou seja, sem pertinência temática, tal prática será considerada incompatível com a Constituição Federal, configurando o chamado contrabando legislativo.

O uso de medidas provisórias se dá por motivos de urgência e relevância da matéria, cuja análise compete ao Chefe do Poder Executivo. Assim, toda e qualquer emenda parlamentar em projeto de conversão de medida provisória em lei deve ficar restrita ao tema definido como urgente e relevante. Dessa forma, o dispositivo inserido por meio de contrabando legislativo é considerado formalmente inconstitucional.

O problema é que, quando uma MP surge no ordenamento, não há como saber se ela será rejeitada ou aprovada, e uma série de atos, contratos e negócios jurídicos são feitos com base na MP. **Como ficam todos esses atos, contratos e negócios jurídicos?** A saída é o Congresso Nacional editar um decreto legislativo para regular as relações jurídicas que ocorreram à época da MP.

Suponha, por exemplo, um contrato que estava sendo adimplido com multa por inadimplemento de 2%. Surge uma MP aumentando a multa de 2% para 10%. Naquele mês que a MP estava vigorando, o sujeito se torna inadimplente e paga 10% de multa. 20 dias após pagar a multa de 10%, a MP é rejeitada. O Congresso Nacional deverá resolver a situação, regulando as relações jurídicas à época em que a MP estava vigorando.

Por outro lado, o art. 62, §11, da CF/88 aduz que, se o Congresso Nacional não editar o decreto legislativo em um prazo de 60 dias, contados da rejeição da MP (expressa ou táctica), os efeitos da MP conservar-se-ão para as relações jurídicas constituídas com base nela.

> **Art. 62, §11, CF/88 -** 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.
> [...]
> **§ 11.** Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas

Então, a MP já sem efeitos continuará regendo as relações jurídicas constituídas com base nela até que o Congresso Nacional edite o decreto legislativo.

d) Prazo de eficácia da MP

O prazo de eficácia da MP é de 60 dias, prorrogável uma única vez por mais 60 dias. Essa prorrogação é automática. No entanto, ela é formalizada pelo Presidente do Congresso Nacional, ato que serve apenas para dar publicidade.

LEMBRE-SE
Os prazos não correm durante o recesso.

e) Trancamento de pauta

A medida provisória deverá ser apreciada em até 45 dias, contados da sua publicação. Se não for apreciada dentro desse prazo, entrará em regime de urgência, hipótese em que haverá o trancamento da pauta.

Perceba que o prazo para **apreciação** é de **45 (quarenta e cinco) dias**, mas o prazo de **eficácia** é de **60 (sessenta) dias**, sendo prorrogável por mais 60 dias, fora o recesso, em que não correrá o prazo. Atente-se para o fato de que esse prazo de 45 dias para apreciação não é contado no período de recesso, já que não há convocação extraordinária para deliberar sobre as medidas provisórias.

Cabe frisar que, se a Câmara não apreciar a medida provisória no prazo de 45 dias, haverá o trancamento da pauta. Entretanto, caso a Câmara resolva apreciar após o esgotamento do prazo de 45 dias e encaminhe a medida provisória ao Senado, essa deliberação já chega trancando a pauta do Senado, eis que esse prazo é para todo o trâmite e não apenas para cada uma das Casas.

Vale destacar que, segundo **Informativo 870** do STF, MP só poderá trancar pauta em projeto de lei ordinária e de matérias que podem ser regradas por MP. Quanto a isso, o **art. 62, §6º**, da CF/88 afirma que:

> [...] se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.
>
> Apesar de o dispositivo falar em "todas as demais deliberações", o STF, ao interpretar esse §6º, não adotou uma exegese literal e afirmou que ficarão sobrestadas (paralisadas) apenas as votações de projetos de leis ordinárias que versem sobre temas que possam ser tratados por medida provisória. Assim, por exemplo, mesmo havendo medida provisória trancando a pauta pelo fato de não ter sido apreciada no prazo de 45 dias (art. 62, § 6º), ainda assim a Câmara ou o Senado poderão votar normalmente propostas de emenda constitucional, projetos de lei complementar, projetos de resolução, projetos de decreto legislativo e até mesmo projetos de lei ordinária que tratem sobre um dos assuntos do art. 62, § 1º, da CF/88. Isso porque a MP somente pode tratar sobre assuntos próprios de lei ordinária e desde que não incida em nenhuma das proibições do art. 62, § 1º. Cf.
> STF. Plenário. MS 27931/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 29/6/2017 (Info 870).

f) Efeitos após a perda de eficácia da medida provisória

Apesar de uma divergência doutrinária, Marcelo Alexandrino e Vicente Pauto entendem que a perda da eficácia da medida provisória gera efeitos *ex tunc*, eis que a norma é retirada do plano normativo desde a sua edição.

A CF/88 só dispõe que as relações jurídicas realizadas nesse período serão regidas pela medida provisória no caso de omissão do CN.

g) Apreciação plenária

A medida provisória será apreciada nas duas Casas separadamente. A Câmara é a Casa Iniciadora obrigatória e o Senado é Casa Revisora obrigatória.

A MP ocorre necessariamente em duas fases:

1ª fase: preenchimento dos pressupostos constitucionais: existe relevância e urgência?

2ª fase: mérito da medida provisória.

h) Conversão parcial

O texto constitucional trata da conversão parcial da medida provisória, tratando dessa possibilidade.

Segundo o §12 do art. 62, aprovado projeto de lei de conversão (passou no CN) alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto. Se há uma conversão parcial, é forçoso convir que houve emenda parlamentar. Nesse caso, haverá a transformação da MP em um projeto de lei de conversão.

Pela leitura do §12 extrai-se que, se o projeto de lei de conversão é aprovado no Poder Legislativo, a medida provisória continua integralmente em vigor até que esse projeto seja sancionado ou vetado pelo Chefe do Poder Executivo.

i) Reedição

É vedada a sua reedição na mesma sessão legislativa.

O Presidente da República não pode reeditar a medida provisória, mas poderá apresentar uma medida provisória que tenha sido objeto de um projeto de lei que foi rejeitado?

NÃO. O Presidente da República não pode editar MP para disciplinar projeto de lei que tenha sido rejeitado na mesma sessão legislativa. Da mesma forma, a matéria de medida provisória revogada por outra medida provisória não poderá ser alvo de nova medida provisória na mesma sessão legislativa.

j) MP sobre direito tributário

A medida provisória pode tratar de direito tributário.

A CF/88 trata expressamente sobre a temática de impostos no art. 62, §2º, afirmando que medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se for convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

Trata-se do princípio da anterioridade tributária, só podendo gerar efeitos no ano seguinte ao da sua publicação. Assim, se houver uma MP majorando ou instituindo tributos, ela só fará efeitos no próximo exercício financeiro tiver-se sido convertida em lei antes de findado o exercício financeiro em que ela foi publicada.

A CF/88 estabelece o **princípio da anterioridade tributária**. O Texto Maior trata, também, do princípio da noventena, em que uma lei que institui ou aumenta tributo deverá observar um prazo mínimo de 90 dias.

É necessário conciliar os dois princípios.

k) Intervalo proibitivo de medida provisória (art. 246 da CF)

Segundo o **art. 246**, é vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive.

Trata-se de um intervalo proibitivo de medida provisória. Ora, entre 1º/01/95 e a n.º EC 32/2001, não poderá ser objeto de medida provisória.

l) Medidas provisórias anteriores à EC 32/01

Antes da EC n.º 32/2001, não havia essa revogação tácita da eficácia pelo decurso do prazo. No entanto, após essa EC, as medidas provisórias passaram a perder a eficácia com o decurso do prazo.

Para tratar das MPs anteriores à EC n.º 32, o art. 2º dessa emenda constitucional dispôs que as medidas provisórias editadas em data anterior à publicação dela continuariam em vigor até que medida provisória ulterior as revoguem explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

Perceba que essa vigência por prazo indeterminado das MPs anteriores à EC 32 independe de qualquer ato do Chefe do Executivo ou do Congresso, mas continuam sendo medida provisória.

m) Retirada da medida provisória

Segundo o STF, não é possível que o Congresso Nacional promova a retirada da medida provisória pelo Chefe do Executivo. O Presidente não pode solicitar a retirada da medida provisória submetida à apreciação do Congresso Nacional.

n) Revogação da medida provisória

Perceba que uma medida provisória pode ser revogada por outra. O STF admite que a medida provisória seja revogada por um ato normativo da mesma espécie. Nesse caso, **fica suspensa a eficácia da medida provisória que foi objeto de revogação por outra medida até que exista o pronunciamento do Poder Legislativo sobre a medida provisória revogadora.**

O PR edita uma MP-1 (prazo de 60 mais 60). Quando a MP-1 está com 40 dias, o PR revoga a MP anterior e edita a MP-2. Nesse caso, fica suspensa a eficácia da MP-1, e suspenso o prazo. Com isso, tem-se a MP-2. Se essa MP-2 for rejeitada, continuarão a correr os outros 20 dias que restavam para a MP-1, podendo ser renovado por mais 60 dias.

Por isso há apenas a suspensão da eficácia da medida provisória revogada pela medida provisória revogadora. Se a medida provisória revogadora for convertida em lei, haverá uma definitiva revogação da medida provisória inicial. Do contrário, a medida provisória retoma os seus efeitos e passa a vigorar pelo tempo que lhe restava.

o) Efeitos da medida provisória sobre a lei pretérita

Quando uma MP é editada e há uma legislação ordinária com ela incompatível, essa legislação tem a sua eficácia suspensa. No entanto, se essa MP for rejeitada, a lei com ela incompatível volta a produzir efeitos.

A MP não tem o condão de revogar a lei, pois ela somente suspende a lei. Suspendendo a eficácia, a lei permanece no ordenamento jurídico, não produzindo efeitos enquanto a medida provisória estiver em vigor. De outro modo, se essa MP for convertida em lei, então haverá a revogação da legislação ordinária em sentido contrário.

p) Apreciação judicial dos pressupostos constitucionais da medida provisória

A apreciação judicial dos pressupostos constitucionais da medida provisória, que são a relevância e urgência, possui um caráter político, razão pela qual, via de regra, o Poder Judiciário não pode se imiscuir.

No entanto, o STF entende que, se houver flagrante improcedência ou inexistência de relevância ou urgência, o Poder Judiciário deverá decidir pela inconstitucionalidade da medida provisória.

q) Lei de conversão e vício de medida provisória

A medida provisória não tinha originariamente relevância ou urgência, mas foi posteriormente convertida em lei; **nesse caso, estariam supridos os vícios da medida provisória?**

Segundo o STF, a lei de conversão não convalida os vícios existentes na medida provisória. Em outras palavras, se, quando a MP estiver em vigor, houver uma impugnação à constitucionalidade desta e, posteriormente, essa MP for convertida em lei, não haverá perda de objeto da ação, que poderá ser apreciado judicialmente.

r) Medida provisória nos estados-membros e nos municípios

Segundo o STF, os estados podem adotar medidas provisórias, mas deverão estar previstas na Constituições Estaduais, devendo observar a simetria com as relação às regras constitucionais.

Com base nesse raciocínio, poderão também os **municípios** editar medidas provisórias, desde que haja previsão na lei orgânica e observadas as regras constitucionais.

s) Considerações finais sobre Medidas Provisórias

Existe a possibilidade de **controle de constitucionalidade** sobre MP, pois é um ato normativo, ainda que não seja lei (mas com força de lei) e vincule condutas.

Quanto à inconstitucionalidade material, o STF a analisa como regra, ou seja, se o conteúdo da MP contrariar o conteúdo da Constituição, o STF declara a inconstitucionalidade. Já com relação à inconstitucionalidade formal, o STF entende que deve-se analisar apenas excepcionalmente.

A inconstitucionalidade formal envolve os chamados requisitos de relevância e urgência, que são os requisitos formais de uma MP. Ou seja, o eventual descumprimento dos requisitos formais de uma MP só será analisado de forma excepcional pelo STF, pois se entende que quem deverá saber o que é relevante e urgente é o Presidente da República, pois é ele quem produz a MP. Além disso, em um segundo momento, ainda existe uma análise pelo Poder Legislativo, que apreciará a MP.

Portanto, o STF pode declarar a inconstitucionalidade formal, mas de forma excepcional, nas hipóteses em que o Presidente da República incorrer em desvio de finalidade e abuso no poder de legislar.

3.5. Leis delegadas

Lei delegada é uma lei cuja **elaboração foi delegada pelo CN ao Presidente da República**. São leis elaboradas pelo PR, que solicita uma delegação ao CN. Essa solicitação é chamada de **iniciativa solicitadora.**

Sobre isso, Nelson de Souza Sampaio (1996, p. 18) afirma que a lei delegada é uma delegação externa de função legiferante (função de fazer lei). A lei delegada advém da Europa, com a ideia de que o legislador pode estar muito ocupado, cansado, com muitas atividades e, por isso, delegaria ao Executivo a faculdade de elaborar leis sobre determinados temas.

As leis delegadas não poderão tratar das seguintes matérias:

I) atos de competência exclusiva do Congresso Nacional;

II) atos de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

III) matéria reservada à lei complementar;

IV) legislação sobre organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

V) legislação sobre nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

VI) legislação sobre planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

Portanto, é possível que lei delegada verse sobre direito processual civil, direito penal, direito civil, direito processual penal, direito comercial, entre outros temas.

Nesse processo, o Congresso apreciará a delegação e poderá aprová-la. Essa aprovação se dará por meio do quórum de maioria simples.

A lei delegada terá ***status* de lei ordinária.** O Congresso aprecia e aprova a delegação, a qual virá sob a forma de uma resolução do Congresso, que enumerará os conteúdos limitados e termos específicos para o seu exercício, na forma do art. 68, §2º, da CF.

> **Art. 68, §2º, CF -** As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.
> [...]
> **§ 2º** A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.

A delegação pode ser:

Delegação típica (ampla ou própria): o CN delega ao Presidente plenos poderes para elaborar a lei. Não há participação posterior do Poder Legislativo, pois é o Presidente que edita, promulga e publica a lei.

Delegação atípica (estrita ou imprópria): o projeto voltará ao Congresso, que o aprovará ou não, sem possibilidades de emenda, por meio de uma votação única e unicameral. O Legislativo deverá aprovar o projeto de delegação, hipótese em que a lei deverá ser promulgada e publicada pelo Presidente. Se o Congresso Nacional rejeita o projeto de lei do Presidente da República, há o arquivamento. Se o Congresso Nacional aprova o projeto de lei do Presidente da República, este irá promulgar e publicar a lei.

O Presidente da República não é obrigado a publicar ou elaborar a lei, em decorrência da delegação do CN.

Por outro lado, o ato de delegação não impede que o CN cuide da matéria por meio de lei, hipótese em que será revogada a delegação.

Observação: existe um controle político sobre a lei delegada realizado pelo Congresso Nacional, nos termos do art. 49, V, CF.

> **Art. 49, V, CF -** É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...]
> **V -** sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

Caso o Presidente exorbite a delegação do CN, o Poder Legislativo poderá sustar os efeitos da delegação legislativa. Essa é a conduta que cabe ao CN em caso de exorbitância dos limites da delegação. Trata-se de um efeito *ex nunc*, não retroagindo, em razão de ter havido a sustação da eficácia.

O controle realizado pelo Congresso Nacional possui **natureza política**, sendo denominado pela doutrina de veto legislativo.

3.6. Decretos legislativos

São atos normativos provenientes do Congresso Nacional. Os decretos legislativos **tratam de matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional.**

Exemplo 1: art. 62, §3º, CF, quando a medida provisória é rejeitada, expressa ou tacitamente, haverá perda de eficácia desde a sua edição e haverá um decreto legislativo do Congresso Nacional para regular as relações jurídicas que ocorreram à época da MP.

Exemplo 2: art. 49, V, CF, quando o Congresso Nacional susta uma lei delegada que exorbitou os limites da delegação legislativa, que o próprio Congresso deu ao Presidente, mediante resolução do Congresso, a sustação se dá por decreto legislativo.

Exemplo 3: quando o Presidente da República for se ausentar do país por mais de 15 dias, deverá pedir autorização do Congresso, que se dará por meio de decreto legislativo.

A iniciativa é de membros do Congresso Nacional (deputados, Comissão de Deputados, Mesa da Câmara; Senadores, Comissão de Senadores, Mesa do Senado).

Na **fase constitutiva**, a aprovação se dá pelo Congresso Nacional. Na **fase complementar**, a promulgação do decreto se dá pela Mesa do Congresso Nacional, pelo presidente do Congresso Nacional.

O Presidente da República não participa desse processo. Não há sanção ou veto do Presidente da República. A Câmara, o Senado e o próprio Congresso Nacional tratam do tema por meio de resoluções.

Entre as **funções do decreto legislativo**, previstas no **art. 49**, é possível destacar:

I) resoluções definitivas de tratados internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

II) regulação dos efeitos da medida provisória quando não convertida em lei;

III) aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas;

A regulamentação do decreto legislativo emana diretamente da Constituição, sendo, portanto, um ato normativo primário. A CF/88 não regula especificamente o decreto legislativo, isso é feito pelos regimentos internos.

3.7. Resoluções

É uma espécie normativa primária de competência privativa do Congresso Nacional ou privativa da Câmara ou do Senado, e que veicula matérias, em regra, com efeitos internos ao Poder Legislativo. Tratam sobre **assuntos políticos e administrativos da sua competência**, desde que não estejam sujeitos à lei.

> **Art. 59, CF/88 -** O processo legislativo compreende a elaboração de: [...]
> **VII** – Resoluções.

Como exemplo, há o **Regimento Interno das Casas**, aprovado por resolução da Casa.

Existem exceções: há resoluções com efeito interno que também possuem efeito externo, por exemplo, o art. **51 da CF** prevê que o Presidente da República terá, no processo de crime de responsabilidade, a necessidade da apreciação pela Câmara dos Deputados (admissibilidade na Câmara), para que ele seja processado no Senado. Essa aprovação ocorre por meio de uma resolução da Câmara, com quórum de 2/3. Tal resolução possui efeitos externos, e é uma resolução do Legislativo para o Executivo.

Outro exemplo é o disposto no **art. 68, §2º, da CF**, uma resolução do Congresso Nacional que autoriza o Presidente a elaborar lei delegada, trazendo, então, as condições e os termos para que o Presidente da República possa produzir essa lei. É uma resolução de efeitos externos, pois é o Legislativo autorizando o Executivo a elaborar a lei delegada.

Há, ainda, outros dispositivos constitucionais a versar sobre resolução, como é o caso da lei delegada, a qual é realizada por meio de resolução do CN. Outro caso é a fixação de alíquotas do IPVA, as quais são estabelecidas por resolução do Senado. Além disso, há o caso de suspensão da lei declarada inconstitucional pelo STF, que se dá por meio de resolução (art. 52, X).

Esses procedimentos, portanto, não são tratados pela CF/88, ficando a cargo dos regimentos internos.

Se a resolução for do Congresso Nacional, a iniciativa é de qualquer membro, comissão ou Mesa do Congresso. Na fase constitutiva, a aprovação se dá pelos membros do Congresso e a promulgação se dá pelo presidente do Congresso.

Se for uma resolução do Senado, a iniciativa envolve apenas senadores. Na fase constitutiva, a aprovação se dá no Senado, e a promulgação será pelo presidente do Senado com a sua Mesa (Mesa do Senado).

Se for uma resolução da Câmara, a iniciativa envolve apenas deputados, ou comissão de deputados ou Mesa da Câmara. Na fase constitutiva, a aprovação se dá na Câmara e a promulgação será pelo presidente da Câmara com a sua Mesa (Mesa da Câmara).

ATENÇÃO

O procedimento ocorre todo no âmbito do Parlamento. O Presidente da República não participa desse processo. Não há sanção ou veto do Presidente da República.

Cabe destacar que existem **grandes diferenças entre decretos legislativos e resoluções:**

os Decretos Legislativos são de competência exclusiva do Congresso Nacional. As Resoluções podem ser ou do Congresso, ou só da Câmara, ou só do Senado;

Decretos Legislativos, em regra, possuem efeitos externos. Resoluções, em regra, possuem efeitos internos.

ATENÇÃO

1ª observação: sobre **sanção ou veto**, importante salientar que **não há em: Proposta de Emenda Constitucional (PEC), Lei Delegada, Decretos Legislativos e Resoluções.**

2ª observação: pelo princípio da irrepetibilidade no processo legislativo, a matéria rejeitada ou prejudicada somente poderá constituir objeto de novo projeto ou proposta na próxima sessão legislativa. Isso vale para emendas constitucionais, medidas provisórias e leis.

Entretanto, apenas as leis trazem exceção a essa regra, que é aquela do art. 67, da CF, segundo o qual: "A matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional."

4. PROCESSO LEGISLATIVO NOS ESTADOS-MEMBROS E MUNICÍPIOS

Basicamente, as regras do processo legislativo da CF/88 são de observância obrigatória dos estados-membros, Distrito Federal e municípios. Portanto, as regras básicas, como o quórum de 3/5 para emenda constitucional, em dois turnos, devem ser observadas.

Essas regras valem para iniciativas, processos legislativos, vedações, deliberações etc.

5. RELAÇÃO HIERÁRQUICA ENTRE AS ESPÉCIES NORMATIVAS

Prevalece o entendimento de que não **existe relação hierárquica entre os atos normativos, salvo as emendas constitucionais**. Há, ainda, os tratados internacionais recebidos com quórum de emenda constitucional, que também **teriam força de emenda constitucional, possuindo um nível hierárquico superior.**

A CF/88 considera o princípio da especialidade, devendo cada matéria ser tratada por um ato normativo específico, a depender do caso.

Havendo o avanço de um ato normativo sobre o campo de atuação de outro ato normativo, haverá inconstitucionalidade. Por exemplo, o CN não pode, por meio de lei, delegar ao Presidente da República a autorização para elaborar a lei delegada. Esta delegação deve se dar por meio de resolução.

Outra discussão é a divergência entre lei complementar e lei ordinária. No entanto, apesar de a LC possuir a necessidade de ser aprovada por maioria absoluta e a LO exigir maioria simples, não há hierarquia entre elas.

Se uma matéria que deveria ter sido tratada por LO, for tratada por LC, não haverá inconstitucionalidade, apesar do princípio da especialidade. Isso porque, se uma LC trata de uma matéria de LO, essa lei é válida, pois quem pode mais poderá o menos. Todavia, apesar de ser formalmente LC, essa lei em questão será materialmente LO. Isso significa que, se uma LO posterior alterar a LC, será plenamente constitucional, pois materialmente é uma LO.

6. DECRETOS AUTÔNOMOS

Como se sabe, os decretos regulamentares não inovam na ordem jurídica, sendo atos infralegais, pois a sua atuação se restringe à fiel execução das leis. Todavia, a EC n.º 32/2001 criou o chamado decreto autônomo, **que possui previsão expressa na CF, com as competências.**

Nesse caso, o PR, com competência privativa, poderá **dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, quando isso não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos.**

No entanto, o Presidente **não poderá extinguir órgãos**. Por outro lado, o PR poderá dispor, por meio de decreto autônomo, sobre **extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos**. Além disso, poderá delegar aos ministros de Estado, ao PGR e ao AGU para tratarem via decreto autônomo sobre esses temas.

Por força do princípio federativo, essa ideia de decretos autônomos é aplicável no âmbito dos estados, do DF e dos municípios.

7. HIERARQUIA ENTRE LEIS FEDERAIS, ESTADUAIS, DISTRITAIS E MUNICIPAIS

Não existe hierarquia entre leis federais, estaduais, distritais e municipais. Assim, no caso de conflito entre as leis, deverá haver **a análise pelo princípio da predominância do interesse**, de modo que, se a lei tiver um cunho eminentemente local, haverá inconstitucionalidade de uma lei federal, por exemplo.

8. TRATADOS INTERNACIONAIS E SUAS RELAÇÕES COM AS DEMAIS ESPÉCIES NORMATIVAS

A CF estabelece que compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

O sistema de internação dos tratados segue os seguintes passos:

I) o Presidente da República celebra;

II) é encaminhado para o CN, publicando-se o decreto legislativo;

III) o Presidente promulga o texto publicado pelo Legislativo, por meio de um decreto;

com essa promulgação, o tratado passa a ter vigência.

Os tratados internacionais são normas primárias com *status* de lei ordinária. Os tratados internacionais sobre direitos humanos, contudo, possuem *status* supralegal, estando acima da lei. Nesse caso, torna-se inaplicável a legislação ordinária anterior ou posterior.

Ainda, cabe destacar que, **sendo esses tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados na forma do art. 5º, §3º, terão status de emenda constitucional.**

9. CONTROLE JUDICIAL DO PROCESSO LEGISLATIVO

Trata-se de um **controle preventivo**,, com caráter excepcional, pois não é comum. O fato de ser um controle preventivo contraria a regra de que o STF atua em um controle repressivo. Esse controle é preventivo, pois incide sobre projeto de lei ou projeto de emenda.

Esse controle judicial só pode incidir sobre aspectos formais e procedimentais da atuação legislativas em duas hipóteses apenas, quais sejam:

I) PEC ofensiva à cláusula pétrea;

II) PEC ou PL que violarem o processo legislativo constitucional.

Além disso, o controle judicial preventivo só é possível na via incidental. É preciso que o parlamentar impetre o mandado de segurança, sob a alegação de que teriam o direito líquido e certo de não participar de uma deliberação que afronte flagrantemente a Constituição.

O controle judicial não pode alcançar norma meramente regimental, devendo somente alcançar a CF, pois, nesse caso, o STF não poderia ingressar no juízo de matéria *interna corporis.*

10. MODIFICAÇÃO DA CF/88

A doutrina diferencia o que seria mutação e reforma constitucional:

I) mutação constitucional: é um **procedimento informal** de mudança da Constituição. É um poder paulatino e difuso. Todos os autores da comunidade política participam dessa mutação, mas o Poder Judiciário apenas reconhece;

II) reforma constitucional: é um **procedimento formal e solene de alteração da CF**. O Ministro Gilmar Mendes sustenta que o art. 52, X, sofreu uma mutação constitucional, pois esta resolução do Senado para suspender a execução da lei seria desnecessária, visto que bastaria que STF reconhecesse no caso concreto a insconstitucionalidade da norma para que ela perdesse a validade. Contudo, essa é uma posição minoritária. A doutrina contrária a esse entendimento sustenta que a posição do Ministro Gilmar Mendes seria uma manipulação inconstitucional.

O Ministro Gilmar Mendes, inclusive, admite que o Senado pode retirar a eficácia de lei, decreto ou, ainda, outro ato normativo de diferente denominação (ex.: Resolução da Câmara). Essa atuação do Senado abrange atos federais, estaduais, distritais e municipais.

A **reforma constitucional**, como dito, é um processo formal, podendo se dar através do poder constituinte derivado reformador, bem como através do poder constituinte derivado revisor, sendo certo que este já foi exaurido. Esse processo pode ocorrer de duas formas:

I) revisão constitucional;

II) emenda constitucional.

a) Revisão constitucional

A revisão constitucional é mecanismo previsto no ADCT, cuja eficácia foi exaurida.

Segundo o art. 3º do ADCT, a revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral. Percebe-se que são requisitos para a revisão:

- realização cinco anos após a promulgação da CF;
- voto da maioria absoluta do CN;
- sessão unicameral, isto é, seria necessária a maioria absoluta dos parlamentares, independentemente se é senador ou deputado.

A revisão constitucional encerrou-se em julho de 1994, tendo uma tímida reforma de apenas seis emendas de revisão. As emendas de revisão foram promulgadas pela Mesa do CN, pois deveria ocorrer em sessão unicameral, diferentemente da promulgação das emendas constitucionais, que exige que sejam promulgadas pela Mesa do Senado e pela Mesa da Câmara – votos computados de forma separada, em sessão conjunta.

É possível que o poder constituinte derivado reformador crie um novo procedimento de revisão? **NÃO**, pois, se isso for permitido, haveria fraude à Constituição. O poder constituinte originário assim determinou, não sendo possível a execução de uma nova revisão constitucional.

O STF enfrentou o tema na esfera do Poder Legislativo estadual, entendendo que não é possível a Constituição do Estado criar uma revisão constitucional. Aliás, a forma de se alterar a Constituição dos estados é a mesma da Constituição Federal, não podendo ser um procedimento menos rígido ou mais rígido.

b) Emenda constitucional

A emenda à Constituição é um procedimento formal, possuindo duas finalidades:

I) assegurar a estabilidade do texto constitucional;

II) permitir que o texto se atualize com as mudanças sociais.

A alteração de emenda se dá mediante proposta de emenda pelos legitimados:

I) 1/3 dos membros do Senado ou da Câmara;

II) Presidente da República;

III) mais da metade das Assembleias Legislativas, manifestando-se cada uma por maioria relativa.

Apresentada a discussão em cada uma das Casas, em dois turnos, deve haver votação por 3/5. A promulgação é pela Mesa da Câmara e do Senado. Sendo rejeitado o projeto de emenda, haverá seu arquivamento. A matéria rejeitada não poderá ser proposta novamente na mesma sessão legislativa.



18 PODER EXECUTIVO

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No âmbito federal, o Poder Executivo é composto pelo **Presidente da República, pelo Vice-Presidente da República, os Ministros, Conselho da República e o Conselho de Defesa.** Além dessa estrutura, há, ainda, a Lei n.º 13.502/2012, relativa à estrutura infraconstitucional, bem como a MP 821/2018, que dispôs sobre a criação do Ministério Extraordinário da Segurança Pública, dividindo o Ministério da Justiça.

1.1. Noção de Presidencialismo

O Brasil adota o presidencialismo como sistema de governo. **O presidencialismo tem como característica as funções executivas concentradas no Presidente da República**, além da separação rígida das funções do Executivo e do Legislativo, ao contrário do parlamentarismo.

Nesse sistema, o Presidente da República exerce a função de:

- chefe de Estado;
- chefe de Governo;
- chefe da Administração Pública Federal.

1.2. Funções do Poder Executivo

As **funções típicas** são estudadas no âmbito do Direito Administrativo, e consistem nas **funções de fomento, gerenciamento da máquina administrativa, execução de políticas públicas** etc. A função de governo, de tomada de decisões, é apenas uma parte das funções do Executivo, enquanto as demais são de administração, **dividindo-se em atividades de intervenção, fomento e de serviço público.**

Já sobre as **funções atípicas**, o Poder Executivo **realiza uma função que é típica do Poder Legislativo e do Poder Judiciário**. No exercício da **função atípica legislativa**, o Executivo edita medidas provisórias, entre outras atribuições enumeradas nos **arts. 62 e 68, da CF/88**. Na **função atípica judicial**, o Executivo exerce o contencioso administrativo, atividade esta que não há no Brasil, salvo no caso de direito desportivo.

Ademais, cabe dizer que o contencioso administrativo não é uma função judicial propriamente dita, não fazendo coisa julgada formal nem material (como na função judicial *stricto sensu*) e não há a equidistância (juiz é um terceiro na relação entre autor e réu, sendo também neutro).

2. INVESTIDURA

O Presidente da República e o Vice-Presidente são eleitos pelo sistema majoritário.

Esse sistema é dividido em:

I) sistema puro e simples: o candidato é eleito pelo maior número de votos, sendo aplicado aos senadores e prefeitos de municípios com até 200 mil eleitores;

II) sistema majoritário de dois turnos: o candidato é eleito se tiver maioria absoluta dos votos válidos (exige-se 50% mais 1 dos votos válidos para que o indivíduo seja eleito). Nesse caso, não necessariamente haverá dois turnos, pois, se alcançar no primeiro turno essa maioria absoluta dos votos, não haverá segundo turno. Esse sistema é realizado para os cargos de Presidente da República, governadores e prefeitos em municípios com mais de 200 mil eleitores.

O Presidente é eleito simultaneamente com o Vice. O mandato é de quatro anos, permitida a reeleição para um único período subsequente. Se houver um intervalo de quatro anos, em que o indivíduo não tiver exercido o cargo de Presidente ou Vice, poderá se candidatar novamente à Presidência.

Essa possibilidade de reeleição surgiu com a Emenda Constitucional n.º 16/1997. O mandato inicialmente não era de quatro anos, mas sim de cinco anos, alterada a duração pela Emenda Constitucional n.º 5/1994.

Nos anos de 1891 e 1934, o mandato era de quatro anos; em 1937, o mandato passou a ser de seis anos. Em 1946 e 1966, o mandato era de cinco anos. A Emenda Constitucional n.º 8/1977, elaborada durante o regime militar, aumentou o tempo de mandato para seis anos. Já em 1988, o mandato inicialmente era de cinco anos e, logo em seguida, com a Emenda Constitucional n.º 5/1994, foi alterado o tempo de cinco para quatro anos. Ainda sobre a Constituição de 1988, a Emenda Constitucional n.º 16/1997 possibilitou a reeleição em um mandato de quatro anos.

São **requisitos para o cargo de Presidente e Vice-Presidente da República:**

- ser brasileiro nato;
- estar em gozo dos direitos políticos;
- efetuar o alistamento eleitoral;
- existir filiação partidária;
- ter no mínimo 35 anos;
- não ser inelegível (inalistável, analfabeto, não ser candidato reeleito a uma 3ª reeleição, não possuir inelegibilidade por parentesco).

As eleições ocorrerão em outubro, no primeiro domingo, em primeiro turno; se nenhum dos candidatos alcançar 50% mais 1 dos votos válidos, far-se-á uma eleição no último domingo de outubro, com os dois candidatos mais votados, com os seus respectivos vices, para a eleição do segundo turno.

Suponha que houve o primeiro turno e, no segundo turno, o segundo candidato mais votado **falece** ou desiste ou, ainda, surge um impedimento legal que o impossibilite de continuar na eleição. Nesse caso, deverá ser chamado o terceiro mais votado. Caso dois candidatos estejam empatados em terceiro lugar, deverá ser chamado o mais idoso.

Isso é diferente da situação de morte de um candidato já eleito para o cargo de Presidente. Se o Presidente morre após a eleição, mas antes da diplomação, o Vice-Presidente é considerado eleito nessa situação.

A **posse** do Presidente e do Vice-Presidente acontece no dia 5 de janeiro em sessão conjunta do CN. Se passarem dez dias sem que o Presidente e o Vice assumam, salvo motivo de força maior, os cargos serão considerados vagos, mediante declaração a ser feita pelo Congresso Nacional.

O candidato deve estar atento a esta singela alteração no que tange à data da posse do Presidente e Vice-Presidente da República, bem como do Governador e Vice-Governador de estado. **A EC n.º 111/2021 conferiu novas redações aos arts. 28 e 82, a saber:**

> **Art. 28, CF/88** - A eleição do Governador e do Vice-Governador de Estado, para mandato de 4 (quatro) anos, realizar-se-á no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato de seus antecessores, e a posse ocorrerá em 6 de janeiro do ano subsequente, observado, quanto ao mais, o disposto no art. 77 desta Constituição.
> **Art. 82.** O mandato do Presidente da República é de 4 (quatro) anos e terá início em 5 de janeiro do ano seguinte ao de sua eleição.

Chama-se atenção ainda para o quanto estabelecido nos arts. 4º e 5º da EC n.º 111/2021:

> **Art. 4º** 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.
> **Art. 5º** As alterações efetuadas nos arts. 28 e 82 da Constituição Federal constantes do art. 1º desta Emenda Constitucional, 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.

3. IMPEDIMENTOS E VACÂNCIAS

A CF dispõe que quem substitui o Presidente no caso de impedimento, ou sucede no caso de vaga, é o Vice-Presidente da República.

3.1. Impedimentos

Impedimentos são afastamentos temporários do Presidente da República. Quanto a isso, dispõe a CF/88 que o Presidente e o Vice não podem se ausentar do país por mais de 15 dias, **sem autorização do Congresso Nacional**, sob pena de perda do cargo.

O STF entende que essa regra é de observância obrigatória pelos estados-membros, razão pela qual o governador não pode passar mais de 15 dias fora do estado, sem que haja autorização da AL.

3.2. Vacância

A vacância é um afastamento definitivo do Presidente (morte, renúncia, perda do cargo etc.). Nesse caso, em regra, quem assumirá o cargo será o Vice-Presidente da República.

Nesse cenário, caso haja impedimento do Presidente ou do Vice-Presidente, serão sucessivamente chamados ao exercício da presidência:

- o presidente da Câmara;
- o presidente do Senado;
- o presidente do STF.

Nesse caso, há plena autonomia, podendo até mesmo demitir ministros de Estado.

Cabe atentar que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal decidiu que caso os substitutos eventuais do Presidente da República a que se refere o art. 80 da CF/88 ostentem a posição de réus criminais perante o STF, esses ficarão impossibilitados de exercer o ofício de Presidente da República. No entanto, mesmo sendo réus, podem continuar na chefia do Poder por eles titularizados (Info 850, STF).

Em outras palavras, o STF, na ADPF 402/2016, decidiu que presidente da Câmara ou presidente do Senado, se estiverem sendo objeto de ação penal no STF, não ficarão afastados dos cargos de presidentes

das Casas, **mas serão afastados da linha sucessória**, portanto, sendo impedidos de participar dela. Ex.: em 2019, o então presidente do Senado, Renan Calheiros, tornou-se réu em um processo criminal; logo, ele não poderia assumir a presidência da República, na forma do art. 80 da CF/88; porém, ele poderia continuar normalmente como presidente do Senado, não precisando ser afastado deste cargo.

O fundamento disso é simples: se o Presidente da República estiver sendo réu em ação penal no STF, após autorização da Câmara dos Deputados por 2/3 de seus membros, ficará afastado de suas funções por 180 dias nos termos do art. 86, da CF/88. Cabe frisar que somente o Vice-Presidente pode suceder definitivamente o Presidente da República.

Diante da falta definitiva do Presidente e do Vice-Presidente da República, estar-se-á diante de uma dupla vacância. Nesse caso, pela linha sucessória, sendo possível, assumirá o presidente da Câmara, ou, na sua falta, o presidente do Senado, ou, na falta desses, o presidente do STF.

O presidente da Câmara assume, temporariamente, para convocar novas eleições, consoante o art. 81 da CF/88. A nova eleição poderá ocorrer de duas formas distintas:

I) vacância dos dois cargos nos dois primeiros anos: é feita uma nova eleição direta no prazo de 90 dias após a vacância do último cargo;

II) vacância dos dois cargos nos dois últimos anos: a eleição para Presidente da República é feita pelo Congresso Nacional, acontecendo nos 30 dias seguintes à vacância do último cargo.

Tem-se, nesse caso, o chamado "**mandato tampão**", que serve somente para completar o período restante dos quatro anos.

Assim, o art. 81, §1° da CF/88 disciplina a vacância dos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, afirmando que, caso a dupla vacância ocorra nos últimos dois anos do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei.

O STF entende que o aludido dispositivo não é de reprodução obrigatória pelos Estados, DF e Municípios. Ou seja, quando as Constituições e leis estaduais tratarem sobre a vacância dos cargos de Governador e Vice-Governador não necessitam reproduzir o mesmo modelo disposto no art. 81 da CF/88, podendo dispor diversamente, com base em sua autonomia constitucionalmente conferida. Aos Estados-Membros, portanto, bem como aos Municípios e ao DF, são facultadas a definição legislativa do procedimento a ser adotado para a escolha do mandatário político no caso de dupla vacância.

Neste sentido, o STF, no Informativo 1025, julgado em 16/8/2021, havia definido:

> **Info. 1025, STF** - Os estados-membros, no exercício de suas autonomias, podem adotar o modelo federal previsto no art. 81, § 1º, da Constituição, cuja reprodução, contudo, não é obrigatória. [70]

A quem compete à definição das regras da eleição suplementar?

Disponível em:

[70] https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo1025.htm

Caso a dupla vacância ocorra por causas eleitorais, como no caso de cassação do diploma dos eleitos, a disciplina sobre o processo de escolha do Governador do Estado e do Prefeito Municipal compete à União, uma vez que se trata de questão afeta ao Direito Eleitoral, consoante art. 22, I, da CF/88. O STF, inclusive, no julgamento da ADI 5619, de Relatoria do Min. Luís Roberto Barroso, em 08/03/2018, definiu:

> **ADI 5619, STF** - 2. Diferentemente do que ocorre com o Presidente e Senadores, a Constituição não estabelece expressamente uma única solução para hipótese de dupla vacância nos cargos de Governador e Prefeito. Assim, tratando-se de causas eleitorais de extinção do mandato, a competência para legislar a respeito pertence à União, por força do disposto no art. 22, I, da Constituição Federal, e não aos entes da Federação, aos quais compete dispor sobre a solução de vacância por causas não eleitorais de extinção de mandato. [71]

Se a dupla vacância, então, ocorre por causas não-eleitorais, a disciplina sobre o processo de escolha do Governador do Estado e do Prefeito do município compete aos Estados-membros e aos municípios, respectivamente. No caso da Bahia, por exemplo, no julgamento da ADI 1057, **o STF definiu que é constitucional a lei estadual que afirma que, se o Governador e o Vice-Governador deixarem os cargos nos dois últimos anos do mandato, a Assembleia Legislativa deverá realizar uma eleição indireta, de forma nominal e aberta.**

Todavia, mesmo que a dupla vacância ocorra por causas não eleitorais, a autonomia não é absoluta, encontrando limites em outros preceitos constitucionais, que incidem pela aplicação direta do comando da Constituição Federal.

A questão foi submetida ao STF, por meio da ADPF 969/AL, julgada em 15/8/2023, na qual foi questionado edital da Assembleia Legislativa do Estado de Alagoas que convocou eleição indireta para Governador e Vice-Governador, com previsão de algumas regras específicas, as quais foram analisadas pela Suprema Corte.

No julgamento, restaram definidos os seguintes entendimentos:

a) deve haver exigência de prévia filiação partidária, por ser uma das condições de elegibilidade previstas no art. 14, §3° da CF/88. Ressalte-se, contudo, que não é necessário que os candidatos sejam escolhidos em convenção partidária e o registro da candidatura pelo partido político. Tais etapas do processo eleitoral são exigências procedimentais previstas em lei ordinária – Lei n° 9.504/97, que é a Lei das Eleições. Entendeu-se que a eleição estadual em questão encontra-se sujeita aos preceitos da Constituição Federal, e não à lei ordinária.

b) as candidaturas devem ser formuladas em chapa única, elegendo-se o substituto (vice-governador) como decorrência dos votos recebidos pelo titular (governador), seguindo-se o modelo estabelecido no art. 77, §1° da CF/88. O STF, inclusive, já havia decidido anteriormente que é inconstitucional norma de Constituição estadual que determina, em caso de vacância, eleição avulsa para o cargo de vice-governador pela Assembleia Legislativa;

c) é constitucional a previsão que estabelece que a eleição será feita mediante voto nominal e aberto;

Disponível em:

[71] https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314936190&ext=.pdf

d) é constitucional a previsão da lei estadual que exige maioria absoluta no primeiro escrutínio e se contenta com maioria simples no segundo. O STF afirmou que não há nenhum dispositivo na CF/88 que imponha regra diversa, razão pela qual pode haver previsão da sucessão de escrutínio com critérios distintos, tendo como objetivo evitar, sobretudo, que grupos parlamentares menores bloqueiem qualquer solução que imponha maioria absoluta. Nesse sentido, não há necessidade de os Estados adotarem o critério da maioria absoluta no procedimento de eleição indireta.

Vê-se, assim, que as regras exclusivamente atinentes ao modelo e ao procedimento da eleição de Governador em caso de dupla vacância estão reservadas à conformação livre do ente federativo.

Em suma, o STF fixou a seguinte tese:

> Os Estados possuem autonomia relativa na solução normativa do problema da dupla vacância da Chefia do Poder Executivo, não estando vinculados ao modelo e ao procedimento federal (art. 81, CF/88). Por outro lado, não podem se desviar dos princípios constitucionais que norteiam a matéria, por força do art. 25 da Constituição Federal. Logo, os Estados-membros devem observar:
> **(i)** a necessidade de registro e votação dos candidatos a Governador e Vice-Governador por meio de chapa única;
> **(ii)** a observância das condições constitucionais de elegibilidade e das hipóteses de inelegibilidade previstas no art. 14 da Constituição Federal e na Lei Complementar a que se refere o § 9º do art. 14;
> **(iii)** que a filiação partidária não pressupõe a escolha em convenção partidária nem o registro da candidatura pelo partido político; e
> **(iv)** a regra da maioria, enquanto critério de averiguação do candidato vencedor, não se mostra afetada a qualquer preceito constitucional que vincule os Estados e o Distrito Federal.
> (STF. Plenário. ADPF 969/AL, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 15/8/2023, Info 1104).

Agora deve-se questionar**: estando vago o cargo apenas do vice, é possível a realização de eleição avulsa, na própria Assembleia Legislativa, apenas para a escolha do novo Vice?** O tema foi enfrentando pelo STF, no julgamento da ADI 999/AL, diante da previsão, na Constituição Estadual do Estado de Alagoas, de eleição indireta, na própria Assembleia Legislativa, no caso de vacância do cargo de Vice-Governador.

Conforme o STF, a CF/88 prevê que a eleição de governadores e vice-governadores deve ocorrer de forma simultânea, sendo a do vice decorrência dos votos recebidos pelo titular. A previsão isolada de um ou de outro, no caso de vacância, subverte o modelo constitucional. Para viabilizar a continuidade do projeto político escolhido pela maioria do eleitorado, apenas em caso de dupla vacância é que se cogitam novas eleições, sejam elas diretas ou indiretas, a depender do período do mandato em que ocorrer a última vaga, nos termos do art. 81, da CF/88. Assim, o STF afirmou que:

> **Info. 1100[72], STF** - É inconstitucional — por violar o pressuposto da dupla vacância, previsto para o modelo federal e cuja observância pelos estados-membros é obrigatória —, norma de Constituição estadual que determina, em caso de vacância, eleição avulsa para o cargo de vice-governador pela Assembleia Legislativa.

Disponível em:

[72] https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1100.pdf

QUESTÃO DE CONCURSO

(CESPE/CEBRASPE – 2023 – PGE-PA – Procurador do Estado Pará) Mesmo considerando o pressuposto da dupla vacância, previsto para o modelo federal, o STF, por entender que esse modelo não é de observância obrigatória pelos estados-membros, reconhece ser possível que norma de Constituição estadual determine, em caso de vacância, eleição avulsa para o cargo de vice-governador pela assembleia legislativa.

Gabarito: FALSO.

4. ATRIBUIÇÕES DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

As competências privativas do Presidente da República estão previstas em rol exemplificativo do **art. 84 da CF**, quais sejam:

- nomear e exonerar os 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 na 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 a organização e o funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;
- dispor, mediante decreto, sobre extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;
- 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: a anistia, que é por meio de lei, é de atribuição do CN. Comutar é abrandar a pena;
- 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 na 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 das 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 na Constituição;
- prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de 60 dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior: trata-se de corolário do princípio republicano;
- prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei;
- editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62;
- exercer outras atribuições previstas na Constituição.

A EC 109/21 ainda estabeleceu a seguinte competência

> **XXVIII -** propor ao Congresso Nacional a decretação do estado de calamidade pública de âmbito nacional previsto nos arts. 167-B, 167-C, 167-D, 167-E, 167-F e 167-G desta Constituição.

Em regra, tais competências são indelegáveis, salvo nos casos em que o Presidente da República delegar aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União as seguintes atribuições: dispor, mediante decreto, sobre a organização e o funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; dispor, mediante decreto, sobre extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei; prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei.

Cabe ressaltar que uma dessas hipóteses delegada é a própria ideia de decreto autônomo, que é **ato normativo primário**. Assim, ministro de Estado, PGR e AGU poderão dispor dessas atribuições.

O STF entendeu que a autorização viabilizada pelo art. 84, parágrafo único, sobre provimento de cargo público na forma da lei também implica delegação de competência para o caso de desprovimento do cargo. À luz da CF/88, é possível que o ministro de Estado demita alguém, se houver a delegação do Presidente da República nesse sentido.

Sobre o decreto autônomo, o STF já afirmou que:

> **Info. 1091, STF** - É inconstitucional — por manifesta violação ao art. 84, VI, "b", da Constituição Federal — a extinção de cargos e funções que estejam ocupados na data da edição do decreto do presidente da República. [73]

Tal decreto somente pode tratar sobre: organização e funcionamento da administração federal (quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos); b) extinção de funções ou cargos públicos, quando eles estiverem vagos.

Disponível em:

[73] https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1091.pdf

O importante desse rol é identificar que, nele, estão exemplificadas as funções de chefia de Estado (incisos VII, VIII e XIX, por exemplo), de chefia de governo (incisos I, III, IV, IX, etc.) e de chefia da administração pública federal (incisos II, VI, por exemplo).

Por isso, diz-se que o sistema de governo adotado no Brasil é o presidencialismo, no qual há uma clara identidade entre chefia de Estado e chefia de Governo. Ou seja, o Presidente da República é aquele que representa internacionalmente o país, que exerce o simbolismo do país, corporifica a unidade interna do país e o representa internacionalmente e, ao mesmo tempo, atua na chefia do governo, executando as políticas públicas, gerenciando e fomentando a máquina estatal, nomeando e exonerando ministros, vetando projeto de lei, expedindo decretos para fiel execução de leis etc.

O presidencialismo é diferente do parlamentarismo. No parlamentarismo, há uma não identidade entre chefia de Estado e chefia de governo, porque o chefe de Estado, aquele que representa o país simbolicamente, isto é, caso seja uma República, o presidente; ou, se for uma monarquia, o rei ou a rainha. O chefe de governo é o chamado primeiro-ministro. Há uma diferença entre quem representa o país e quem o efetivamente governa.

Na Alemanha e na Itália, o sistema de governo é o parlamentarista com a forma de governo republicano. Já na Espanha e Inglaterra, há o sistema de governo parlamentarista, com a forma de governo monarquista.

No Brasil, o sistema de governo é o presidencialista (forma de governo é a República); a forma de governo é republicana, desde a proclamação da República até os dias atuais. Já existiu parlamentarismo no Brasil, na década de 60, entre os anos de 1961 a 1963, por cerca de um ano e meio. À época, o Presidente da República era João Goulart, e Tancredo Neves foi o primeiro-ministro.

5. VICE-PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Os requisitos para ser Vice-Presidente são os mesmos para ser Presidente. O modo de investidura é conjuntamente com o Presidente da República, ou seja, ao se eleger o Presidente, elege-se seu Vice também. Mas nem sempre foi assim. Por exemplo, nas eleições da década de 60, podia-se votar no presidente de uma chapa e no vice de outra chapa. A exemplo, Jânio Quadros foi eleito Presidente da República em 1960/1961 por uma chapa, e João Goulart foi eleito Vice por outra chapa.

As atribuições do Vice-Presidente não estão no art. 84 da CF. **O Vice-Presidente possui funções próprias e impróprias:**

As **próprias** envolvem: substituir o Presidente da República na falta deste; suceder o Presidente da República (morte, *impeachment*, renúncia); participar do Conselho da República e Conselho de Defesa (órgãos de consulta do Presidente da República, arts. 89 a 91, CF) e outras funções atribuídas por legislação complementar (art. 79, CF);

As **impróprias** são funções especiais a serem designadas pelo Presidente da República, não havendo uma definição legal ou infraconstitucional dessas funções.

6. MINISTROS DE ESTADO

Ministros de Estado são auxiliares do Presidente da República, escolhidos livremente por ele. Os ministros são demissíveis *ad nutum*, sem necessidade de motivação.

São requisitos para ser ministro de Estado: ser brasileiro, nato ou naturalizado, salvo no caso do ministro da defesa (só pode ser brasileiro nato, segundo art. 12, §3º, CF); ser maior de 21 anos; estar em gozo dos direitos políticos.

O **art. 87 da CF/88** também traz as atribuições do ministro do Estado, em um rol meramente exemplificativo:

> **I -** 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;

Isso quer dizer que o Presidente da República expedirá um ato e será necessária a denominada referenda, que nada mais é do que uma assinatura do ministro do Estado. Há discussão doutrinária acerca de qual seria a consequência no caso de não ser realizada a referenda: Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2017, p. 612)afirmam que a ausência de referenda não interfere na validade ou eficácia do ato do Presidente da República.

> **II -** expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos;
> **III -** apresentar ao Presidente da República relatório anual de sua gestão no Ministério;
> **IV -** praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Presidente da República.

Os ministros de Estado podem ser responsabilizados pelos seus atos. Essa responsabilização pode se dar pela prática de crimes comuns ou por crimes de responsabilidade (infrações político-administrativas).

A **competência** para **julgar ministro de Estado** por crime de responsabilidade seguirá os seguintes critérios: se o crime de responsabilidade for praticado em conexão com o Presidente da República, a competência será do Senado Federal; se o crime de responsabilidade não for conexo ao Presidente da República, a competência será do STF.

No caso de crime de responsabilidade praticado pelo ministro de Estado em conexão com o crime praticado pelo Presidente da República, para haver a instauração do processo, será necessária autorização por 2/3 dos membros da Câmara dos Deputados.

7. ÓRGÃOS CONSULTIVOS

Os órgãos consultivos são: Conselho da República e Conselho da Defesa Nacional.

São órgãos de consulta do Presidente da República, devendo deliberar sobre matérias constitucionais. Os pronunciamentos desses orgãos possuem caráter meramente opinativo, de modo que o Presidente não precisará atender àquilo que foi deliberado.

7.1. Conselho da República

É um órgão superior de consulta, do qual participam (art. 89, CF/88):

> **Art. 89, CF/88.** O Conselho da República é órgão superior de consulta do Presidente da República, e dele participam:
> **I -** o Vice-Presidente da República;
> **II -** o Presidente da Câmara dos Deputados;
> **III -** o Presidente do Senado Federal;
> **IV -** os líderes da maioria e da minoria na Câmara dos Deputados;

V - os líderes da maioria e da minoria no Senado Federal;
VI - o Ministro da Justiça;
VII - seis cidadãos brasileiros natos, com mais de trinta e cinco 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.
Art. 90, CF/88. Compete ao Conselho da República pronunciar-se sobre:
I - intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio;
II - as questões relevantes para a estabilidade das instituições democráticas.
§ 1º O Presidente da República poderá convocar Ministro de Estado para participar da reunião do Conselho, quando constar da pauta questão relacionada com o respectivo Ministério (...)

7.2. Conselho de Defesa Nacional

O Conselho de Defesa Nacional é órgão de consulta do Presidente da República nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do Estado democrático (art. 91, CF/88).

Art. 91, CF/88 O Conselho de Defesa Nacional é órgão de consulta do Presidente da República nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do Estado democrático, e dele participam como membros natos:
I - o Vice-Presidente da República;
II - o Presidente da Câmara dos Deputados;
III - o Presidente do Senado Federal;
IV - o Ministro da Justiça;
V - os Ministros militares;
V - o Ministro de Estado da Defesa; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)
VI - o Ministro das Relações Exteriores;
VII - o Ministro do Planejamento.
VIII - os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)
§ 1º Compete ao Conselho de Defesa Nacional:
I - opinar nas hipóteses de declaração de guerra e de celebração da paz, nos termos desta Constituição;
II - opinar sobre a decretação do estado de defesa, do estado de sítio e da intervenção federal;
III - 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;
IV - estudar, propor e acompanhar o desenvolvimento de iniciativas necessárias a garantir a independência nacional e a defesa do Estado democrático.

8. RESPONSABILIZAÇÃO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Uma das características da forma republicana se deve à possibilidade de responsabilização do Presidente da República, exteriorizando-se pelo dever de prestar contas.

O Presidente da República não possui imunidade material, mas possui imunidade formal em relação à prisão e em relação ao processo.

A **imunidade formal em relação à prisão** está elencada no art. 86, §3º, da CF, que dispõe, categoricamente, que o Presidente da República não poderá ser preso enquanto não sobrevier sentença penal condenatória.

A **imunidade formal em relação ao processo** estabelece que o Presidente da República só pode ser responsabilizado por crime de responsabilidade, no Senado, ou por crime comum, no STF, após autorização de 2/3 da Câmara dos Deputados.

Além disso, ao Presidente da República é assegurada uma cláusula de **responsabilidade penal relativa**, à luz do art. 86, §4º, da CF/88. Isso significa que ele só poderá ser responsabilizado penalmente no mandato por atos praticados em ofício (*propter officium*) ou em razão do ofício, ou seja, não pode ser responsabilizado penalmente por atos que praticou antes do mandato e nem por aqueles praticados durante o mandato, mas que não guardam relação com o ofício.

Suponha que o Presidente da República cometa crime de homicídio no exercício do mandato, nesse caso, ele não será responsabilizado enquanto estiver no mandato, somente depois, pois esse ato não guarda, em tese, relação com o ofício.

Por outro lado, se existe gravação lícita do Presidente da República sobre, por exemplo, desvio de verba, propina, corrupção etc., ele será responsabilizado penalmente. Fatidicamente, há o caso das gravações do Ex-Presidente Michel Temer com empresário da JBS, caso em que o Ex-Procurador-Geral Rodrigo Janot ofereceu denúncia, mas o prosseguimento do feito não foi autorizado pela Câmara dos Deputados.

8.1. Crimes de responsabilidade

Há condutas tipificadas como crimes de responsabilidade que são infrações político-administrativas praticados pelo Presidente da República (mas não só por ele), que atentam contra a Constituição, em especial contra o rol exemplificativo do art. 85, da CF/88, o qual traz exemplos de crimes que atentem contra:

> **Art. 85, CF/88.** São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:
> **I -** a existência da União;
> **II -** o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;
> **III -** o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;
> **IV -** a segurança interna do País;
> **V -** a probidade na administração;
> **VI -** a lei orçamentária;
> **VII -** o cumprimento das leis e das decisões judiciais.José Afonso da Silva classifica os crimes de responsabilidade em dois grupos: infrações políticas (art. 85, incisos I a IV, da CF/88) e crime funcional (art. 85, incisos V a VII, da CF/88).

Esse rol é *numerus apertus*, ou seja, é exemplificativo, de forma que a CF apenas aponta genericamente o que é crime de responsabilidade, sendo necessário que a lei estabeleça a pena, o processo, o julgamento e as regras do procedimento. É isso que o parágrafo único estabelece.

Os crimes de responsabilidade são sempre definidos em legislação federal.

> A definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento são de competência legislativa privativa da União.

O STF reconheceu, na Súmula Vinculante 46, que a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento são de competência legislativa privativa da União. Como somente a União pode legislar sobre direito penal, mesmo o crime de responsabilidade sendo uma infração político-administrativa, somente ela poderá legislar privativamente.

Para Presidente da República e os governadores, a lei supracitada é a Lei n.º 1.079/1950; para prefeitos, vale o Decreto-Lei n.º 201/1967.

Os crimes de responsabilidade são processados em **duas grandes fases**, sendo que a primeira ocorre na Câmara dos Deputados, que faz um juízo de admissibilidade (não funciona como um tribunal de pronúncia) com a necessidade de 2/3 dos membros da Câmara dos Deputados para autorizar um futuro processo no Senado, onde ocorrerá a segunda fase. Na segunda fase, o Presidente da República será processado e julgado no Senado, com um quórum de 2/3.

Durante o julgamento do Presidente da República, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal. Trata-se de um órgão híbrido, pois, apesar de os congressistas julgarem, será presidido por membro do STF.

As penas/sanções serão: perda do cargo, chamada de *impeachment*, e a inabilitação para o exercício de funções públicas por 8 anos (art. 52, parágrafo único, da CF/88).

OBSERVAÇÃO

Para haver esse juízo de admissibilidade na Câmara, alguém precisa oferecer acusação/denúncia na Câmara dos Deputados. **Qualquer cidadão é parte legítima para denunciar o Presidente da República por crime de responsabilidade,** sendo exigido apenas que o sujeito esteja no gozo dos seus direitos políticos, o que é provado por meio do título de eleitor (art. 14 e seguintes da Lei n.º 1.079/1950). Portanto, pessoa jurídica não pode denunciar o Presidente da República.

O processo de *impeachment* tem início na Câmara dos Deputados, podendo a denúncia ser recebida ou não pelo presidente da Casa Legislativa. Na hipótese de o Presidente da Câmara dos Deputados receber a denúncia, autorizando a instauração do processo, o Presidente da República passa a ostentar a condição de acusado.

A partir desse recebimento pela Câmara é que o Presidente da República poderá exercer o seu direito à ampla defesa e ao contraditório. O exame da Câmara é apenas político, sobre a procedência ou improcedência do pleito acusatório. Deve haver consistência.

O STF entende que, ainda que não haja previsão expressa na Lei n.º 1.079/1950, há que se dar oportunidade ao Presidente de se defender na Câmara dos Deputados, uma vez que o próprio processo, de *per si,* constitui grave ônus à figura pública. Caso o procedimento tenha sido instaurado pelo Senado, não se pode, de igual modo, subtrair do Chefe do Executivo o direito de defender-se em momento pré-processual, ou seja, durante o juízo de admissão do processo de responsabilidade.

Para melhor esclarecer o tema acerca da defesa prévia do Presidente da República, é importante destacar que o STF decidiu, na ADPF n° 378, de dezembro de 2015, que não há direito à defesa prévia antes do recebimento da denúncia pelo Presidente da Câmara, ou seja, não há necessidade de ouvir antes o Presidente da República que estiver sendo denunciado (acusado). Da consulta da ADPF, pode-se extrair o seguinte trecho:

A apresentação de defesa prévia não é uma exigência do princípio constitucional da ampla defesa: ela é exceção, e não a regra no processo penal. Não há, portanto, impedimento para que a primeira oportunidade de apresentação de defesa no processo penal comum se dê após o recebimento da denúncia. No caso dos autos, muito embora não se assegure defesa previamente ao ato do Presidente da Câmara dos Deputados que inicia o rito naquela Casa, colocam-se à disposição do acusado inúmeras oportunidades de manifestação em ampla instrução processual. Não há, assim, violação à garantia da ampla defesa e aos

compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, em tema de direito de defesa"[74].Recebendo a denúncia de *impeachment* e dando início ao procedimento, o Presidente da Câmara deve determinar a eleição de uma comissão especial com 65 parlamentares, que irá elaborar um parecer sobre a denúncia. No momento em que a comissão está reunida, antes do parecer, são garantidas dez sessões para a defesa do Presidente da República.

Observa-se, assim, que ao Presidente da República será aberto o prazo de 10 sessões para apresentação da defesa apenas após a instalação da comissão especial, a qual é responsável por elaborar um parecer sobre a denúncia. A comissão só apresentará o parecer após a defesa do Presidente da República.

Bernardo Gonçalves Fernandes (2020, p. 1.458-1.459) destaca:

> Certo é que, o STF já decidiu no 'caso Collor', e posteriormente no 'caso Dilma' que há sim a possibilidade de defesa por parte do acusado, mesmo não existindo processo na Câmara, mas tão somente um juízo de admissibilidade (autorização) sobre um futuro processo. Acreditamos que os fundamentos de tal permissivo são os da possibilidade de arquivamento na própria Câmara da denúncia (acusação), e o de que mesmo não estando diante de um processo, a decisão favorável da Câmara de autorização (de um futuro processo) já proporcionaria um prejuízo para o Presidente da República na medida em que, por dicção constitucional, o Presidente da República poderá ficar suspenso de suas funções nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pelo Senado Federal (conforme a ADPF 378 se o Senado decidir instaurar o processo).

Posteriormente, emitido o parecer favorável ao *impeachment*, será submetido a plenário para votação ou não do futuro processo em votação aberta, com quórum de 2/3 dos seus membros (342 votos), para autorizar o processo no Senado. Após, o processo de admissão é encaminhado ao Senado, que julgará.

O STF, ainda na ADPF 378,, entendeu que o Senado, em que pese a autorização da Câmara do processo de *impeachment*, não está obrigado a processá-lo. A Câmara autoriza por 2/3 dos seus membros e, depois, o Senado decidirá, por maioria simples, em votação nominal e aberta, se inicia ou não o processo.

Iniciado o processo no Senado, o Presidente fica suspenso das suas funções por 180 (cento e oitenta) dias, só retornando caso haja o julgamento de improcedência ou se decorrido o prazo supracitado e o julgamento ainda não tiver ocorrido. Nessas hipóteses, o Presidente da República retorna às suas atividades.

No Senado, também haverá uma comissão, que contará com a participação da acusação e da defesa e elaborará um parecer. Todo o processo e o julgamento no Plenário do Senado será conduzido pelo Presidente do STF.

Para haver a condenação do Presidente da República, será necessário quórum de 2/3 dos membros do Senado Federal. A votação também é nominal e aberta. Com essa condenação, em regra, o Presidente da República perde o cargo e fica inabilitado por oito anos para o exercício da função pública, sem prejuízo das demais sanções cabíveis em outras instâncias.

Vale lembrar que, no processo de *impeachment*, eventual decisão condenatória proferida pelo Senado Federal em julgamento por crime de responsabilidade não estará sujeita a controle judicial posterior.

Segundo o entendimento atual do STF, tais sanções não são cumulativas e indissociáveis entre si. Diante disso, é possível se falar em perda do cargo sem que haja inabilitação para o exercício da função

[74] https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF__378__Ementa_do_voto_do_ministro_Roberto_Barroso.pdf

pública pelo prazo de oito anos. Como se vê, são sanções alternativas, as quais também podem ser cumuladas. Esse, inclusive, foi o entendimento adotado no julgamento procedente do *impeachment* de Dilma Rousseff, em 2016.

SAIBA MAIS

Diferenças entre o caso Collor e o caso Dilma:

quando se iniciou o julgamento no Senado, Fernando Collor renunciou ao cargo, e seus advogados alegaram perda do objeto e que sua inabilitação para o exercício de função pública era acessória e acompanhava o principal (perda do cargo). O Senado, à época, decidiu que ambas as penas eram principais, não tendo como condenar à perda do cargo e não condenar à inabilitação para o exercício de função pública por oito anos. Ao final, Collor foi condenado à inabilitação para o exercício de funções públicas por oito anos. No entanto, não sofreu impeachment;

Dilma, por sua vez, não renunciou. No caso Dilma, ocorreu um fatiamento (inadequado) do parágrafo único do art. 52 da CF, porque o ministro Ricardo Lewandowski, juntamente com os senadores, por uma manobra, resolveram dividir os quesitos, consultando aos senadores sobre a perda do cargo (impeachment) e, depois, a inabilitação para o exercício de função pública por oito anos. Em tese, Dilma foi condenada e absolvida ao mesmo tempo. Para muitos, Lewandowski foi além da Constituição e deturpou o parágrafo único do art. 52, e o Senado foi além do que poderia, excedendo o seu limite semântico.

Essa sentença condenatória é formalizada por meio de uma **Resolução do Senado.**

Caso o Presidente da República renuncie ao cargo durante a sessão de julgamento, não haverá a paralisação, pois há duas penas, que não possuem caráter acessório uma em relação a outra. Isto é, a renúncia pode inviabilizar a perda do cargo, mas não impede a punição com inabilitação para a função pública por oito anos. Esse foi o entendimento do STF no caso do Ex-Presidente Fernando Collor.

Para o STF, não há competência da Suprema Corte para alterar o julgamento proferido pelo Senado Federal, eis que a CF/88 outorgou essa competência ao Senado, e não ao Supremo. Caso haja violação à ampla defesa, poderá o STF se manifestar, mas não poderá reformar a decisão .

8.2. Crimes Comuns

Crimes comuns cometidos pelo Presidente da República são qualquer tipo de infração penal. Para o STF, crime comum é qualquer tipo de infração penal, incluindo os crimes eleitorais e até mesmo as contravenções penais.

O Presidente da República dispõe de prerrogativas ou imunidades em relação aos crimes comuns. Não se trata de uma imunidade material, mas sim de **imunidades processuais**, sendo três delas as seguintes: **exigência de prévia autorização por 2/3 dos membros da Câmara para processamento**: o STF não fica vinculado ao recebimento da denúncia; **impedimento de que o PR seja preso nas infrações comuns enquanto não houver sentença condenatória:** impede que o PR seja preso em flagrante, provisoriamente ou preventivamente; **durante a vigência de seu mandato, não pode responder por atos estranhos ao exercício de sua função:** há uma temporária irresponsabilidade na vigência do mandato, mas, após o término do mandato, poderá responder. No caso também ficará suspenso o prazo prescricional, enquanto perdurar o mandato.

O Presidente da República só responde se ele praticar um ato criminoso na vigência do mandato que guarde conexão com o exercício da função presidencial.

Cabe ressaltar que, para a instauração de inquérito policial, não será necessária a autorização de 2/3 dos membros da Câmara. Há, tão somente, a necessidade de que o Procurador-Geral da República instaure o inquérito perante o STF, sendo certo que este deverá autorizar.

O procedimento no caso dos crimes comuns terá três fases: a primeira no STF; a segunda na Câmara do Deputados; e a terceira no STF. No STF, há a fase da análise da irresponsabilidade penal relativa. Finalizada a fase pré-processual de persecução penal ou em uma atuação já direta do Ministério Público, o STF analisará se a alegada prática delitiva guarda ou não relação com o mandato, porque, conforme visto, o Presidente da República, no exercício do mandato, só pode ser responsabilizado penalmente pelos atos praticados pelo ofício ou em razão do ofício.

Assim, se foi um ato praticado antes do início do mandato, não poderá ser responsabilizado penalmente; ou se foi um ato praticado durante o mandato, mas que não guarda relação com este, também não poderá ser responsabilizado penalmente.

Feita a análise pelo STF, haverá duas conclusões possíveis: Na primeira, o STF pode entender que aquele ato que está sendo imputado ao Presidente e que está sendo objeto de persecução penal não guarda relação com o mandato. Nessa hipótese, o Presidente não pode ser responsabilizado penalmente. Por exemplo, tráfico de drogas, homicídio, estupro etc. Obviamente, após o término do mandato ele poderá ser responsabilizado. Na segunda hipótese, se aquele ato guarda relação com o mandato, o Presidente não estará garantido pela irresponsabilidade penal. Por exemplo, o caso de corrupção passiva do Ex-Presidente Michel Temer com a empresa JBS. Nessa situação, pode existir o oferecimento da denúncia (ação penal pública) ou da queixa-crime (ação penal privada) ao STF. No entanto, o STF não pode receber a denúncia ou a queixa-crime sem antes ter a autorização da Câmara dos Deputados.

O STF, então, solicita a autorização à Câmara dos Deputados para que possa receber a denúncia e iniciar a ação penal. É a famosa imunidade formal em relação ao processo.

ATENÇÃO

O Presidente só pode ser responsabilizado por crime de responsabilidade no Senado se a Câmara autorizar. O Presidente só pode ser processado por crime comum no STF se a Câmara autorizar.

Já na Câmara dos Deputados, será feito o **juízo de admissibilidade**, para decidir se o STF pode ou não receber a denúncia e iniciar a ação penal. A Mesa da Câmara encaminha a denúncia de crime comum à Comissão de Constituição de Justiça (CCJ) da Câmara para que ela elabore um parecer. A CCJ elabora um parecer, votado na CCJ e, independentemente do resultado, esse parecer vai a Plenário. Uma vez em plenário, os deputados decidirão se autorizam ou não o STF a iniciar a ação penal.

Cabe dizer que, se for um crime de responsabilidade, a denúncia é encaminhada à Mesa da Câmara e é designada uma comissão eleita, uma comissão especial, com 65 parlamentares responsáveis por elaborar o parecer.

O quórum é de 2/3 dos membros da Câmara (=342 votos), em votação aberta. O PGR Rodrigo Janot ofereceu duas denúncias contra o Ex-Presidente Michel Temer, que foram entendidas como crimes que tiveram relação com o mandato e, ao chegar à Câmara, por duas vezes, foram rejeitados.

Supondo que a Câmara não tenha autorizado que se inicie a ação penal, após o mandato, o Ex-Presidente da República poderá ser processado. Haverá deslocamento de competência, não sendo mais do STF. Se a Câmara autorizar, por 2/3 de seus membros em votação aberta, o processo retorna ao STF para dar início à terceira fase.

8.2.1. Pergunta-se: o STF é obrigado a iniciar a ação penal se a Câmara autorizar por 2/3 de seus membros?

Não. O Poder Judiciário não é obrigado a receber as denúncias, sejam elas feitas pela Câmara (como é esse o caso de crimes cometidos pelo Presidente da República), sejam elas feitas pelo Ministério Público em qualquer outra ação penal. Portanto, a Câmara autorizando, o STF decidirá se recebe ou não a denúncia. O procedimento diz, ainda, que haverá um primeiro julgamento. O STF dará o direito de defesa ao Presidente da República para que este se manifeste e irá, literalmente, se reunir em seu Plenário para decidir se recebe ou não a denúncia após a autorização da Câmara.

Nesse primeiro julgamento, pode decidir se recebe ou não a denúncia e, na hipótese de não recebimento será realizado o arquivamento. Se o STF receber a denúncia e iniciar a ação penal, o Presidente da República ficará suspenso das suas funções por 180 dias. Nesse ponto, é igual ao crime de responsabilidade. Essa ação penal será regida pela Lei n.º 8.038/1990, pelo Regimento Interno do STF e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Penal.

Ao final do procedimento, o Presidente será julgado pelo Plenário do STF, podendo ser condenado por um crime comum. Se condenado, a pena será uma daquelas determinadas no ordenamento jurídico penal (reclusão, detenção, multa etc.).

8.2.3. O Presidente da República perde o mandato?

A princípio, a condenação é por crime comum, não se tratando de crime de responsabilidade, em que, neste, uma das sanções é a perda do cargo. Mas existem duas possibilidades em que é possível a perda do mandato: uma é a do art. 92, I, do Código Penal.

Nas hipóteses do art. 92, I, do CP, o STF pode determinar não apenas a condenação, mas também a perda do mandato, como efeito da condenação.

A outra situação é que a perda de mandato pode se dar não pela condenação em si, quando não aplicado o art. 92, I, do CP, mas pelos efeitos reflexos dessa condenação no art. 15, III, da CF/88.

Com os direitos políticos sendo suspensos, o indivíduo não pode votar nem ser votado, razão pela qual não pode continuar sendo Presidente da República. Nesse caso, acaba perdendo o mandato não pela condenação em si, mas sim pelos seus efeitos reflexos.

9. CRIMES PRATICADOS POR GOVERNADORES E PREFEITOS

No tocante aos governadores, em relação aos crimes de responsabilidade, muitas Constituições estaduais delimitam competência, procedimentos, quóruns etc. O STF, desde 2015, vem entendendo que essas previsões em Constituições estaduais são inconstitucionais.

No caso dos crimes de responsabilidade dos governadores, é necessário relembrar a **Súmula Vinculante 46:**

> **Súmula Vinculante 46** - A definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento são de competência legislativa privativa da União.

A lei que determina o julgamento de crimes de responsabilidade cometidos por governador é a Lei n.º 1.079/1950. O STF vem afastando normas constitucionais estaduais, afirmando que prevalece a Lei n.º

1.079/1950. Dessa forma, a mesma lei que regulamenta o crime de responsabilidade do Presidente da República regulamenta também o do Governador.

No caso de Governador, a lei prevê que este será julgado por um tribunal especial, que será composto por cinco deputados estaduais, cinco desembargadores, sob a presidência do presidente do TJ. O quórum necessário para a condenação do governador é de 2/3 dos membros desse tribunal.

Frise-se que o STF já decidiu que é inconstitucional disposição de Constituição estadual ou Lei Orgânica distrital que, em desacordo com o previsto no art. 78, §3° da Lei 1.079/50, atribuam à Assembleia ou Câmara Legislativa o julgamento do Governador por crime de responsabilidade.

As sanções que serão aplicadas ao Governador, nos termos da jurisprudência atual do STF, são a perda do cargo (*impeachment*) e a inabilitação para o exercício de funções públicas por cinco anos, conforme prevê o art. 78 da Lei n.º 1.079/1950.

A ADI 1628 enfrentou essa questão, envolvendo a Constituição do estado de Santa Catarina, e fixou para o crime de responsabilidade do Governador a perda do cargo e copiou os termos da Constituição Federal no que tange ao Presidente da República, fixando a inabilitação para o exercício de funções públicas por oito anos.

O STF, em 2001, declarou inconstitucional a Constituição do estado de Santa Catarina, afirmando que não pode prevalecer norma sobre o crime de responsabilidade nas Constituições estaduais, sendo de competência da União legislar privativamente sobre o tema.

O **órgão competente** para julgar a prática de crime comum, se esta guardar relação com o mandato, cometido pelos governadores, nos termos do art. 105 da CF, é o **STJ.** O crime comum praticado por governador, para que seja julgado pelo STJ, precisa guardar relação com o mandato e ter sido praticado durante o mandato.

O recente entendimento do STF, na AP 937, é aplicado para governadores de estado. O STJ entende que a interpretação do art. 105 é restritiva, não sendo qualquer crime praticado pelo governador que será processado e julgado pelo STJ.

Questiona-se: se o STJ vai julgar, existe a necessidade de autorização da Assembleia Legislativa, por 2/3 dos seus membros, para que o STJ receba a denúncia e dê início à ação penal?

O STF tinha o entendimento de que essa previsão nas Constituições estaduais era possível, mas o STF mudou o entendimento em seu Informativo 863, de maio de 2017, passando a entender que não há necessidade de autorização por Assembleia Legislativa do estado, por 2/3 de seus membros, para que o STJ possa iniciar a ação penal contra o Governador.

Portanto, não há necessidade de prévia autorização da Assembleia Legislativa para que o STJ receba denúncia ou queixa e instaure ação penal contra Governador de Estado, por crime comum. Logo, se a Constituição estadual exigir autorização da Assembleia Legislativa para que o Governador seja processado criminalmente, essa previsão será considerada inconstitucional. Assim, é vedado às unidades federativas instituir normas que condicionem a instauração de ação penal contra Governador por crime comum à prévia autorização da Casa Legislativa.

Se o STJ receber a denúncia ou queixa-crime contra o Governador, ele ficará automaticamente suspenso de suas funções no Poder Executivo estadual? Não. O afastamento do cargo não se dá de forma automática. O STJ, no ato de recebimento da denúncia ou queixa, decidirá, de forma fundamentada, se há necessidade de o Governador do Estado ser ou não afastado do cargo.

> **Info 863, STF** - Vale ressaltar que, além do afastamento do cargo, o STJ poderá aplicar qualquer uma das medidas cautelares penais (exs: prisão preventiva, proibição de ausentar-se da comarca, fiança, monitoração eletrônica etc.). [STF. Plenário. ADI 5540/MG, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 3/5/2017 (Info 863). STF. Plenário. ADI 4764/AC, ADI 4797/MT e ADI 4798/PI, Rel. Min. Celso de Mello, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgados em 4/5/2017 (Info 863)] [75]

O entendimento do STF contido no Informativo 774, que afirmava que as Constituições estaduais poderiam, com base no princípio da simetria, estabelecer a necessidade de autorização da Assembleia Legislativa, por 2/3 de seus membros, para que o STJ iniciasse a ação penal contra o Governador, **não existe mais desde a edição do Informativo 863 do próprio STF.**

O STJ pode iniciar a ação penal contra o Governador sem nenhuma necessidade de autorização da Assembleia Legislativa. Se a Constituição estadual prever essa possibilidade, será inconstitucional.

Sendo assim, quando o STJ inicia a ação contra o Governador, este fica suspenso de suas funções, automaticamente, por 180 dias? Não. Segundo o STF, o Governador não fica automaticamente suspenso de suas funções por 180 dias quando o STJ dá início à ação penal, em razão de não existir previsão na Constituição Federal.

No entanto, isso não obsta que o STJ tome as medidas que entenda cabíveis no curso dessa ação penal, sendo possível que determine o afastamento do Governador, podendo aplicar o art. 319, IV e VI, do CPP, entre outras medidas cautelares previstas em lei, bem como determinar a prisão preventiva do art. 311, também do CPP.

Para a determinação de medida cautelar ou até mesmo prisão preventiva contra o governador é necessária autorização do STJ. Com relação aos Governadores, o STF estabelece que é possível que sejam presos provisoriamente.

Já em relação a Prefeitos, estes são julgados no Tribunal de Justiça do respectivo estado, por crime comum que guarde relação com o mandato. De outro modo, se for o caso de crime eleitoral, o julgamento caberá ao Tribunal Regional Eleitoral; sempre em segunda instância, conforme determina a Súmula 702 do STF:

> **Súmula 702, STF** - 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 aos crimes sujeitos à prestação de contas perante o órgão federal, é competente o Tribunal Regional Federal, conforme Súmula 208 do STJ:

> **Súmula 208, STJ** - Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal.

Disponível em:

[75] https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo863.htm

Se há o desvio de verba, mas de uma verba que é incorporada ao patrimônio do município e o Prefeito passa, paulatinamente, a desviar do próprio município, a competência para processar e julgar, nesse caso, é do Tribunal do Justiça do respectivo estado, conforme Súmula 209 do STJ:

> **Súmula 209, STJ** - Compete à Justiça Estadual processar e julgar Prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal.

Em sendo crime de responsabilidade, o Prefeito será julgado pela Câmara de Vereadores, nos termos do Decreto-Lei n.º 201/1967.Para fins de esclarecimentos, apresenta-se a tabela abaixo, tratando da responsabilidade dos chefes do Poder Executivo federal, estadual e municipal, nos casos de crimes comuns e crimes de responsabilidade..

RESPONSABILIDADES DOS CHEFES DO PODER EXECUTIVO	
CRIMES COMUNS	CONCEITO: são crimes tipificados na lei penal (Código Penal ou legislação extravagante), a exemplo de peculato, corrupção etc. QUEM JULGA: a) STF, no caso de crime praticado pelo Presidente da República, após autorização de 2/3 da Câmara dos Deputados; b) STJ, no caso de crime praticado pelo Governador, sem prévia autorização de Assembleia Legislativa. Eventual previsão na Constituição Estadual neste sentido será inconstitucional; c) No caso de Prefeitos: - TJ, nos casos de crimes de competência da Justiça Comun Estadual; - TRF, no caso de desvio de verva sujeita a prestação de contas perante órgão federal; - TRE, no caso de crimes eleitorais.
CRIMES DE RESPONSABILIDADE	CONCEITO: são infrações político-administrativas praticadas por pessoas que ocupam determinados cargos públicos, sendo a eles aplicáveis sanções político-administrativas (perda do cargo e inabilitação para o exercício de função pública). Os crimes de responsabilidade estão previstos nos seguintes diplomas: - Para o Presidente da República, no art. 85 da CF/88 e na Lei n.° 1.079/50; - Para o Governador, na Lei n.° 1.079/50; - Para o Prefeito, no Decreto-Lei 201/67. QUEM JULGA: a) Senado Federal, no caso de crime de responsabilidade praticado pelo Presidente da República; b) Tribunal Especial (composto por 5 membros da Assembleia Legislativa e 5 desembragadores, sob a presidência do Presidente do TJ), no caso de crime de responsabilidade praticado pelo Governador; c) Câmara Municipal, no caso de crime de responsabilidade praticado pelo Prefeito.


PODER EXECUTIVO
Considerações iniciais
Noção de presidencialismo
Funções do Poder Executivo
Típicas
Atípicas
Investidura
Eleição pelo sistema majoritário
Puro e simples
Dois turnos
Requisitos para o cargo de Presidente
Impedimentos e vacâncias
Impedimentos
Vacância
Atribuições do Presidente da República
Art. 84, CF/88
Vice-Presidente da República
Funções próprias e impróprias
Ministros de Estado
Art. 87, CF/88
Órgãos consultivos
Conselho da República
Conselho de Defesa Nacional
Responsabilização do Presidente da República
Crimes de responsabilidade
Diferença Collor x Dilma
Crimes comuns
Imunidades processuais
Crimes praticados por Governadores e Prefeitos

19 PODER JUDICIÁRIO

1. CONCEITO

O Poder Judiciário é um dos três poderes, ao lado do Executivo e do Legislativo, sendo sempre um poder independente, a despeito de ser um sistema parlamentarista ou presidencialista, pois é ele quem guarda a Constituição.

Há países em que certas disciplinas são subtraídas do Poder Judiciário, eis que adotam o sistema francês, também denominado contencioso administrativo (dualidade de jurisdições). Nesses países, os conflitos que envolvem matérias de índole administrativa são solucionados no âmbito da própria administração.

Nesses casos, o processo fará coisa julgada administrativa, eis que há dualidade de jurisdições. Todavia, o Brasil adota o sistema inglês, ou de unidade de jurisdição. Somente o Poder Judiciário tem jurisdição, cabendo apenas a ele dizer o direito.

Coisa julgada é um atributo exclusivo do Poder Judiciário, conforme art. 5º, XXXV, da CF: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

No Brasil, o Poder Judiciário é dividido basicamente em duas esferas: a esfera federal e a esfera estadual. **A competência da Justiça Federal está prevista no art. 109, da CF. A Justiça Estadual possui competência residual, cabendo-lhe as matérias que não forem atribuídas à Justiça Federal.**

A **Justiça Federal poder ser classificada** em:

I) Justiça Federal Comum;

II) Justiça Federal Especializada: é a Justiça do Trabalho, Militar e Eleitoral.

Há ainda dois tribunais de superposição:

STF: última instância em questões que envolvem a Constituição;

STJ: última instância em questões que envolvem leis.

2. ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO

São órgãos do Poder Judiciário dispostos no **art. 92 da CF**:

> **Art. 92, CF/88.** São órgãos do Poder Judiciário:
> **I -** o Supremo Tribunal Federal;
> **I-A** o Conselho Nacional de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
> **II -** o Superior Tribunal de Justiça;
> **II-A** - o Tribunal Superior do Trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 92, de 2016)
> **III -** os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;
> **IV** - os Tribunais e Juízes do Trabalho;
> **V -** os Tribunais e Juízes Eleitorais;
> **VI -** os Tribunais e Juízes Militares;
> **VII -** os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

O STF é o órgão máximo do Poder Judiciário, sendo o guardião da Constituição. Denominam-se órgãos de convergência os tribunais superiores, que têm sede em Brasília, capital federal, possuindo jurisdição em todo o território nacional: STF, STJ, TST, TSE e STM.

Há, ainda, os órgãos de superposição, que são apenas dois dos tribunais superiores: o STF e o STJ. Esses tribunais são, além de órgãos de convergência, órgãos de superposição pelo fato de suas decisões se sobreporem àquelas proferidas pela Justiça Comum, seja do âmbito dos tribunais federais ou dos tribunais estaduais. Já o STF se superpõe a toda justiça, seja a Justiça Comum ou a Justiça Especial (Eleitoral, do Trabalho e Militar).

Alguns doutrinadores afirmam que o STF e o STJ são tribunais que não estão em nenhuma das justiças, não fazendo parte, portanto, da Justiça Comum e da Especial.

À **Justiça Comum** pertencem os TRFs (Tribunais Regionais Federais), atualmente com seis tribunais regionais, contando com o TRF da 6ª Região, com jurisdição sobre o território de Minas Gerais, criado pela Lei n.º 14.226/21 (existe uma emenda constitucional ampliando para nove regiões, mas foi suspensa liminarmente pelo STF)[76]; os juízes federais, os TJs (Tribunais de Justiça) e os juízes de direito.

Da **Justiça Especial**, fazem parte: os Tribunais de Justiça Militares, os juízes militares; a Justiça do Trabalho, composta pelo TST, TRT e juízes do trabalho; o TSE, os TRE e os juízes eleitorais; e o STM e as Juntas de Auditoria Militar.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi um órgão criado pela EC n.º 45/2004, sendo responsável por promover o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, além de realizar o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. Apesar de integrar o Poder Judiciário, exerce essa função administrativa.

O STJ é o guardião da lei federal, assegurando a uniformização da interpretação da legislação federal.

3. FUNÇÕES TÍPICA E ATÍPICA

A **função típica** é exercer a função jurisdicional, de interpretar e aplicar as normas, resolver lides com caráter de definitividade.

A **função atípica** é legislar (ex.: elaborar regimento interno) e exercer a função administrativa (ex.: nomear servidores). Em relação às funções atípicas administrativas, estas estão previstas no art. 96, I, da CF/88.

> **Art. 96, CF/88**. Compete privativamente:
> **I -** aos tribunais:
> **a)** eleger seus órgãos diretivos e 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;
> **b)** organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva;
> **c)** prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição;
> **d)** propor a criação de novas varas judiciárias;

[76] A EC 73/2013, em decisão liminar na ADI 5017 teve seus efeitos suspensos.

> **e)** prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei;
> **f)** conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados;

Em relação ao inciso I, alínea *a*, do art. 96 da CF/88 – eleger seus órgãos diretivos e 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 – destaca-se a redação do parágrafo único do dispositivo, inserido pela EC 134/2024:

> **Art. 96, CF/88, Parágrafo único.** Nos Tribunais de Justiça compostos de mais de 170 (cento e setenta) desembargadores em efetivo exercício, a eleição para os cargos diretivos, de que trata a alínea "a" do inciso I docaputdeste artigo, será realizada entre os membros do tribunal pleno, por maioria absoluta e por voto direto e secreto, para um mandato de 2 (dois) anos, vedada mais de 1 (uma) recondução sucessiva.

Todo o aparato administrativo do Poder Judiciário é elaborado pelo próprio Poder Judiciário.

O art. 96, II, da CF/88 prevê, ainda, que compete privativamente ao STF, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169: a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores; b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver; c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores; e d) a alteração da organização e da divisão judiciárias.

4. GARANTIAS DO PODER JUDICIÁRIO

O Poder Judiciário detém garantias que lhe asseguram autonomia e independência; ele possui autonomia financeira e administrativa. Em função disso, os Tribunais elaboram as suas próprias propostas orçamentárias, dentro dos limites estipulados na lei de diretrizes orçamentárias.

O encaminhamento se dá da seguinte forma: no âmbito da União, os responsáveis por encaminhar a proposta são o Presidente do STF e os presidentes dos Tribunais Superiores. No âmbito dos estados e do DF, os responsáveis por encaminhar a proposta são os presidentes dos Tribunais de Justiça.

A EC n.º 45 trouxe um novo dispositivo que consagra a autonomia financeira dos Tribunais, estabelecendo que as custas e os emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça.

Essa autonomia financeira será demonstrada pela eleição dos seus órgãos diretivos, pelo provimento dos cargos de juiz, bem como pela elaboração dos seus regimentos, criação de novas varas, concessão de licenças aos seus membros, juízes e servidores etc.

Os TJs e os Tribunais Superiores poderão propor a alteração do número dos membros dos seus Tribunais, assim como podem propor, ainda, a criação e extinção de cargos, além da fixação de subsídio dos seus membros e dos juízes.

5. ORGANIZAÇÃO DA CARREIRA

A CF/88 dispõe que, por meio de lei complementar de iniciativa do STF, haverá o tratamento do denominado Estatuto da Magistratura.

O ingresso na carreira se dá pelo cargo inicial de juiz substituto, que é viabilizado 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.

Registre-se que o STF entendeu que é inconstitucional norma estadual que estabelece limites etários para ingresso na magistratura. Normas estaduais (sejam leis ou normas da Constituição Estadual), que disponham sobre o ingresso na carreira da magistratura violam o art. 93, *caput*, da CF/88, por usurpar iniciativa legislativa privativa do STF (STF. Plenário. ADI 6794/CE, ADI 6795/MS e ADI 6796/RO, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 24/9/2021. Informativo 1031, STF).

A **promoção** se dará de entrância para entrância, alternadamente, por antiguidade e merecimento, apurados na última ou única entrância. A promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e o juiz deve integrar a primeira quinta parte da lista de antiguidade desta, salvo se não houver quem aceite o lugar vago com tais requisitos. O acesso aos tribunais superiores também poderá se dar por antiguidade e merecimento, alternadamente.

O inciso IV do art. 93 da CF/88 prevê a existência 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.

Os **subsídios** dos ministros de Tribunais Superiores são limitados a 95% do subsídio mensal do ministro do STF. 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, obedecido, em qualquer caso, o disposto nos arts. 37, XI, e 39, §4º da CF/88.

Assim, os magistrados, como membros do Poder Judiciário, estão sujeitos ao regime de subsídios, consoante art. 93, V c/c art. 39, §4° da CF/88, não podendo receber qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória.

Neste sentido, por exemplo, o STF, no julgamento da ADI 5.407/MG, declarou inconstitucional norma estadual que prevê adicional de “auxílio-aperfeiçoamento profissional” aos seus magistrados, por violação ao art. 39, §4°, da CF/88, por considerar que houve indevido acréscimo remuneratório (Info. 1.102, STF). No caso, tratava-se da Lei Complementar n° 135/2014, do Estado de Minas Gerais.

Ressalte-se, contudo, que são permitidos aos membros da Magistratura a percepção de verbas de natureza indenizatória, que se destinem a compensar o beneficiário de dispêndios suportados em decorrência do exercício do cargo.

O juiz titular deve residir na comarca, salvo quando houver autorização do Tribunal.

O ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, deve se fundar em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada a ampla defesa.

A Emenda Constitucional nº 130, de 2023, acrescentou o inciso VIII-A e VIII-B ao art. 93 da CF/88, com a seguinte redação:

> **VIII-A -** a remoção a pedido de magistrados de comarca de igual entrância atenderá, no que couber, ao disposto nas alíneas "a", "b", "c" e "e" do inciso II do caput deste artigo e no art. 94 desta Constituição;
> **VIII-B -** a permuta de magistrados de comarca de igual entrância, quando for o caso, e dentro do mesmo segmento de justiça, inclusive entre os juízes de segundo grau, vinculados

> a diferentes tribunais, na esfera da justiça estadual, federal ou do trabalho, atenderá, no que couber, ao disposto nas alíneas "a", "b", "c" e "e" do inciso II do caput deste artigo e no art. 94 desta Constituição;

Nos tribunais com número superior a 25 julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de 11 e o máximo de 25 membros. Esse Tribunal Especial exercerá as atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do Tribunal Pleno.

Esse órgão especial deverá ser composto por metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo Tribunal Pleno.

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. Todavia, no STF e STJ há férias coletivas.

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE!

O STF, ao julgar normas da Constituição do Estado de Pernambuco, que tratava sobre a remoção de magistrados e previa regras diferentes para os juízes substitutos em relação aos juízes titulares, assentou a sua inconstitucionalidade formal e material, conforme abaixo exposto:

Ao dispor sobre matéria própria do Estatuto da Magistratura, o dispositivo da Constituição Estadual violou, formalmente, a reserva de lei complementar nacional, de iniciativa do STF, prevista no art. 93, *caput*, da CF/88.

Enquanto não editada a aludida Lei Complementar, a uniformização do regime jurídico da magistratura permanece sob a regência da LC 35/79 – LOMAN, não sendo possível inovação por parte do poder constituinte derivado decorrente.

Além disso, o dispositivo impugnado ofendeu, materialmente, o princípio constitucional da isonomia ao estabelecer tratamento diferenciado entre juízes titulares e substitutos (STF. Plenário. ADI 3358/PE, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 22/10/2021, Info. 1035[77]).

Frise-se ainda que **é inconstitucional norma estadual que estabelece limites etários para ingresso na magistratura, por usurpar iniciativa legislativa privativa do STF, prevista no art. 93 da CF/88** (STF. Plenário. ADI 6794/CE, ADI 6795/MS e ADI 6796/RO, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 24/9/2021).

6. GARANTIAS DOS MAGISTRADOS

As garantias visam assegurar a independência dos juízes, sendo três as que se destacam:

Vitaliciedade: no 1º grau, só será adquirida após o cumprimento do estágio probatório de dois anos, dependendo a perda do cargo, no estágio probatório, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

Inamovibilidade: via de regra, o magistrado só será removido por iniciativa própria, salvo por motivo de interesse público, com decisão proferida por maioria absoluta do Tribunal ou do CNJ;

Disponível em:

[77] https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1035.pdf

Irredutibilidade de subsídio: ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, §4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

Aqueles que ingressarem no Tribunal por meio do quinto constitucional ou por nomeação do Presidente da República, adquirirão a vitaliciedade imediatamente.

A inamovibilidade não impede que o magistrado seja removido pelo CNJ em razão de sanção administrativa. Há mitigação à inamovibilidade.

A irredutibilidade é meramente formal. Isto é, uma irredutibilidade nominal, não sendo real, ainda que haja uma maior incidência de tributos.

Os magistrados possuem foro por prerrogativa de função. Esse foro é consagrado na CF/88:

I) juízes estaduais e juízes distritais: caso cometam crimes comuns ou de responsabilidade, serão julgados pelos Tribunais de Justiça;

II) juízes federais, militares e do trabalho: caso cometam crimes comuns ou de responsabilidade, serão julgados pelo Tribunal Regional Federal, pois os demais não têm competência criminal;

III) membros de TRT, TRF, TJ e TRE: são julgados perante o Superior Tribunal de Justiça;

IV) membros de Tribunais Superiores: são julgados por crimes comuns ou de responsabilidade no Supremo Tribunal Federal;

V) membros do Supremo Tribunal Federal: se cometerem crimes comuns, serão julgados pelo próprio STF. Caso seja crime de responsabilidade, serão julgados pelo Senado Federal.

O STF decidiu que o foro por prerrogativa de função não se estende aos juízes aposentados, eis que se trata de uma prerrogativa de função do cargo.

7. VEDAÇÕES AOS MAGISTRADOS

Vedações são proibições ao exercício de atividades incompatíveis com a missão do Poder Judiciário.

> **Art. 95, CF/88.** Parágrafo único**. Aos juízes é vedado:**
> **I -** exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;
> **II -** receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;
> **III -** dedicar-se à atividade político-partidária.
> **IV -** receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
> **V -** exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

7.1. Proposta orçamentária do Poder Judiciário

É o próprio Poder Judiciário que, dentro dos limites estabelecidos na LDO, decide qual será a **proposta de seu orçamento que será encaminhada ao Parlamento para lá ser votada**. O Poder Judiciário não envia a sua proposta orçamentária diretamente para o Congresso. O que a CF/88 prevê é que o Judiciário irá aprovar a sua proposta orçamentária e encaminhá-la ao Chefe do Poder Executivo, que irá consolidar, ou seja, reunir em um único projeto de Lei Orçamentária, as propostas orçamentárias do Executivo, do

Judiciário, do MP e da Defensoria, encaminhando o projeto para ser apreciado pelo Poder Legislativo (art. 99, § 2º da CF/88).

Segundo o STF, salvo em situações graves e excepcionais, não cabe ao Poder Judiciário, sob pena de violação ao princípio da separação de Poderes, interferir na função do Poder Legislativo de definir receitas e despesas da administração pública, emendando projetos de leis orçamentárias, quando atendidas as condições previstas no art. 166, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal. Isso porque, segundo o STF, a atividade de fixar e definir o orçamento é uma típica atribuição do Poder Legislativo.

Ainda que a CF afirme que compete ao Judiciário encaminhar as suas propostas orçamentárias, **não há vedação absoluta,** do ponto de vista formal, para que o Legislativo realize um controle sobre o que foi proposto. A aprovação da lei orçamentária pode ser classificada como um "ato complexo de elaboração conjunta", considerando que o Judiciário envia sua proposta, o Executivo a consolida e o Legislativo a arbitra.

Não há, portanto, afronta à separação de Poderes quando o Parlamento decide promover mudanças na proposta encaminhada. No caso concreto da Lei n.º 13.255/2016, o STF entendeu que as normas procedimentais quanto ao processo legislativo foram todas atendidas, não havendo violação ao art. 99 nem ao art. 166 da CF/88.

8. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ)

O Conselho Nacional de Justiça foi criado pela EC n.º 45/2004. Tão logo surgiu o CNJ, a Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) ajuizou a ADI 3367 contra esse órgão sob o argumento de que o CNJ feria a cláusula pétrea prevista no art. 60, §4º, II, da CF, que trata da separação de poderes, alegando que seria uma ingerência indevida no Poder Judiciário, um controle externo, porque haveria membros de fora do Judiciário controlando-o, afetando a separação de poderes, a independência do Poder Judiciário e a própria ideia do pacto federativo.

Essa ADI foi enfrentada pelo STF em 2005 e existia uma grande celeuma sobre a questão, porque um dos argumentos centrais da AMB no sentido de que haveria controle externo sobre o Poder Judiciário, era, à época, forte. Isso porque o STF já tinha enfrentado situações equivalentes, em tese, em que decidira pela impossibilidade de controle do Judiciário por membros pertecentes a outros Poderes da República em diversos estados, no âmbito das Constituições estaduais. O STF, recorrentemente, declarou a inconstitucionalidade dessas Constituições que traziam um controle do Poder Judiciário estadual por membros de fora. De tantas decisões sobre esse tema, o STF editou a **Súmula 649**.

> **Súmula 649, STF -** É inconstitucional a criação, por Constituição Estadual, de órgão de controle administrativo do Poder Judiciário do qual participem representantes de outros poderes ou entidades.

O STF, por sete votos a quatro, declarou a constitucionalidade da criação do CNJ, sob o fundamento de que a Súmula 649 é válida somente para os estados. Continua sendo proibida a criação de órgão de controle no Poder Judiciário no âmbito dos estados com membros de fora desse poder.

No âmbito nacional, o STF defendeu a importância da existência de um órgão de controle do Poder Judiciário composto por membros de outros Poderes. Isso, dizia o Ministro Cezar Peluso, relator à época, abriria a “caixa preta” do Poder Judiciário, sendo algo favorável para a democracia. Deve-se levar em consideração que a maioria dos membros do CNJ pertence ao Poder Judiciário.

O CNJ foi considerado constitucional e o argumento de que a sua existência feriria o princípio federativo foi considerado inadequado, não havendo que se falar em ofensa à autonomia dos estados nem

do Poder Judiciário desses estados. Assim, apenas, além da Corregedoria que já existe no âmbito dos estados, existe um órgão de extração nacional, que fiscaliza o Poder Judiciário dos estados, bem como a Justiça Federal e a Especializada.

Não há que se falar em controle externo, pois o CNJ é um órgão do Poder Judiciário, embora tenha alguns membros que sejam de outros Poderes.

O STF ressaltou no julgamento da ADI 3367 que a própria Constituição, à luz da EC n.º 45/2004 determina, no seu art. 102, I, r, que compete originariamente ao STF julgar ações contra o CNJ e o CNMP.

Esse Conselho é integrante do Poder Judiciário, não ferindo a separação dos poderes. Ao CNJ compete controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário; e controlar o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.

Os 15 membros do Conselho Nacional de Justiça exercem mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo eles:

> **Art. 103-B, CF/88.** O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009)
> **I -** o Presidente do Supremo Tribunal Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009)
> **II -** um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
> **III -** um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
> **IV -** um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
> **V -** um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
> **VI -** um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
> **VII -** um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
> **VIII -** um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
> **IX -** um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
> **X -** um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
> **XI -** um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
> **XII -** dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
> **XIII -** dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Quem **preside** o CNJ é o presidente do STF. Caso haja impedimento do presidente do STF, quem assumirá a presidência do CNJ será o vice-presidente do STF, ainda que ele não esteja entre aqueles que compõem o CNJ. Somente essas duas autoridades (presidente e vice- presidente do STF) é que não se submetem à aprovação da maioria absoluta do Senado Federal. Os demais membros do CNJ devem se submeter.

A EC n.º 61 trouxe duas alterações: não há mais limite de idade para compor o CNJ; poderá distribuir processos ao presidente do Conselho Nacional de Justiça.

Quem fica excluído da distribuição de processo é o ministro do STJ, que será o conselheiro corregedor. Atente-se para que essa exclusão da distribuição se dará apenas no Tribunal, e não no CNJ. O Ministro do STF continua a receber os processos do STF.

A CF estabelece que o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da OAB oficiarão perante o CNJ, porém ambos não pertencem ao CNJ. Nos crimes de responsabilidade, os membros do CNJ serão julgados pelo Senado Federal.

Em se tratando de crimes comuns, os membros do CNJ não têm foro por prerrogativa de função, cada um respondendo perante o seu Tribunal respectivo. As ações contra o CNJ serão processadas e julgadas originariamente perante o STF.

As atribuições do CNJ são exemplificativas, pois, em tese, deverão controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e também controlar o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, além de:

> **I -** 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;(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
> **II -** 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;(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

O CNJ poderá rever o ato de ofício:

> **III -** receber e conhecer 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, determinar a remoção ou a disponibilidade e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)
> **IV -** representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
> **V -** rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
> **VI -** elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
> **VII -** 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Observe que o CNJ não tem competência para rever a atuação jurisdicional dos magistrados. Segundo o STF, a competência constitucional do CNJ é autônoma (e não subsidiária). É regular a designação de juiz auxiliar, seja ele originário do Judiciário estadual ou federal, para a condução de sindicância, por delegação

do Corregedor-Nacional de Justiça, ainda que o investigado seja magistrado federal. A autoridade delegada atua em nome do CNJ, sendo irrelevante, portanto, se se trata de juiz estadual ou federal (Info 799, STF).

O STF decidiu que o CNJ tem competência originária e concorrente com os Tribunais de todo o país para instaurar processos administrativos disciplinares contra magistrados. Ou seja, não está condicionado a uma prévia atuação das corregedorias dos tribunais.

O CNJ, em relação ao STF, não tem qualquer poder, pois o órgão máximo é o próprio STF. O STF reconheceu ainda que o CNJ tem poder normativo primário, ou seja, poderá tratar de matérias que lhe são afetas ainda que não haja lei dispondo sobre determinado tema. Poderá expedir normas primárias para regulamentação de normas atribuídas pela Constituição.

O CNJ possui a competência para rever, de ofício ou mediante provocação, as decisões das Corregedorias locais que julgam, a favor ou contra, juízes e membros de Tribunais. No entanto, essa competência revisora deverá ser exercida no prazo máximo de um ano depois da decisão proferida (art. 103-B, §4º, V, da CF/88; Info 808, STF).

Em 2016, o STF decidiu que o CNJ pode determinar que Tribunal de Justiça exonere servidores nomeados sem concurso público para cargos em comissão que não se amoldam às atribuições de direção, chefia e assessoramento, contrariando o art. 37, V, da CF/88 (Info 851).

Segundo o STF, no caso, não houve declaração de inconstitucionalidade da qual resultasse a anulação ou revogação da lei discutida, com exclusão de sua eficácia. Ou seja, houve a nulidade dos atos questionados por ser considerada inaplicável, administrativamente, lei estadual com vício de inconstitucionalidade, com a vinculação apenas da atuação de órgão judicial cujos atos administrativos foram submetidos ao controle do CNJ. Assim, o Conselho não usurpou competência do STF.

Cabe lembrar que o Conselho Nacional de Justiça, embora seja órgão do Poder Judiciário, possui, tão somente, atribuições de natureza administrativa e, nesse sentido, não lhe é permitido apreciar a constitucionalidade dos atos administrativos, mas somente a sua legalidade.

ATENÇÃO

Vai cair na prova!

Em julgado de 18/11/2020, restou definido pela Suprema Corte que: nos termos do art. 102, I, “r”, da CF/88, é competência exclusiva do STF processar e julgar, originariamente, todas as ações ajuizadas contra decisões do CNJ e do CNMP proferidas no exercício das suas competências constitucionais, respectivamente, previstas nos arts. 103-B, §4º, e 130-A, § 2º, da CF/88.

Frise-se, contudo, que isso não significa que o STF julgará toda e qualquer ação ordinária contra os Conselhos, mas apenas quando o CNJ ou CNMP atuarem no exercício de suas competências. A competência do STF só se justificará se o ato praticado tiver um cunho finalístico, estando relacionado com os objetivos precípuos que justificaram a criação dos conselhos pela EC 45/2004, a fim de garantir uma proteção institucional a eles.

Antigamente, o STF realizava uma interpretação restritiva do art. 102, I, “r”, para entender que só seria competente para os casos de julgamento de Mandado de Segurança, habeas corpus e habeas data, cabendo ao juiz federal de 1º grau quando do julgamento de ações ordinárias. **Tal entendimento, como visto, mudou.**

Atualmente, compete ao STF julgar todas as ações ajuizadas contra decisões do CNJ ou do CNMP, não importando se ações ordinárias ou *writs* constitucionais, mas desde que proferidas no exercício de suas competências constitucionais (Informativo 1000, STF).

No mesmo Informativo, extrai-se o seguinte julgado de suma importância: decisões administrativas do CNJ devem ser cumpridas mesmo que exista decisão judicial em sentido contrário proferida por outro órgão judiciário que não seja o STF.

O art. 106 do Regimento Interno do CNJ prevê:

> **Art. 106, Regimento Interno do CNJ -** O CNJ determinará à autoridade recalcitrante, sob as cominações do disposto no artigo anterior, o imediato cumprimento de decisão ou ato seu, quando impugnado perante outro juízo que não o Supremo Tribunal Federal.

O STF afirmou que essa previsão é constitucional e decorre do exercício legítimo de poder normativo atribuído constitucionalmente ao CNJ, que é o órgão formulador da política judiciária nacional.

Assim, o CNJ pode determinar à autoridade recalcitrante o cumprimento imediato de suas decisões, ainda que impugnadas perante a Justiça Federal de primeira instância, quando se tratar de hipótese de competência originária do STF (STF. Plenário. ADI 4412/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18/11/2020, Informativo 1000).

9. CRIAÇÃO DE ÓRGÃOS DE CONTROLE ADMINISTRATIVO PELOS ESTADOS-MEMBROS

Os estados-membros não têm competência constitucional para criar órgãos de controle interno ou externo para fins de controle administrativo da respectiva atuação dos Tribunais. Ou seja, não pode haver um conselho estadual de justiça. Isso porque a magistratura possui um **caráter nacional**, eis que todos os magistrados estão submetidos ao estatuto nacional. É justamente isso que justifica um Conselho Nacional de Justiça.

10. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal compõe-se de 11 ministros, nomeados pelo presidente da República, após a aprovação da maioria absoluta dos membros do Senado Federal.

Para ser ministro do STF, é necessário: ter mais de 35 e menos de 70 anos de idade; ter notável saber jurídico e reputação ilibada; ser brasileiro nato; estar em pleno gozo dos direitos políticos.

O STF possui **duas turmas**, sendo que **ambas possuem as mesmas competências**, além de cada uma delas possuir cinco ministros. O Presidente do STF não integra qualquer uma delas. Para que o Tribunal Pleno tenha quórum para deliberação, é necessário estarem presentes ao menos oito dos onze ministros.

Para que se analise a constitucionalidade de uma lei, é indispensável haver a maioria de seis votos, ainda que estejam presentes oito ministros. Esse quórum (seis ministros) é exigido para declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do ato. Caso não tenha quórum suficiente, suspende-se o julgamento do processo e aguarda-se o comparecimento dos ministros faltantes até alcançar o número de seis votos.

O Presidente do STF é eleito diretamente pelos seus pares, tendo mandato de dois anos, vedada a recondução. A Suprema Corte tem como tradição eleger como Presidente e Vice-Presidente os dois ministros mais antigos que ainda não tenham sido eleitos para tais cargos.

As competências do STF podem ser divididas em: competência originária e recursal. O **art. 102** traz o rol exaustivo da competência do STF.

10.1. Competência originária

Segundo o art. 102, I, compete ao STF, originariamente, processar e julgar:

> **a)** a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)
> **b)** 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;
> **c)** nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)
> **d)** o habeas corpus , sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; 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;
> **e)** o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;
> **f)** as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;
> **g)** a extradição solicitada por Estado estrangeiro;
> **i)** 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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 22, de 1999)
> **j)** a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;
> **l)** a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
> **m)** a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;
> **n)** a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;
> **o)** os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;
> **p)** o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;
> **q)** o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;
> **r)** as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Este rol é exaustivo.

O presidente do Banco Central, por possuir o *status* de ministro de Estado, será julgado por seus crimes pelos mesmos órgãos que julgam os ministros de Estado. Ou seja, o presidente do Banco Central será julgado pelas suas infrações penais comuns e crimes de responsabilidade pelo STF, salvo quanto aos crimes de responsabilidade conexos com os do Presidente da República, hipótese em que será julgado pelo Senado Federal. É preciso perceber que, quando a CF/88 traz o foro por prerrogativa de função, este não alcançará ações de natureza cível ajuizados contra essas autoridades.

Competia ainda ao STF (até 2016) e, posteriormente, ao PGR (entre 2016 e 2020)[78], dirimir conflitos de competência entre Ministérios Públicos estaduais e federais, bem como a competência para julgar conflitos entre Ministérios Públicos estaduais de estados diferentes. **Esse não é mais o posicionamento do STF, o qual passou a entender que compete ao Conselho Nacional do Ministério Público dirimir conflitos de atribuições entre membros do MPF e de Ministérios Públicos estaduais.**

OBSERVAÇÃO

Segundo a Súmula 627 do STF, "no mandado de segurança contra a nomeação de magistrado da competência do Presidente da República, este é considerado autoridade coatora, ainda que o fundamento da impetração seja nulidade ocorrida em fase anterior do procedimento."

10.2. Competência recursal

Compete ao STF julgar, em recurso ordinário:

> **Art. 102, CF/88. II - julgar, em recurso ordinário**:
> **a)** 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;
> **b)** o crime político;
> **III -** julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:
> **a)** contrariar dispositivo desta Constituição;
> **b)** declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
> **c)** julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
> **d)** julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Note que a Constituição prevê que cabe recurso extraordinário contra decisão de única ou última instância, porém não dispõe se a decisão deve ser de Tribunal. Portanto, é cabível recurso extraordinário contra decisão de Turma Recursal de Juizado Especial.

Cabe ressaltar que é possível a interposição de recurso extraordinário em face de lei decorrente de Constituição anterior, apesar de não estar explicitamente previsto. Isto é, seria possível questionar a validade de ato pré-constitucional em face da Constituição de 1988 ou, ainda, de Constituição pretérita, vigente à época em que aquela lei entrou em vigor. Isso porque não cabe controle abstrato com base em Constituição pretérita.

São requisitos para interposição de recurso extraordinário:

- **Prequestionamento da matéria:** essa controvérsia deve ter sido enfrentada na decisão recorrida;
- **Ofensa direta à constituição:** não são admitidas ofensas reflexas ou indiretas à Constituição;
- **Repercussão geral:** o recorrente deve demonstrar a repercussão geral das questões debatidas. Em regra, há uma presunção de que a violação direta à Constituição geraria uma

[78] DIZER O DIREITO. Conflito de atribuições entre MPF e MPE deve ser dirimido pelo CNMP. Disponível em: https://www.dizerodireito.com.br/2020/06/conflito-de-atribuicoes-entre-mpf-e-mpe.html#:~:text=Neste%20per%C3%ADodo%2C%20o%20STF%20passou,e%20de%20Minist%C3%A9rios%20P%C3%BAblicos%20estaduais. Acesso em: 7 fev. 2022.

repercussão geral. Tanto é que, para afastar a repercussão geral, é preciso haver a manifestação de 2/3 dos membros do STF no sentido de que não há repercussão geral.

10.3. A Súmula Vinculante e a Reclamação Constitucional

O art. 103-A da CF/88 trata das súmulas vinculantes, nos seguintes termos:

> **Art. 103-A, CF/88 -** O Supremo Tribunal Federal poderá, 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.
> **§ 1º** A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja 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.
> **§ 2º** Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.
> **§ 3º** 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.

Sobre a súmula vinculante, interessante destacar o entendimento de que a revogação ou modificação do ato normativo em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante acarreta, em regra, a necessidade da sua revisão ou cancelamento pelo STF, conforme o caso.

Assim, imagine que o STF tenha editado uma súmula vinculante com base na interpretação de um determinado dispositivo legal. Caso o Congresso Nacional revogue o mencionado dispositivo, ou o altera, o STF deverá proceder a necessária revisão ou até mesmo o cancelamento da súmula vinculante que havia sido editada? Em regra, deve-se revisar ou cancelar enunciado de súmula vinculante quando ocorrer a revogação ou a alteração da legislação que lhe serviu de fundamento. Contudo, o STF pode concluir, com base nas circunstâncias do caso concreto, pela desnecessidade de tais medidas. (STF. Plenário. RE 1.116.485/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 01/03/2023, Repercussão Geral – Tema 477, Info 1084).

Outra tema importante é a previsão constitucional de mecanismo de preservação das competências do STF e da autoridade de suas decisões: trata-se da reclamação constitucional.

Assim, a reclamação é um instrumento constitucional que busca: preservar a competência do STF; garantir a autoridade daquilo que ficou decidido pelo STF; garantir que súmula vinculante do STF seja aplicada: isso porque a EC n.º 45 ampliou o uso da reclamação, cabendo também nos casos de impugnação de uma decisão administrativa ou de um ato judicial que contrarie ou que aplique indevidamente súmula vinculante do STF.

A reclamação tem natureza jurídica de petição e será de competência originária do STF, bem como será julgada pelas Turmas do STF. Ademais, a reclamação é instrumento hábil de interpretação ou reinterpretação da decisão proferida em controle de constitucionalidade abstrato.

A partir de um entendimento do STF, foi decidido que o ministro relator de reclamação poderá julgá-la monocraticamente quando a matéria em questão versar sobre tema que possua jurisprudência consolidada da Corte.

Cabe destacar dois entendimentos do STF: é possível haver o instituto da reclamação em âmbito estadual, uma vez que os TJs funcionam como guardiões das Constituições estaduais; além disso, o STF entende que o Ministério Público Estadual, apesar de o PGR ter a competência para exercer suas atividades junto ao STF, teria legitimidade ativa autônoma para propor reclamação perante a Suprema Corte.11. Superior Tribunal de Justiça

11. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O STJ é composto de, no mínimo, 33 ministros, sendo que essa composição segue os seguintes critérios: são nomeados pelo Presidente da República; devem ser brasileiros, natos ou naturalizados; devem ter mais de 35 e menos de 70 anos; devem ter notável saber jurídico e reputação ilibada.

A nomeação pelo Presidente depende da aprovação prévia pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal.

A composição do STJ deverá ser da seguinte forma: 1/3 entre juízes dos TRFs, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio STJ; 1/3 entre desembargadores dos TJs, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio STJ; 1/3 em partes iguais, entre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente.

O STF entendeu que os magistrados dessa composição de 1/3 do TRF e do TJ podem advir do quinto constitucional.

OBSERVAÇÃO

Membro que não seja desembargador de carreira, oriundo do quinto constitucional, pode concorrer à vaga de ministro do STJ como desembargador. O STF entendeu que é possível, porque a Constituição, no que tange ao STJ, exige apenas que o indivíduo seja desembargador, não exigindo que seja de carreira.

O próprio STJ é que vai elaborar a lista tríplice e encaminhará ao Presidente da República. Diante disso, o Presidente escolhe e submete ao Senado Federal.

No caso de advogados e membros do MP, são elaboradas listas sêxtuplas e encaminhadas ao STJ. A Corte Cidadã, a partir dessa lista sêxtupla, elaborará uma lista tríplice, que enviará ao Presidente da República.

Em 2009, houve um *hardcase* interessante. Houve a abertura de uma vaga destinada ao quinto constitucional e, diante disso, os advogados do Brasil enviaram os seus nomes para a OAB, que elaborou uma lista sêxtupla e remeteu ao STJ. O STJ, por sua vez, devolveu a lista para a OAB alegando que nenhum dos nomes serviria. A OAB, então, impetrou um mandado de segurança contra o STJ e, depois, um recurso ordinário constitucional em mandado de segurança contra o STJ perante o STF alegando desrespeito do STJ em relação à lista sêxtupla.

Nesse caso, o STF decidiu que o STJ pode devolver a lista da OAB se entender que os requisitos não foram cumpridos. Não é possível, contudo, que o STJ elabore uma nova lista.

A competência do STJ pode ser dividida em: competência originária e recursal.

11.1. Competência originária

O STJ terá **competência originária** para processar e julgar:

> Nos crimes comuns, os governadores dos Estados e do Distrito Federal; os vice-governadores são disciplinados pela respectiva Constituição Estadual e, normalmente, são submetidos ao TJ;

O foro por prerrogativa de função no caso de Governadores deve ficar restrito aos fatos ocorridos durante o exercício do cargo e em razão deste. Aqui, verifica-se que a Corte Especial do STJ seguiu o mesmo raciocínio do STF, limitando a amplitude do art. 105, I, "a" da CF/88.

Em relação ao vice-governador, o STJ fixou a sua competência, para os fins preconizados pela regra do foro por prerrogativa de função, para processar e julgar governador em exercício que deixou o cargo de vice-governador durante o mesmo mandato, quando os fatos imputados digam respeito ao exercício das funções no âmbito do Poder Executivo estadual. (STJ. Corte Especial. QO no AgRg na APn 973-RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Rel. para acórdão Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 3/5/2023, Info 775). No caso concreto, houve a seguinte situação: o então Vice-Governador do Estado do Rio de Janeiro teria, supostamente, praticado atos no exercício de suas funções, com inobservância dos deveres funcionais, em troca de supostas vantagens indevidas, o que caracterizaria a relação de causalidade entre o crime imputado e o exercício do cargo. Uma vez que o titular do cargo – Governador – havia sido condenado por crime de responsabilidade, o Vice-Governador o sucedeu. Se enquanto vice-governador, havia o foro por prerrogativa de função no Tribunal de Justiça do respectiva Estado, ao suceder o titular, o foro competente passou a ser o STJ. Mas os fatos foram praticados, contudo, na condição de vice-governador. Ocorre que, segundo o STJ, o fato de ter assumido a condição de Governador, no mesmo mandato, revela a identidade de investidura funcional para os escopos preconizados pela regra do foro por prerrogativa de função, não sendo configurada espécie alguma de privilégio em favor do cidadão. Assim, cabe ao STJ a análise do bem jurídico tutelado e a definição da competência na hipótese, sob pena de ofensa à estrutura hierarquizada da Jurisdição e à própria racionalidade do Sistema de Justiça.

> Nos crimes comuns e nos crimes de responsabilidade, os desembargadores do TJ e TJDFT, os membros dos TCEs, os dos TRFs, dos TREs e do TRTs, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do MPU que oficiem perante tribunais;

Neste ponto, o STF, em julgamento de 27/3/2023, esclareceu que é inconstitucional, por usurpar a competência do STJ (estabelecida nos arts. 105, I, "a" e "c"; e 128, I, "d", da CF/88), norma que atribui ao TJDFT a competência originária para processar e julgar ações de "habeas corpus" nas quais figurem como autoridades coatoras: (i) o Presidente e membros do TJDFT; (ii) o Presidente e membros do Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF); e (iii) o Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. STF. Plenário. ADI 5.278/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 27/3/2023 (Info 1088).

Neste sentido, o STF declarou inconstitucional dispositivo da Lei Federal n.° 11.697/2008, que dispõe sobre a organização judiciária do Distrito Federal e dos Territórios, que atribuía tal competência ao TJDFT.

> Os mandados de segurança e os habeas data contra ato de ministro de Estado, dos comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio STJ.

Perceba que há o questionamento de um ato de ministro de Estado ou de Comandante por meio de mandado de segurança, razão pela qual será do STJ essa competência;

> Os habeas corpus, quando o coator ou paciente for governador, desembargador do TJ e TJDFT, membros dos TCEs, os dos TRFs, dos TREs e do TRTs, membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do MPU que oficiem perante tribunais, ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, ministro de Estado ou comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;

> Os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvada a competência do STF, bem como entre Tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos;
> As revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados;
> A reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
> Os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União;
> 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;
> A homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias esta é a competência mais importante para fins de concursos, pois até a EC nº 45 essa competência era do STF;

Exequatur consiste no"execute-se", uma autorização para serem executadas no Brasil as diligências requeridas por autoridade estrangeira. A carta rogatória é recebida de uma autoridade estrangeira pelo Ministério das Relações Exteriores, é posteriormente transmitida ao STJ. Concedido o exequatur, é encaminhado ao juiz federal para que este execute a diligência. Após, será devolvida ao STJ para que remeta ao país de origem.

> os conflitos entre entes federativos, ou entre estes e o Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços, relacionados aos tributos previstos nos arts. 156-A e 195, V.

11.2. Competência recursal do STJ

Compete também ao STJ julgar, por recurso ordinário:

> os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos TRFs ou pelos TJs e TJDFT, quando a decisão for denegatória – perceba que deverá ser decidido em única ou última instância por Tribunais e deverá ser denegatória;
> os mandados de segurança decididos em única instância pelos TRFs ou pelos TJs e TJDFT, 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

Veja que a primeira instância é do juiz federal nesse caso, pois aqui é caso de recurso ordinário.

Além da competência para o recurso ordinário, deve-se atentar para o art. 105, III, da CF/88, que estabelece a competência do STF para julgar, em 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;
> Julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
> Der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Acerca do recurso especial, a EC n.º 125, promulgada em 14 de julho de 2022, trouxe importantes alterações, ao contemplar **o requisito da relevância das questões de direito federal infraconstitucional**.

Assim, o §2º do art. 105 estabelece que:

> **Art. 105, § 2º, CF/88** - No recurso especial, o recorrente deve demonstrar a relevância das

> questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 125, de 2022)

Ademais, o §3º do art. 105 estabelece que haverá relevância nos seguintes casos:

> **§ 3º** Haverá a relevância de que trata o § 2º deste artigo nos seguintes casos: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 125, de 2022)
> **I -** ações penais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 125, de 2022)
> **II -** ações de improbidade administrativa; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 125, de 2022)
> **III -** ações cujo valor da causa ultrapasse 500 (quinhentos) salários mínimos; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 125, de 2022)
> **IV -** ações que possam gerar inelegibilidade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 125, de 2022)
> **V -** hipóteses em que o acórdão recorrido contrariar jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 125, de 2022)
> **VI -** outras hipóteses previstas em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 125, de 2022)

O rol de relevância das questões de direito federal infraconstitucional é exemplificativo, uma vez que o próprio legislador constituinte previu a possibilidade de a lei contemplar outras hipóteses.

A relevância será exigida nos recursos especiais interpostos após a entrada em vigor da Emenda Constitucional. Foi prevista ainda a possibilidade de a parte poder atualizar o valor da causa para montante superior a 500 (quinhentos) salários mínimos, para fins de reconhecimento da relevância.

Se a decisão de uma turma recursal contraria a interpretação dada pelo STJ, haver-se-ia de ingressar com uma reclamação para fazer valer a autoridade de suas decisões. Não é possível, contudo, a utilização de recurso especial.

Por último, funcionarão junto ao Superior Tribunal de Justiça:

ENFAM: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, cabendo-lhe, entre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira, como o caso do curso de formação de juízes;

CJF: Conselho da Justiça Federal, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de 1º e 2º graus, como órgão central do sistema e com poderes correcionais, cujas decisões terão caráter vinculante: são passíveis de questionamento.

12. JUSTIÇA FEDERAL

A Justiça Federal é composta:

- pelos TRFs;
- pelos juízes federais.

12.1. Tribunal Regional Federal (TRF)

O TRF terá o mínimo de sete juízes, conhecidos informalmente como desembargadores federais. Para tanto, é necessário ter mais de 30 anos e menos de 70 anos.

Um quinto do TRF deve ser composto por advogados ou membros do MP com mais de 10 anos de experiência. Os 4/5 serão preenchidos por meio de promoção dos juízes federais. O quinto constitucional tem a finalidade de oxigenar os Tribunais, apesar de ser um argumento questionável.

A **competência do TRF está prevista no art. 108 da CF/88**, o qual diz que cabe ao TRF processar, com competência originária:

> **a)** 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;
> **b)** as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região;
> **c)** os mandados de segurança e os habeas data contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal;
> **d)** os habeas corpus, quando a autoridade coatora for juiz federal;
> **e)** os conflitos de competência entre juízes federais vinculados ao Tribunal;

Em grau recursal, cabe ao TRF processar as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição.

Nesse último caso, o juiz atua com competência federal, pois não há vara federal na comarca.

É pacífico no STF que o TRF é competente para julgar prefeito, secretário de Estado, secretário Municipal, nos crimes em que houve a violação de interesse da União, apesar de a Constituição prever que esses seriam julgados pelo TJ. Nesse caso, se o crime é da competência da JF, serão julgados pelo TRF, originariamente.

12.2. Juízes federais

Os juízes federais têm a sua **competência elencada no art. 109 da CF/88**. A competência da Justiça Estadual é residual.

Segundo o art. 109, compete aos juízes federais processar e julgar:

> **I -** as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

Observa-se que as causas que envolvam sociedade de economia mista, em regra, são de competência da Justiça Estadual;

> **II -** as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;

Nesse caso, cabe recurso ordinário contra a decisão do juiz de 1ª instância para o STJ;

> **III -** as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;
>
> **IV -** os crimes políticos 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.

A contravenção penal é de competência da Justiça Estadual, salvo se houver contravenção praticada por autoridade com foro por prerrogativa de função. Da decisão que julga crime político, caberá recurso ordinário ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, II, b, CF);

> **V -** 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;

Como se vê, exige-se que o delito previsto em tratado ocorra por transnacionalidade;

> **V-A** as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
> **VI-** os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira.

Com base nisso, o crime de redução à condição análoga a de escravo é da competência da JF.

> **VII -** 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;
> **VIII -** os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;
> **IX** - os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;

Os tribunais vêm entendendo que os navios e as aeronaves devem ser de grande porte. Do contrário, será de competência da Justiça Estadual.

> **X -** 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;

Lembre-se de que, para haver exequatur ou homologação, é necessário que o STJ seja instado.

> **XI -** a disputa sobre direitos indígenas.

O STF firmou o entendimento de que a Justiça Federal só é competente quando a controvérsia envolver direitos indígenas típicos e específicos da comunidade indígena. Isto é, não há competência da Justiça Federal na hipótese em que o indígena praticar crime um furto isoladamente.

> **§ 1º** As causas em que a União for autora serão aforadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte.

Ademais, nas causas em que a União for autora, serão ajuizadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte. Nas causas em que a União for ré, o autor poderá ajuizar ação na seção judiciária em que for domiciliado, onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.

Com relação às **causas previdenciárias**, os §§3º e 4º trazem uma regra especial. Se, no domicílio do segurado ou beneficiário, não houver vara federal, essas ações serão julgadas pela Justiça Estadual, caso em que o recurso será remetido ao TRF.

Segundo o STF, é possível que o segurado decida em qual vara deseja ingressar. Trata-se, portanto, de mera liberalidade a favor do beneficiário.

A **Súmula Vinculante 36** ainda estabelece que compete à Justiça Federal comum processar e julgar o 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.

A discussão, nesse contexto, é se seria da Justiça Federal ou da Justiça Militar, eis que quem expede esses documentos é a Marinha do Brasil.

O §5º traz a denominada **federalização de crimes que violem direitos humanos**. Segundo esse dispositivo, nas hipóteses de grave violação de direitos humanos (conceito jurídico aberto), o 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, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

A EC n.º 45/2004 trouxe a possibilidade de trazer para a esfera federal crimes que seriam originariamente de competência da Justiça Estadual. Alguns estados possuem situação precária. Nesse caso, por haver um risco de que não haja a efetiva aplicação da lei penal, o constituinte, a fim de que os tratados internacionais de que o Brasil faça parte sejam cumpridos, admite que o PGR possa suscitar o incidente perante o STJ, o deslocamento de competência da Justiça Estadual para a Justiça Federal.

13. JUSTIÇA DO TRABALHO

A Justiça do Trabalho é composta pelos seguintes órgãos:

- Tribunal Superior do Trabalho;
- Tribunais Regionais do Trabalho;
- Juízes do Trabalho.

13.1. Tribunal Superior do Trabalho (TST)

O Tribunal Superior do Trabalho será composto 27 ministros, escolhidos:

- dentre brasileiros, natos ou naturalizados;
- mais de 35 anos e menos de 70 anos;
- notável saber jurídico e reputação ilibada;
- nomeados pelo Presidente da República;
- aprovação prévia pela maioria absoluta do Senado Federal.

Atente-se para o fato de que 1/5 dos membros do TST serão escolhidos 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. Os 4/5 restantes serão escolhidos dentre juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, oriundos da magistratura da carreira, indicados pelo próprio Tribunal Superior.

O TST faz uma lista tríplice dos desembargadores de carreira, envia para o Presidente da República, que indica um e, após aprovação por maioria absoluta no Senado, o nomeia.

Para membros do MPT e advogados, a lógica é a mesma do quinto constitucional. A OAB ou o MPT elabora uma lista sêxtupla, envia para o TST, que faz uma lista tríplice e remete ao Presidente da República, que irá indicar um dos nomes e, caso seja aprovado pelo Senado por maioria absoluta, é nomeado.

A necessidade de que os desembargadores do TRT indicados para o TST sejam de carreira foi uma exigência feita pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (Anamatra), na EC n.º 45/2004.

13.2. Tribunal Regional do Trabalho (TRT)

Os Tribunais Regionais do Trabalho compõem-se de, no mínimo, sete juízes, recrutados, quando possível, na respectiva região. Eles também são nomeados pelo Presidente da República; devem ser brasileiros, natos ou naturalizados, com mais de 30 e menos de 70 anos.

Um quinto entre 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 4/5 serão selecionados mediante promoção de juízes do trabalho por antiguidade e merecimento, alternadamente.

13.3. Justiça do Trabalho

Segundo o art. 114, compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

> **I -** 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; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Sendo uma relação trabalhista, submetida à CLT, será da competência da Justiça do Trabalho.

> **II -** as ações que envolvam exercício do direito de greve; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Sendo servidor público estatutário, a relação é jurídico-administrativa, assim como o contrato temporário, devendo ser julgado pela justiça comum, federal ou estadual. Se for uma relação de emprego público, será da Justiça do Trabalho;

> **III -** as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
> **IV -** os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data* , quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)V os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
> **VI -** as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
> **VII** - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
> **VIII -** a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a , e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
> **IX** - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

O STF firmou o entendimento de que a Justiça do Trabalho é competente para julgar ações possessórias ajuizadas em razão do exercício de direito de greve, no tocante às relações privadas. Por exemplo, se os empregados tomam o prédio da empresa e não deixam os outros funcionários trabalhar, caberá ação possessória, pois o dono da empresa deseja ser reintegrado. Essa ação deverá ser ajuizada na Justiça do Trabalho.

ATENÇÃO

A Justiça do Trabalho não tem competência para julgar ação penal, nem mesmo *habeas corpus*.

O STF editou, ainda, a **Súmula Vinculante 22**, estabelecendo que:

> **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 45/2004.

Antes da EC n.º 45, quem julgava esses casos era a Justiça Comum Estadual. Após, passou a ser a Justiça do Trabalho. Com relação às ações que estavam em curso, segundo o STF, se não havia sentença de mérito, deveriam ser remetidas para a Justiça do Trabalho. Caso houvesse, permaneceriam na Justiça Comum.

As ações contra o INSS, em que se pleiteia o benefício previdenciário, não são ajuizadas perante a Justiça do Trabalho, mas também não são ajuizadas perante a Justiça Federal, devendo ser ajuizadas na Justiça Estadual.

14. JUSTIÇA ELEITORAL

> **Art. 118, CF/88**. São órgãos da Justiça Eleitoral:
> **I -** o Tribunal Superior Eleitoral;
> **II -** os Tribunais Regionais Eleitorais;
> **III -** os Juízes Eleitorais;
> **IV -** as Juntas Eleitorais.

14.1. Tribunal Superior Eleitoral (TSE)

O TSE é composto por, no mínimo, sete membros, com mandato de dois anos, podendo haver recondução por mais dois anos. Serão escolhidos:

I - mediante eleição, pelo voto secreto:

a) três juízes dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal;

b) dois juízes dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça;

II - por nomeação do Presidente da República: dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Supremo Tribunal Federal

Os advogados serão indicados por meio de uma lista sêxtupla, que não será definida pela OAB, mas sim pelo STF, que encaminha ao Presidente da República para nomeação. Não há necessidade de aprovação pelo Senado nesse caso. Assim, tão logo a lista sêxtupla é encaminhada pelo STF ao Presidente da República, este já pode proceder à nomeação.

O presidente e o vice-presidente do TSE serão ministros do STF. Dos dois ministros do STJ, um deles será corregedor do TSE.

14.2. Tribunal Regional Eleitoral (TRE)

Os TREs serão compostos por:

- dois desembargadores do TJ, mediante eleição, pelo voto secreto;
- dois juízes de direito, escolhidos pelo Tribunal de Justiça, mediante eleição, pelo voto secreto;
- um juiz do TRF, com sede na Capital do Estado ou no Distrito Federal, ou, não havendo, de juiz federal, escolhido pelo Tribunal Regional Federal respectivo;
- dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça, nomeados pelo Presidente da República.

Esses advogados são indicados em lista sêxtupla pelo TJ, e não pela OAB. Os juízes dos TREs servirão por dois anos, no mínimo, e poderão ser reconduzidos por uma vez, pois nunca estarão por mais de dois biênios consecutivos.

O TRE elegerá o seu presidente e o vice-presidente dentre os desembargadores. Os membros dos tribunais, os juízes de direito e os integrantes das juntas eleitorais, no exercício das suas funções, e no que lhes for aplicável, gozarão de plenas garantias e serão inamovíveis.

São irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariarem a Constituição e as denegatórias de *habeas corpus* ou mandado de segurança. Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais, somente caberá recurso quando: 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.

15. JUSTIÇA MILITAR

São órgãos da Justiça Militar:

- Superior Tribunal Militar;
- Tribunais Militares instituídos por lei;
- juízes militares.

A composição do STM é de 15 ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, após aprovação da maioria absoluta do Senado Federal:

- três oficiais-generais da Marinha;
- quatro oficiais-generais do Exército;
- três oficiais-generais da Aeronáutica;
- cinco dentre civis: desses cinco civis, um juiz militar, um membro do MPM e três advogados com mais de dez anos de efetivo exercício da atividade.

Em relação aos civis, é necessário que sejam:

- brasileiros, com mais de 35 anos e menos de 70 anos de idade;
- três deverão ser escolhidos dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional;
- dois por escolha paritária, dentre juízes, auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar.

Todos serão nomeados pelo Presidente da República.

Os dez oficiais-generais deverão ser, obrigatoriamente, brasileiros natos. Mas isso não porque o STM exige, e sim porque o cargo de oficial-general possui essa exigência. O único tribunal superior que exige brasileiro nato é o STF. Os cinco civis podem ser brasileiros natos ou naturalizados.

O procedimento de escolha se dá da seguinte forma: o Presidente da República indica um nome, que irá ao Senado para aprovação por maioria simples, após, haverá a nomeação pelo Presidente da República.

15.1. Justiça Militar da União

A Justiça Militar da União julga crimes militares, porém essa competência é exclusivamente penal.

Além de militares, a Justiça Militar da União também julga civis, quando estes praticam crimes contra o patrimônio militar ou contra a ordem administrativa militar.

15.2. Justiça Militar Estadual

A Justiça Militar Estadual é composta:

- **1º grau:** por juízes de direito e conselhos de justiça;
- **2º grau:** por Tribunal de Justiça, ou, caso o Estado possua efetivo militar superior a 20 mil militares, por um Tribunal de Justiça Militar

Contra as decisões proferidas pela Justiça Militar de 2ª instância, caberá recurso para o STJ, ou para o STF, não cabendo em nenhuma hipótese recurso para o Superior Tribunal Militar, pois este tribunal tem competência exclusiva para julgar causas decorrentes da Justiça Militar da União.

A Justiça Militar dos Estados julga apenas militares, nos crimes militares e nos atos disciplinares militares, salvo no caso de crime doloso contra a vida de vítima civil, hipótese em que será julgado pelo Tribunal do Júri. Sendo vítima militar, será julgado pela Justiça Militar.

O Conselho de Justiça é conduzido sob a presidência de juiz de direito, mas ao Conselho compete julgar os demais crimes militares. Isto é, se houver crime militar cometido contra civil, é o juiz do juízo militar que julga singularmente. Se é outro crime militar, não cometido contra civil, então é o Conselho de Justiça Militar que julgará. Sendo ato disciplinar militar, quem julgará será o juiz de direito singularmente.

É importante e necessário diferenciar a Justiça Militar dos estados da Justiça Militar da União.

A Justiça Militar da União diz respeito a crimes praticados pelo Exército, pela Marinha e pela Aeronáutica. Além disso, a Justiça Militar da União julga civis, por uma interpretação restritiva do Código Penal Militar, à luz do art. 9º, CPM, dentre outros; em determinadas situações excepcionais, civis podem ser julgados pela Justiça Militar da União.

Já a Justiça Militar dos estados não julga civis, estando direcionada diretamente aos policiais militares e ao corpo de bombeiros militar.

A Justiça Militar da União não possui segundo grau de jurisdição. O primeiro grau é composto pelas Juntas de Auditoria Militares e vai direto para o Tribunal Superior Militar. Só terá segundo grau em caso de guerra, com os tribunais itinerantes. Não sendo caso de guerra, as decisões de primeiro grau das Juntas de Auditorias Militares envolvendo crimes de membros do Exército, Marinha e Aeronáutica, ou mesmo de civis (com interpretação restrita), vão para o STM.

A Justiça Militar dos estados tem primeiro e segundo grau. O âmbito estadual, em primeiro grau, é composto por juízes militares; o segundo grau, para julgar a prática de crimes de policiais militares e corpo de bombeiro militar, o Tribunal de Justiça Militar e, também, dentro do Tribunal de Justiça estadual, terão câmaras especializadas, pois nem todo estado terá Tribunal de Justiça Militar.

A existência de Tribunais de Justiça Militares, no âmbito estadual, é minoria. Atualmente, só existem três TJM no Brasil: o Tribunal de Justiça Militar de São Paulo, o Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais e o Tribunal de Justiça Militar do Rio Grande do Sul.

Dessa forma, quanto ao segundo grau da Justiça Militar dos demais estados, dentro do próprio Tribunal de Justiça, existirão câmaras especializadas para julgar policiais militares e corpo de bombeiro militar.

Podem ser criados novos TJM, à luz do art. 125, §3º, da CF/88.

16. JUSTIÇA ESTADUAL

É a competência residual. A Lei de Organização Judiciária é de competência do TJ daquele Estado.

O DF não tem competência para organizar, legislar e manter o Poder Judiciário do Distrito Federal e dos territórios, sendo competência da União. Quem nomeia desembargador é o Presidente da República.

Com relação aos territórios, se tiverem mais de 100 mil habitantes, haverá Poder Judiciário de primeira e segunda instâncias. Nos territórios, a jurisdição que seria da esfera federal caberá aos juízes da justiça local.

Por fim, o quinto constitucional é composto por membros do MP e por advogados, devendo essa indicação ser feita pelos órgãos da própria instituição. Haverá uma lista sêxtupla, que será enviada ao Tribunal respectivo. O Tribunal elabora uma lista tríplice, e o Chefe do Executivo escolherá um, nos 20 dias subsequentes.

Segundo o STF, o TJ ou o TRF não estão obrigados a aceitar lista sêxtupla. Ou seja, se o Poder Judiciário entender que um daqueles indicados não possui reputação ilibada ou notório saber jurídico, poderá recusar a lista, a fim de devolver para que o órgão a refaça.

O STF já decidiu 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. O procedimento para a escolha dos desembargadores foi tratado de forma exaustiva pelo art. 94 da CF/88, não podendo o constituinte estadual inovar e estabelecer novas etapas que não estejam expressamente previstas na Carta Federal (**Informativo 775, do STF**).

Segundo o Supremo, se ao dividir por cinco o número de membros do Tribunal, e o número obtido não for um número inteiro, deverá ser arredondado para cima.

17. JULGAMENTO DE AUTORIDADES

17.1. Ministros do STF

O STF é competente para julgamento dos seus atuais ministros em todos os processos, inclusive nos casos de improbidade administrativa. Sendo **crime comum**, também compete ao próprio STF. Todavia, sendo **crime de responsabilidade** cometido por ministro do STF, o julgamento compete ao Senado Federal.

O STF entende que, submetendo o seu ministro ao julgamento de 1ª instância, haveria a subversão da ordem, violando o sistema judiciário como um todo.

17.2. Governadores

Não há previsão na CF/88 sobre quem é competente para julgar governadores por crime de responsabilidade.

A Lei n.º 1.079/1950 determina que os governadores sejam julgados por um Tribunal Especial, sob a presidência do presidente do Tribunal de Justiça local, composto por:

a) cinco membros do Poder Legislativo;

b) cinco membros do Poder Judiciário.

O presidente do Tribunal de Justiça só votará em caso de empate.

17.3. Prefeitos

Em relação aos prefeitos, o STF concluiu que é preciso fazer uma distinção:

- **crime de responsabilidade impróprio**: é o crime comum, razão pela qual será de competência do respectivo Tribunal, a depender da natureza do crime;
- **crime de responsabilidade próprio**: é uma infração política-administrativa, devendo ser julgado pela Câmara Municipal.

18. QUINTO CONSTITUCIONAL

Prevê o art. 94 da CF/88 que, nos dos tribunais de segundo grau (Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Tribunais Regionais do Trabalho), um quinto das vagas será destinada a advogados com mais de dez anos de efetivo exercício e atividade e a membros do Ministério Público com mais de dez anos de efetivo exercício de atividade.

No caso dos advogados, a OAB fará uma lista sêxtupla, que será encaminhada ao Tribunal de segundo grau, que reduzirá para uma lista tríplice e a encaminhará ao chefe do Executivo, que, nos vinte dias subsequentes, escolherá um dos nomes constantes na lista para nomeação.

Não há participação do Poder Legislativo no quinto constitucional. Isso significa que se uma Constituição estadual disser que a Assembleia Legislativa precisa aprovar o nome, haverá uma inconstitucionalidade.

No caso dos Tribunais de Justiça, o chefe do Executivo é o governador do Estado. No caso dos Tribunais Regionais Federais, o chefe do Executivo é o Presidente da República. No caso dos Tribunais Regionais do Trabalho, o chefe do Executivo também é o Presidente da República.

No caso do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, o chefe do Executivo é o Presidente da República. O TJDFT faz parte da União, sendo organizado e estruturado por esta, conforme os arts. 21. XIII e 22, XVII, da CF.

Em relação ao Ministério Público, o procedimento é igual. O Ministério Público elaborará uma lista sêxtupla com nomes de membros com mais de dez anos de efetivo exercício da atividade e enviará ao tribunal, que elabora a lista tríplice, para que chefe do Executivo nomeie. Em se tratando de Tribunal Regional do Trabalho, quem faz a lista sêxtupla é o Ministério Público do Trabalho.

Algumas observações sobre esse assunto merecem ser feitas:

I) se o núcleo de desembargadores do Tribunal não for múltiplo de cinco, a regra do quinto constitucional será para o arredondamento para cima. Exemplo: caso haja doze desembargadores no tribunal, serão três vagas, ainda que matematicamente 1/5 de 12 seja 2,4, pois o arredondamento é para cima, a fim de que não haja o amesquinhamento da regra do quinto constitucional.

II) supondo que haja uma vaga no quinto constitucional para membro do MP, a CF/88 diz, categoricamente, que o membro do MP deve ter mais de dez anos de efetivo exercício da atividade. Em função dessa exigência, não se consegue formar a lista sêxtupla com todos os membros com mais de dez anos de efetivo exercício da atividade, independentemente da razão. Nesse sentido, o STF decidiu, na ADI 1289 que, caso não haja número suficiente para elaboração da lista sêxtupla, é possível que membros do MP com menos de dez anos de efetivo exercício da atividade participem da lista, para não haver o amesquinhamento do quinto constitucional. É a chamada **tese do pensamento do possível,** de Peter Häberle.

III) o STF já decidiu que o Tribunal pode devolver a lista da OAB, caso ele entenda que a lista não preenche os requisitos, conforme disposto no MS 25624. O que não se permite é que o próprio Tribunal elabore a lista.

19. PRECATÓRIOS JUDICIAIS

19.1. Introdução

Segundo **o art. 100, CF/88**, os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas, em virtude de sentença, serão feitos exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios, sendo proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para esse fim. Ou seja, não é possível a abertura de crédito suplementar para pagamento de determinada dívida. O pagamento é feito exclusivamente na ordem cronológica. Assim, obedece-se ao **princípio da isonomia.**

O §5º prevê que as entidades públicas serão obrigadas a incluir no seu orçamento verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças condenatórias transitadas em julgado. Todavia, esses débitos são os constantes de precatórios judiciários apresentados até 2 de abril daquele ano, consoante nova redação empreendida pela Emenda Constitucional n.º 114/2021, publicada em 17.12.2021. Tais precatórios serão pagos até 31 de dezembro do ano seguinte. Veja, não incidirá, nesse caso, juros de mora, mas tão somente correção monetária. Só haverá juros de mora se não houver o pagamento nesse prazo.

19.2. Exceção ao regime de precatório

São os denominados RPVs (RPV: Requisição de Pequeno Valor). Nesses casos, não é aplicado o regime de precatório, devendo o pagamento ser feito pelo poder público diretamente.

Isso ocorre quando a obrigação é de pequeno valor. Porém, cada estado deve definir o que é considerado pequeno valor. No entanto, a própria CF/88 estabelece o piso mínimo de RPV, o qual será o maior benefício do Regime Geral de Previdência Social.

19.3. Ordem de pagamento dos precatórios

A Fazenda efetuará o pagamento dos seus débitos, observada a seguinte ordem: apresentados até o dia 2 de abril, devendo ser pagos até dia 31 de dezembro do ano seguinte.

Entre esses precatórios, existe uma **preferência**, que são os créditos de natureza alimentar. No entanto, há ainda uma superpreferência. Assim, os créditos de precatórios observam a seguinte ordem:

- débitos de natureza alimentícia especiais, cujos titulares tenham 60 anos de idade ou mais, ou portadores de doença grave. Nesse caso, só até o triplo do fixado para RPV, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório;
- demais débitos de natureza alimentar;
- débitos não alimentícios.

São **débitos de natureza alimentícia** o salário, o vencimento, a pensão, o benefício previdenciário, a indenização por invalidez, os honorários etc.

O STF entende que pessoa que complete 60 anos após a expedição do precatório entrará automaticamente na regra de superpreferência.

19.4. Sequestro de valor

É possível o sequestro de valor. Quanto a isso, o §6º dispõe que as dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral.

É possível que o presidente do Tribunal autorize o sequestro da quantia respectiva, em caso de preterimento ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito, desde que haja requerimento do credor.

Portanto, **autorizam ao sequestro de valores**:

- o preterimento à ordem de pagamento;
- a não alocação orçamentária dos valores.

19.5. Decretação de intervenção

A CF/88 autoriza que, no caso de **desobediência de ordem judicial**, seja feita intervenção federal. Diante disso, pode-se pensar que o não pagamento de débito de uma sentença transitada em julgado consiste em uma desobediência à ordem judicial, de modo que seria possível pensar que o não pagamento do precatório ensejaria intervenção federal.

No entanto, o STF faz uma **ponderação** a essa regra, interpretando no sentido de que, **para se justificar a intervenção federal, é necessário que essa desobediência ao pagamento do precatório judicial seja dolosa e intencional, sem justificativa razoável.**

19.6. Vedação ao fracionamento

A Constituição Federal de 1988 proíbe a fraude. É vedada a expedição de precatórios complementares ou suplementares de valor pago, bem como o fracionamento, a repartição ou a quebra do valor da execução para fins de enquadramento de parcela do total como RPV, e outra parte como precatório.

19.7. Hipóteses alternativas de quitação de precatórios pelos entes públicos

Conforme o §11 do art. 100 da CF/88, alterado pela Emenda Constitucional n.º 113/2021, é facultada ao credor, conforme estabelecido em lei do ente federativo devedor, com autoaplicabilidade para a União, a oferta de créditos líquidos e certos que originalmente lhe são próprios ou adquiridos de terceiros reconhecidos pelo ente federativo ou por decisão judicial transitada em julgado para:

> **I -** quitação de débitos parcelados ou débitos inscritos em dívida ativa do ente federativo devedor, inclusive em transação resolutiva de litígio, e, subsidiariamente, débitos com a administração autárquica e fundacional do mesmo ente; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 113, de 2021)
> **II -** compra de imóveis públicos de propriedade do mesmo ente disponibilizados para venda; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 113, de 2021)
> **III -** pagamento de outorga de delegações de serviços públicos e demais espécies de concessão negocial promovidas pelo mesmo ente; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 113, de 2021)
> **IV -** aquisição, inclusive minoritária, de participação societária, disponibilizada para venda, do respectivo ente federativo; ou (Incluído pela Emenda Constitucional nº 113, de 2021)
> **V -** compra de direitos, disponibilizados para cessão, do respectivo ente federativo, inclusive, no caso da União, da antecipação de valores a serem recebidos a título do excedente em óleo em contratos de partilha de petróleo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 113, de 2021)

19.8. Cessão de precatórios

O credor poderá ceder, total ou parcialmente, os seus créditos em precatórios a terceiros, independentemente da concordância do devedor. Todavia, o cessionário não se beneficiará da regra de preferência, tampouco do pagamento por meio de RPV.

A cessão de precatórios somente produzirá efeitos após comunicação, por meio de petição protocolizada, ao Tribunal de origem e à entidade devedora.

19.9. Crime de responsabilidade do presidente do Tribunal

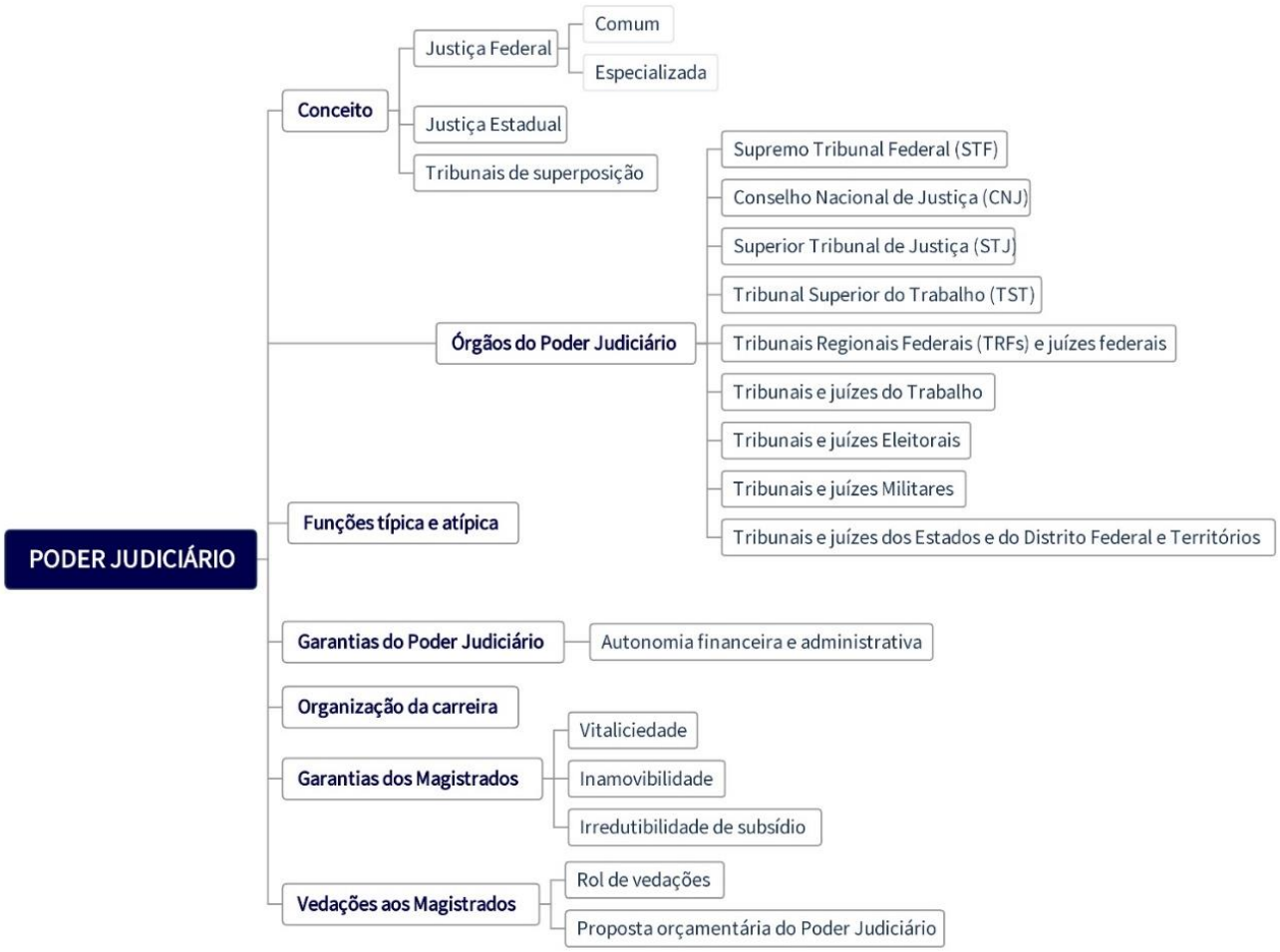
Segundo o §7º, o presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatórios incorrerá em crime de responsabilidade e responderá, também, perante o Conselho Nacional de Justiça.

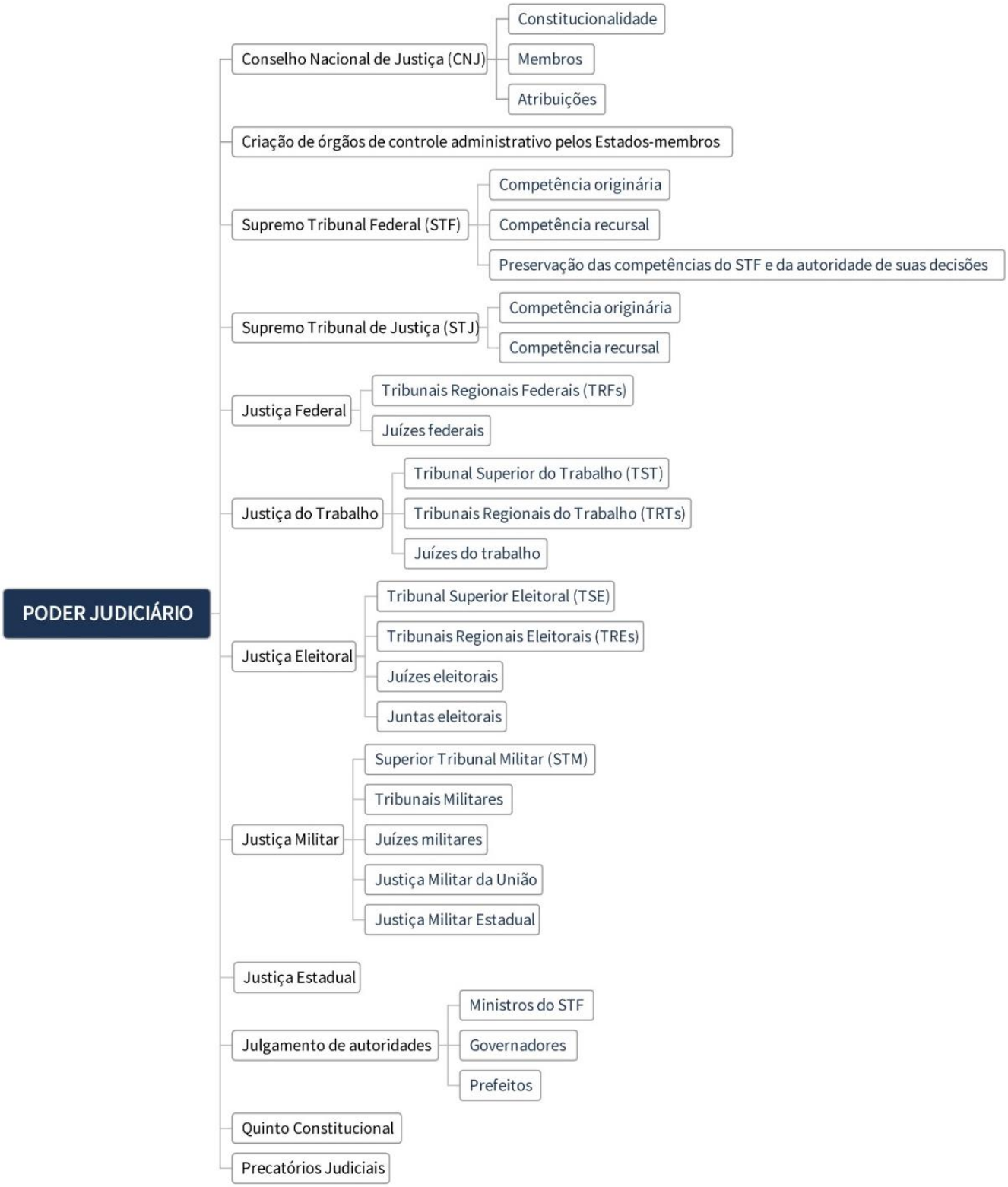
19.10. Inconstitucionalidades da EC

O STF, na ADI 4425/DF declarou a inconstitucionalidade do dispositivo incluído na CF/88, por meio de emenda, que instituiu a compensação obrigatória entre os precatórios e os débitos constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora.

Ademais, segundo o STF, aos precatórios de natureza tributária aplicam-se os juros de mora que incidem sobre os créditos tributários.

O STF declarou inconstitucional o pagamento de precatórios por meio de leilão. Para o STF, é inválido o pagamento de juros de mora dos precatórios com base no índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança.




PODER JUDICIÁRIO
Conselho Nacional de Justiça (CNJ)
Constitucionalidade
Membros
Atribuições
Criação de órgãos de controle administrativo pelos Estados-membros
Supremo Tribunal Federal (STF)
Competência originária
Competência recursal
Preservação das competências do STF e da autoridade de suas decisões
Supremo Tribunal de Justiça (STJ)
Competência originária
Competência recursal
Justiça Federal
Tribunais Regionais Federais (TRFs)
Juízes federais
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho (TST)
Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs)
Juízes do trabalho
Justiça Eleitoral
Tribunal Superior Eleitoral (TSE)
Tribunais Regionais Eleitorais (TREs)
Juízes eleitorais
Juntas eleitorais
Justiça Militar
Superior Tribunal Militar (STM)
Tribunais Militares
Juízes militares
Justiça Militar da União
Justiça Militar Estadual
Justiça Estadual
Julgamento de autoridades
Ministros do STF
Governadores
Prefeitos
Quinto Constitucional
Precatórios Judiciais

20 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1. CONCEITO E PRESSUPOSTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição de um país é norma jurídica fundamental que se encontra no ápice do ordenamento jurídico, o que conduz à afirmação do **princípio da supremacia da Constituição.** Com isso, pode-se afirmar que **todas as normas produzidas devem obediência formal e material às normas constitucionais.**

O controle de constitucionalidade é o sistema voltado à garantia da supremacia e defesa das normas constitucionais, destinado à verificação da compatibilidade formal e material das leis e dos atos normativos produzidos em um país, tendo como parâmetro de verificação de validade da própria Constituição.

Deve-se frisar, contudo, que as leis e atos normativos gozam de uma presunção relativa de constitucionalidade (presunção *iuris tantum*). O ônus de provar a inconstitucionalidade caberá a quem alega.

QUESTÃO DE CONCURSO

(MPE-SP – 2022 – MPE-SP – Promotor de Justiça Substituto) As leis e atos normativos gozam de presunção iuris tantum de constitucionalidade, cabendo àquele que alega a inconstitucionalidade o ônus da prova.

Gabarito: CORRETO.

No caso de uma norma infraconstitucional produzida em desacordo com a Constituição, imputa-se como sanção mínima a declaração de invalidade. É essa declaração de invalidade da lei ou do ato normativo produzido em desconformidade com a Constituição que garantirá a **força normativa da Constituição.** Isso afirmará a existência de uma jurisdição constitucional tradicionalmente forte.

Tem-se, assim:

- o objeto de controle: é a lei ou o ato normativo editado pelo Poder Público;
- o parâmetro de controle: é a Constituição do país, norma jurídica fundamental.

A declaração de inconstitucionalidade e a consequente invalidade da norma constitucional deverá ser realizada, contudo, por um órgão com competência definida para tanto.

Pode-se afirmar, então, que há quatro **pressupostos** do controle de constitucionalidade forte:

PRESSUPOSTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1) a **existência de uma Constituição formal e rígida,** que prevê mecanismos mais dificultosos para a alteração de seu texto do que uma norma infraconstitucional;

2) a **Constituição como fundamento de validade do ordenamento jurídico;**

3) um **órgão dotado de legitimidade para a realização do controle de constitucionalidade;**

4) a **existência de uma sanção,** que consiste, ao menos, na invalidade da lei ou do ato normativo.

No Brasil, adota-se um controle de constitucionalidade forte. O controle de constitucionalidade fraco, que é aquele que não prevê nem mesmo a invalidade da lei como sanção a ser aplicada, pode ser observado, por exemplo, no Canadá, na Inglaterra e na Nova Zelândia.

Assim, pode-se afirmar a existência de um:

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE FRACO	CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE FORTE
- É aquele que não estabelece a invalidade da lei como sanção mínima. A lei, portanto, não é excluída do ordenamento jurídico; - Ex: Canadá; Inglaterra; Nova Zelândia.	- É aquele que prevê a invalidade da lei como sanção mínima. A lei é invalidada a partir do momento em que o órgão entende pela sua inconstitucionalidade; - Ex: Brasil, Itália, Alemanha.

2. ESPÉCIES (OU TIPOS) DE INCONSTITUCIONALIDADE

As espécies de inconstitucionalidade podem ser avaliadas sob diversos aspectos, a seguir analisadas.

2.1. Inconstitucionalidade formal e material

Afirmou-se que o controle de constitucionalidade visa avaliar a compatibilidade formal e material das leis e atos normativos infraconstitucionais com a Constituição. Significa dizer que tais atos infraconstitucionais devem estar conforme o texto constitucional, tanto do ponto de vista formal quanto material. Ou seja, deve-se verificar se a forma de produção da lei ou do ato normativo obedeceu a todas as etapas constitucionalmente previstas para tanto (compatibilidade formal) e se o seu conteúdo está de acordo com o texto constitucional (compatibilidade material).

Assim, pode-se falar em **inconstitucionalidade formal (ou nomodinâmica),** quando o vício da lei ou ato normativo produzido diz respeito a sua forma de produção, ou seja, ao devido processo legislativo constitucionalmente estabelecido. Viu-se anteriormente que a Constituição Federal de 1988 estabelece um rito específico para a produção das espécies normativas contempladas no art. 59. Tal rito deverá ser rigorosamente obedecido, sob pena de existência de um **vício formal.**

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE

O STF, no RE 1.297.884[79], afirmou que **não se pode declarar a inconstitucionalidade formal da lei sob o argumento de que houve mero descumprimento das regras do regimento interno,** sendo indispensável o desrespeito às normas constitucionais que tratam sobre o processo legislativo.

A inconstitucionalidade formal é doutrinariamente dividida em três subespécies:

a) Inconstitucionalidade formal orgânica: decorre da inobservância da competência legislativa para a elaboração do ato.

Imagine, por exemplo, que o Estado da Bahia edite uma lei estadual criando um Código Penal Estadual. Tal lei seria flagrantemente inconstitucional (inconstitucionalidade formal orgânica), uma vez que o art. 22, I, da CF/88 prevê que é competência privativa da União legislar sobre direito penal.

Disponível em:

[79] https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6044054

b) Inconstitucionalidade formal por violação a pressupostos objetivos do ato: segundo J. J. Gomes Canotilho, há pressupostos constitucionalmente definidos que devem ser compreendidos como elementos determinantes de competência para órgãos legislativos no exercício da função legiferante.

Na Constituição brasileira, por exemplo, a edição de medidas provisórias exige a presença dos requisitos de relevância e urgência, conforme o art. 62. Caso não se verifique tais pressupostos, a medida provisória estará eivada de inconstitucionalidade formal por violação a pressupostos objetivos do ato.

Outro exemplo seria a edição de uma lei estadual que cria um Município sem a observância dos pressupostos objetivos previstos no art. 18, §4º, da CF/88, como a divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal e a consulta plebiscitária às populações envolvidas.

c) Inconstitucionalidade formal propriamente dita: decorre da inobservância do devido processo legislativo, disciplinado nos arts. 59 a 69 da CF/88. Aqui, pode-se falar em:

c.1) Inconstitucionalidade formal propriamente dita subjetiva: ocorre quando há o descumprimento dos requisitos formais subjetivos, ou seja, na fase de iniciativa.

Pode-se mencionar como exemplo um deputado federal dando início a um processo legislativo sobre matéria disciplinada no art. 61, §1º da CF/88, que traz o rol de competências privativas (exclusivas) do Presidente da República. Aqui, tem-se o vício de iniciativa, que é um vício formal subjetivo.

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE
A jurisprudência do STF é firme no sentido de que **a sanção, pelo Chefe do Poder Executivo, do projeto de lei aprovado não convalida o vício de iniciativa.** Assim, desde o julgamento da Representação n.º 890/74, está superada a Súmula n.º 5, do STF.

c.2) Inconstitucionalidade formal propriamente dita **objetiva:** diz respeito às outras fases do processo legislativo (fase constitutiva, na qual ocorre a discussão e votação das propostas; fase complementar, na qual há a promulgação e publicação).

Imagine, por exemplo, a aprovação de uma lei complementar pelo quórum de maioria relativa. Trata-se de vício formal objetivo, uma vez que o art. 69 da CF/88 exige o quórum de maioria absoluta.

Assim, a inconstitucionalidade formal pode ser sintetizada da seguinte forma:

INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL		
Orgânica	**Por violação a pressupostos objetivos do ato**	**Propriamente dita**
A norma editada fere as normas constitucionais de competência.	A norma editada desrespeita pressupostos objetivos do ato constitucionalmente fixados.	A norma foi editada sem observância da iniciativa constitucionalmente fixada (vício subjetivo) ou sem a observância das demais fases do processo legislativo (vício objetivo)

Já a **inconstitucionalidade material (nomoestática)** ocorre quando o vício da norma editada diz respeito ao seu conteúdo, que contraria o conteúdo da Constituição Federal.

Pode-se mencionar o exemplo de uma lei permitindo a violação domiciliar fora dos casos excepcionais previstos no art. 5º, XI, da CF/88. Trata-se de vício material.

OBSERVAÇÃO

Pedro Lenza (2021, p. 258-262) registra ainda a **inconstitucionalidade por vício de decoro parlamentar.**

A tese ganhou repercussão a partir da Ação Penal n.º 470, em caso conhecido como "mensalão", em que ficou demonstrado esquema de corrupção para a compra de apoio político, o que é incompatível com o decoro parlamentar, nos termos do art. 55, §1º, da CF/88, diante da percepção de vantagens indevidas por membros do Congresso Nacional.

Registre-se que, diante do julgamento da AP n.º 470, algumas entidades ajuizaram ações diretas de inconstitucionalidade objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Reforma da Previdência (ECs n.ºs 41/2003 e 47/2005), alegando que a aprovação das emendas deu-se a partir de compra de votos dos parlamentares.

Em apertada síntese, deve-se registrar que, embora o STF tenha mencionado a hipótese de inconstitucionalidade por violação ao devido processo legislativo, o que poderia levar à intervenção pelo Poder Judiciário e invalidação das normas maculadas, afirmou-se que, no caso concreto, não restou demonstrado e provado que a fraude no processo legislativo corrompeu a expressão da vontade popular como um todo.

2.2. Inconstitucionalidade por ação e por omissão

Aqui, tem-se uma distinção da inconstitucionalidade quanto ao tipo de conduta em: inconstitucionalidade por ação e inconstitucionalidade por omissão.

A **inconstitucionalidade por ação (positiva ou por atuação)** diz respeito a uma conduta positiva que contraria normas constitucionalmente previstas. O Poder Público produz leis e atos normativos contrários à Constituição.

A **inconstitucionalidade por omissão (negativa)**, por outro lado, decorre de uma conduta negativa dos Poderes Públicos que, por deixar de agir nas situações em que o constituinte determina, acaba por ferir a Constituição.

A inconstitucionalidade por omissão terá como parâmetro constitucional as normas constitucionais que necessitam de medidas de efetivação, de atos infraconstitucionais do Poder Público para serem produzidos os efeitos desejados. Assim, utilizando-se da clássica distinção das normas constitucionais quanto à sua eficácia, de José Afonso da Silva, pode-se afirmar que o parâmetro constitucional da inconstitucionalidade por omissão são as normas constitucionais de eficácia limitada.

Quanto ao estudo da omissão, atente-se para a tabela abaixo:

OMISSÃO TOTAL	OMISSÃO PARCIAL	
	RELATIVA	**PROPRIAMENTE DITA**
Inexistência de regulamentação da norma constitucional, o que prejudica a produção integral de seus efeitos.	**A lei regulamentadora existe**, mas não alcança todas as categorias ou grupos de pessoas que deveria alcançar, violando o princípio da igualdade.	**A lei regulamentadora existe**, mas não garante de forma satisfatória o direito constitucionalmente previsto.

2.3. Inconstitucionalidade originária e superveniente

Nesta espécie, avalia-se o momento de produção da norma considerada contrária à Constituição.

A **inconstitucionalidade originária** ocorre quando uma lei ou um ato normativo é editado após o início da vigência de uma Constituição e a contraria.

A **inconstitucionalidade superveniente** ocorre quando há leis ou atos normativos vigorando sob a égide de uma Constituição, e em conformidade com esta, e esta Constituição é posteriormente substituída por um nova Constituição, que não mais se coaduna com essas leis ou atos normativos ou, ainda, quando o texto constitucional é alterado por uma emenda. Assim, sob os olhos da nova Constituição, a lei ou ato normativo não é mais constitucional. Neste caso, **a doutrina majoritária e o STF afirmam que não se trata de inconstitucionalidade, mas de revogação (ou não recepção) do direito anterior incompatível com a nova normatividade constitucional**, resolvendo-se a questão no âmbito do direito intertemporal.

Adiante, será visto que **não cabe Ação Direta de Inconstitucionalidade sobre lei ou ato normativo anterior à Constituição, mas caberá Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental,** com base na Lei n.º 9.882/99.

2.4. Inconstitucionalidade total e parcial

Quanto à extensão da desconformidade da lei ou do ato normativo em relação à Constituição, pode-se falar em inconstitucionalidade total ou parcial.

A **inconstitucionalidade total** é verificada quando toda a lei ou ato normativo está em desconformidade com a Constituição.

A **inconstitucionalidade parcial** se dá quando apenas partes da lei ou do ato normativo contrariam o texto constitucional. Frise-se que o vício pode recair sobre um ou vários dispositivos e até mesmo sobre palavras ou expressões.

2.5. Inconstitucionalidade direta e indireta

Quanto ao prisma de apuração, a inconstitucionalidade pode ser direta ou indireta.

A **inconstitucionalidade direta (imediata ou antecedente)** ocorre quando a lei ou ato normativo infraconstitucional ofende diretamente a Constituição sem qualquer outra intermediação normativa.

A **inconstitucionalidade indireta (mediata ou derivada)** ocorre quando a lei ou ato normativo infraconstitucional ofende indiretamente a Constituição por intermédio de outra norma. Esta se subdivide em:

- **inconstitucionalidade reflexa ou por via oblíqua** – acontece quando a ofensa à Constituição deriva de uma ofensa direta a outra norma, de status infraconstitucional, mas que é superior à norma em análise. Ocorre, por exemplo, se um decreto (ato normativo secundário) ofende uma lei (ato normativo primário) que regulamenta um direito constitucional. Tal decreto será diretamente ilegal e indiretamente inconstitucional. Neste caso, não haverá, em regra, controle de constitucionalidade, mas sim controle de legalidade;
- **inconstitucionalidade consequente, por arrastamento, por atração ou por reverberação normativa –** verifica-se quando a declaração de inconstitucionalidade de uma norma provoca consequentemente o reconhecimento de inconstitucionalidade de outra norma que

tenha relação de interdependência com ela. É o caso, por exemplo, de o STF declarar a inconstitucionalidade de uma lei e, por consequência, de um decreto que a regulamente, independente de haver pedido expresso para tanto, sendo o decreto, como norma acessória, declarado inconstitucional por arrastamento ou por atração.

2.6. Inconstitucionalidade circunstancial

A **inconstitucionalidade circunstancial** ocorre quando, embora a norma seja constitucional de forma geral e abstrata, a sua aplicação se mostra inconstitucional em uma determinada situação específica e concreta. Ou seja, em uma circunstância específica a norma é inconstitucional.

3. MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Neste tópico, serão apresentados os diversos critérios que podem ser adotados para a identificação do modelo de controle de constitucionalidade.

3.1. Quanto ao parâmetro de controle

No estudo do controle de constitucionalidade, verifica-se a existência de um objeto que deverá ser controlado diante de um parâmetro. No caso, as leis e atos normativos infraconstitucionais são o objeto de controle perante a Constituição, o parâmetro.

O parâmetro adotado, contudo, pode sofrer variações que dependerão do tipo de controle de constitucionalidade adotado.

Com isso, a doutrina identifica os seguintes **parâmetros de controle de constitucionalidade:**

a) todas as normas da Constituição (formal e material), que é a regra adotada pela maioria dos sistemas de controle de constitucionalidade.

No Brasil, verifica-se a adoção deste parâmetro para o controle difuso de constitucionalidade e na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI).

Ademais, frise-se que, por força do §3º do art. 5º da CF/88, os tratados internacionais de direitos humanos que forem incorporados ao direito brasileiro seguindo o mesmo processo legislativo das emendas constitucionais passam a ostentar o status de norma constitucional, ampliando-se, assim, o parâmetro de controle de constitucionalidade.

b) apenas alguns dispositivos da Constituição, como é o caso da Bélgica, que adota um parâmetro limitado, sendo apenas as normas constitucionais relativas aos direitos e garantias fundamentais e às concernentes à repartição de competências entre o Estado Federal, as Comunidades e as Regiões.

No Brasil, pode-se afirmar que tal parâmetro é adotado em relação à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), cujo parâmetro é conjunto de normas identificadas como preceitos fundamentais, e na Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (ADI Interventiva), cujo parâmetro é o conjunto de normas identificado como princípios constitucionais sensíveis.

c) um bloco de constitucionalidade formado pela Constituição formal mais os princípios superiores definidos como direito supralegal (princípios implícitos positivados ou não positivados na Constituição), como o sistema alemão.

3.2. Quanto ao objeto de controle

Assim como o parâmetro, o objeto de controle também pode variar a depender do sistema de controle de constitucionalidade. A doutrina identifica que o controle de constitucionalidade pode ter como objeto:

a) atos normativos do poder público, ou seja, leis e demais atos que veiculem comandos normativos. É a regra no Brasil, adotando-se, como exemplo, na delimitação do objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI);

b) atos não normativos e atos concretos do poder público. No Brasil, os atos concretos podem ser objeto de controle difuso de constitucionalidade. Dirley da Cunha Jr. (2022, p. 108) alerta para o fato de que, com a disciplina legal da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), já se admite o controle concentrado de atos concretos do poder público;

c) omissões indevidas do poder público. No Brasil, admite-se o controle das omissões dos poderes públicos a partir da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e pelo Mandado de Injunção;

d) atos privados que ofendam direitos fundamentais. No Brasil, com a adoção da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, é possível o controle de constitucionalidade pela via difusa de atos privados, por exemplo, um estatuto de associações.

3.3. Quanto ao momento de realização do controle

Quanto ao momento de realização do controle, tem-se:

a) controle preventivo (*a priori*), que ocorre antes da própria existência ou perfeição do ato, ou seja, ainda durante o processo legislativo;

b) **controle repressivo (*a posteriori*),** que ocorre somente após a conclusão do processo de elaboração do ato.

No Brasil, adota-se como regra o controle repressivo de constitucionalidade. Observa-se, contudo, a adoção de controle preventivo de maneira excepcional, nos seguintes casos:

HIPÓTESES EXCEPCIONAIS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PREVENTIVO
1) Realizado pelo Poder Legislativo, no âmbito das **Comissões de Constituição e Justiça** das Casas Legislativas, que emitem parecer acerca da constitucionalidade do projeto de lei;
2) Realizado pelo Poder Executivo, quando o **Presidente da República** (além de Governador e Prefeito nos processos legislativos estaduais e municipais, respectivamente) **veta projeto de lei**, por motivo de inconstitucionalidade, conforme previsto no art. 66, §1 da CF/88;
3) Realizado pelo Poder Judiciário, no caso de mandado de segurança impetrado por parlamentar na defesa de suas prerrogativas diante de proposta inconstitucional de emenda à Constituição ou de lei, quando o vício de inconstitucionalidade for formal, uma vez que é assegurado ao congressista o direito líquido e certo de participar de um processo legislativo hígido, sem máculas. É cabível, ainda, no caso de uma PEC tendente a abolir cláusula pétrea. O mandado de segurança é impetrado perante o Supremo Tribunal Federal. No caso de o parlamentar perder o mandato, o *writ* deve ser declarado extinto. Isso, inclusive, já foi alvo de questionamento em concurso, conforme abaixo demonstrado.

QUESTÃO DE CONCURSO

(VUNESP – 2019 – TJ-AC – Juiz Substituto) Na hipótese de um parlamentar que impetrou mandado de segurança perante o STF com o objetivo de impugnar projeto de lei eivado de inconstitucionalidade por ofensa ao devido processo legislativo, mas que, posteriormente, venha a perder o mandato parlamentar, é correto afirmar que o *writ* deve ser declarado extinto.

Gabarito: CORRETO.

3.4. Quanto à natureza do órgão competente para o controle

Quanto à natureza do órgão, o controle pode ser:

a) controle político (não-judicial), quando a verificação da constitucionalidade da lei é confiada a órgão de natureza essencialmente política, estranho à estrutura do Poder Judiciário ou cuja atuação não tenha natureza jurisdicional. Tem-se, como exemplo, o modelo francês, cuja competência é atribuída ao Conselho Constitucional;

b) controle judicial (jurisdicional), quando o controle é desempenhado por órgãos integrantes da estrutura do Poder Judiciário (como no Brasil e nos EUA) ou, ainda que a ele não pertencente, a sua atuação tenha natureza jurisdicional (como as Cortes Constitucionais europeias, com exceção da Alemanha).

No Brasil, o controle judicial é a regra. Admite-se excepcionalmente, contudo, o controle político, nos casos do controle preventivo realizado pelo Poder Legislativo, através da CCJ, e pelo Poder Executivo, por meio do veto jurídico-constitucional.

Pode ocorrer, ainda, o controle político de constitucionalidade pelo Congresso Nacional, só que de forma repressiva, em duas hipóteses: no caso do art. 49, V, da CF/88, ao sustar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou ultrapassem os limites de delegação legislativa; e no caso do art. 62, §5º, da CF/88, quando da rejeição de medidas provisórias.

c) controle misto (político-judicial), quando coexistem o controle político e o controle judicial, ambos com o mesmo grau de importância e adotado como regra geral, como ocorre, por exemplo, na Suíça.

Pode-se falar em controle político repressivo, ainda, no caso de o Poder Executivo deixar de aplicar administrativamente uma lei por entendê-la inconstitucional.

Tal precedente do STF é bastante criticado, inclusive dentro da própria Suprema Corte. Remete à antiga Constituição (CF/1967-69), quando o único legitimado para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade era o Procurador-Geral da República. O Presidente da República não tinha instrumento próprio para se dirigir ao STF para pleitear a inconstitucionalidade de leis vigentes, o que o deixava dependente da atuação do PGR. Por tal motivo, desenvolveu-se tal possibilidade no âmbito da jurisprudência.

Sobre o tema, e à luz da CF/88, Bernardo Gonçalves Fernandes expõe:

> Boa parte da doutrina passou a entender que, se o Chefe do Poder Executivo entende que uma lei é inconstitucional, ele deve ajuizar uma ADI e esperar que o órgão encarregado do seu julgamento (no caso o STF) se pronuncie decidindo a questão. Aparentemente, tanto o Presidente da República quanto os governadores teriam que agir dessa forma. Certo é que, por esse entendimento, só os Prefeitos (chefes do Executivo Municipal) é que poderiam, uma vez que estes não são dotados de legitimidade ativa para ajuizar ADI, praticar procedimento de deixar de aplicar uma lei por entender que ela é inconstitucional. Ocorre, porém, que, com isso, os Prefeitos, para alguns doutrinadores, teriam certa primazia em relação ao Chefe do Executivo nacional (Presidente da República) e aos Chefes do Executivo

> estaduais e distrital (Governadores). Com isso, outras bases doutrinárias foram desenvolvidas e partiram não mais para o pressuposto da legitimidade dos Chefes do Poder Executivo (que não existia antes de 1988 e passou a existir pós 1988). Essas bases trabalharão com a tese da supremacia da Constituição na medida em que os Chefes do Executivo nacional e estaduais, bem como Distrital, não poderiam aplicar uma lei que entendessem inconstitucional, pois estariam contrariando a Constituição, negando a sua aplicação ao se curvarem diante de uma lei inconstitucional. Com isso, o Presidente da República, conforme entendimento da doutrina majoritária escorada em decisões do STF da década de 90, ainda pode deixar de aplicar administrativamente uma lei por entender que ela é inconstitucional. Nesse caso, entendemos também que o Presidente da República deve ajuizar uma ADI contra a lei que está descumprindo (2020, p. 1828).

ATENÇÃO

A Súmula 347 do STF afirma: "O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público."

Atualmente, há forte tendência de superação da súmula no âmbito do STF, havendo divergência acerca do assunto.

Manifestaram-se expressamente pela superação da súmula os Ministros Alexandre de Moraes e Gilmar Mendes (MS 35.824, voto do rel. min. Alexandre de Moraes, P, j. 13-4-2021, DJE 116 de 17-6-2021).

Manifestaram-se expressamente pela manutenção da súmula os Ministros Roberto Barroso e Edson Fachin.

A Min. Rosa Weber afirmou que o Tribunal de Contas pode, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, afastar aplicação concreta de dispositivo legal reputado inconstitucional, quando em jogo matéria pacificada na Suprema Corte (FONTE DE CONSULTA: CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Súmula 347-STF.** Buscador Dizer o Direito, Manaus).

Sugere-se ao candidato que acompanhe a evolução do tema!

3.5. Quanto ao número de órgãos competentes para o controle

Quanto ao número de órgãos competentes para o controle, tem-se:

a) controle difuso (ou aberto), quando conferido a uma pluralidade de órgãos, a exemplo do modelo estadunidense;

b) controle concentrado, quando reservado a um único órgão, como na Alemanha, Itália, Espanha e Portugal;

c) controle misto (eclético), quando coexistem os modelos difuso e concentrado, como o Brasil.

Assim, no Brasil, adota-se tanto o modelo difuso, a ser exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário, independentemente da instância ou grau de jurisdição, quanto o modelo concentrado, exercido pelo STF (quando se tem como parâmetro a Constituição Federal) ou pelos Tribunais de Justiça (quando se tem como parâmetro a Constituição Estadual, além da Lei Orgânica do Distrito Federal, cabendo o julgamento, neste caso, ao TJDFT).

3.6. Quanto à finalidade do controle judicial

Quanto à finalidade do controle judicial, mencionam-se:

a) controle abstrato ou em tese (jurídico), quando a ação tem por finalidade a defesa objetiva da Constituição, não havendo caso concreto a ser discutido. Tem-se um **controle objetivo.**

b) controle concreto (fático-jurídico), quando a ação tem por finalidade resolver um caso concreto e, no seu bojo, surge a discussão da eventual inconstitucionalidade da lei ou ato normativo aplicado, como questão incidental que deve ser resolvida previamente por ser prejudicial ao mérito da demanda. Tem-se um **controle subjetivo.**

3.7. Quanto ao modo de manifestação do controle judicial

Quanto ao modo de manifestação, pode-se falar em:

a) controle por via incidental (e indireta, que se provoca por meio de exceção ou defesa), quando a inconstitucionalidade é arguida incidentalmente, no curso de uma demanda, ou seja, em um caso concreto, como fundamento do pedido nela deduzido. A inconstitucionalidade, nesse caso, ostenta caráter prejudicial;

b) controle por via principal (e direta, que se provoca por meio de ação direta), quando a inconstitucionalidade figura como o próprio pedido ou objeto da ação. Nesse caso, leva-se ao exame judicial o pleito direto de inconstitucionalidade, por meio de ações diretas.

Nesse ponto, são necessárias duas observações:

- o controle por via incidental é sempre concreto, por envolver a resolução de um litígio ou de uma controvérsia real entre as partes;
- o controle por via principal é, em regra, abstrato.

Quanto à segunda observação, contudo, Dirley da Cunha Jr. ressalta que há duas ações diretas no direito brasileiro que admitem a discussão de casos concretos, que são a ADI Interventiva e a ADPF Incidental. Ademais, o autor informa que, em outros sistemas jurídicos (como Áustria, Alemanha, Itália e Espanha), a questão da inconstitucionalidade suscitada incidentalmente conduz a um controle concentrado (2022, p. 115-116).

A par do que foi visto até o momento, pode-se sintetizar como notas essenciais do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro:

SÍNTESE INICIAL SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

1) A **REGRA GERAL** é a adoção do **sistema de CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JUDICIAL REPRESSIVO,** mas há **EXCEÇÕES** nos seguintes casos:

a) **ADOÇÃO DO CONTROLE POLÍTICO PREVENTIVO:**

- pelo **Poder Legislativo**, no caso da **atuação das Comissões de Constituição e Justiça** das Casas Legislativas, que dão parecer acerca da constitucionalidade de um projeto de lei;

- pelo **Poder Executivo**, por meio do **veto** jurídico-constitucional;

b) **ADOÇÃO DO CONTROLE POLÍTICO REPRESSIVO:**

- pelo **Poder Legislativo**, quando o Congresso Nacional susta os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem o poder regulamentar ou ultrapassem os limites de delegação legislativa (art. 49, V, CF/88), ou quando rejeita uma Medida Provisória por entender que ela fere a Constituição no seu conteúdo ou por não preencher os pressupostos constitucionais de relevância e urgência (art. 62, §5º, CF/88);

- pelo **Poder Executivo**, quando deixar de aplicar administrativamente uma lei em vigor por entender que ela é inconstitucional.

c) **ADOÇÃO DO CONTROLE JUDICIAL PREVENTIVO –** controle exercido durante o processo legislativo, no caso de vício no processo legislativo (por exemplo, tramitação de projeto de lei ou de proposta de emenda constitucional que venha a contrariar cláusula pétrea), sendo que tal vício será levado à análise do STF através da impetração de mandado de segurança pelo parlamentar, que possui o direito líquido e certo de participar de um processo legislativo hígido, sem mácula.

2) O Brasil adota o sistema de **CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JUDICIAL MISTO**, uma vez que **adota tanto o modelo difuso quanto o modelo concentrado.**

- O controle difuso se dá de forma incidental, em um caso concreto (controle difuso-incidental), e questão da inconstitucionalidade é uma questão prejudicial;

- Em regra, o controle concentrado se dá de forma principal, de forma abstrata (controle concentrado-abstrato). Mas como já afirmado, há duas ações diretas de controle concentrado no direito brasileiro que admitem a discussão de casos concretos: a ADPF Incidental e a ADI Interventiva.

Pedro Lenza (2021, p. 279) lembra mais uma exceção à regra do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade. O autor menciona as causas de competência originária do STF, dando como exemplo o processamento e julgamento de um *habeas corpus* tendo como paciente uma das autoridades indicadas nas alíneas *b* e *c* do art. 102 da CF/88, conforme redação da alínea *d.* Imagine que neste caso concreto haja a discussão acerca da constitucionalidade de uma determinada lei federal. O STF deverá se manifestar sobre a questão de constitucionalidade como questão prejudicial ao objeto principal da lide, instaurando-se um controle concentrado (STF), porém incidental (caso concreto).

4. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E MATRIZES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade é fruto de um longo processo de amadurecimento de séculos de história.

Na **Antiguidade Clássica**, sobretudo na civilização ateniense, já se fazia a **distinção entre *nómoi* e *pséfisma***. Os *nómoi* representavam as leis constitucionais da época, uma vez que dispunham sobre a organização do Estado e só poderiam ser alteradas mediante um procedimento especial. Já o *pséfisma* era equivalente a uma lei ordinária. O descompasso entre eles seria resolvido em favor dos *nómoi*, por meio da utilização de uma ação pública de ilegalidade, chamada *grafe paranómon*.

Na **Idade Média, o direito natural assumia um lugar de destaque na concepção vigente do Direito**, sendo-lhe reconhecido o *status* de norma superior, de derivação divina, na qual todas as outras normas deveriam se inspirar, sob pena de nulidade.

Na **Inglaterra**, na primeira metade do século XVII, predominou a **doutrina do Sir Edward Coke**, que afirmava que **era função dos juízes garantir a supremacia da *common law* contra os arbítrios do Soberano, de um lado, e do Parlamento, de outro**. Frise-se que as ideias de Edward Coke (de supremacia da *common law* e de sua garantia pelos juízes), que prevaleceu por décadas e inclusive se espalhou por colônias inglesas da América, só foi superada com a Revolução Gloriosa de 1688, quando foi proclamada a doutrina da supremacia do Parlamento.

Podem-se mencionar, ainda, precedentes estaduais norte-americanos e os registros no *Federalist Paper nº 78,* de Alexander Hamilton.

4.1. Matrizes históricas do controle de constitucionalidade

A doutrina aponta como principais matrizes ou sistemas de controle de constitucionalidade mundialmente existentes: americana (1803); austríaca (1920); francesa (1958).

A origem da **matriz americana** deve-se ao célebre caso *Marbury x Madison*, de 1803, em decisão do *Chief of Justice* John Marshall, em que restou consignada a doutrina da supremacia da Constituição e a criação do controle de constitucionalidade das leis. As suas **principais características** são:

- **o controle seria realizado pelo Poder Judiciário e por todos os juízes e tribunais**, consagrando-se o hoje conhecido sistema difuso de controle de constitucionalidade;
- o controle seria realizado sempre diante de casos concretos a serem resolvidos pelo Poder Judiciário, **controlando-se a constitucionalidade de lei ou ato normativo editado pelo Poder Público de modo incidental**, sendo que os efeitos da decisão seriam apenas *inter partes* (entre as partes do processo);
- **a declaração de inconstitucionalidade, em relação a sua eficácia temporal, geraria efeitos *ex tunc* (retroativos),** sendo o ato considerado inconstitucional desde o dia em que surgiu no ordenamento jurídico. A decisão, então, seria meramente declaratória.

A **matriz austríaca** teve como marco a Constituição da Áustria de 1920, atribuído a Hans Kelsen, e disseminou-se na Europa, sobretudo a partir da Segunda Guerra Mundial. As suas **principais características** são:

- o **controle também seria realizado pelo Poder Judiciário**, havendo, contudo, a criação de **um órgão específico**, com legitimidade exclusiva, para a realização desta atividade, denominado **Corte Constitucional ou Tribunal Constitucional,** consagrando-se o que hoje é denominado **sistema concentrado** de controle de constitucionalidade;
- o controle seria realizado **de modo direto pela via principal**, havendo uma **análise em tese (em abstrato)** da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo editado pelo Poder Público, sendo que **os efeitos da decisão seriam erga omnes (válida para todos);**
- a declaração de inconstitucionalidade, em relação a sua eficácia temporal, **geraria efeitos ex nunc (não retroativos, *pro futuro*),** enquanto o ato não fosse declarado inconstitucional, ele seria válido.

A **matriz francesa**, por fim, foi desenvolvida a partir da Constituição da Quinta República da França de 1958, e apresenta como **principais características:**

- o controle é político, realizado pelo Conselho Constitucional;
- trata-se de um controle, em regra, prévio, realizado antes da entrada em vigor da lei ou do ato normativo, e é realizado sobre ato normativo em tese;
- em regra, depende de provocação pelo Presidente da República, Primeiro Ministro, Presidente da Assembleia Nacional, Presidente do Senado ou de sessenta deputados ou sessenta senadores.

Registre-se que, com **a reforma constitucional de julho de 2008, o modelo francês passou a contemplar a possibilidade de apreciação de constitucionalidade de leis e atos normativos mediante controle abstrato, de nítido viés kelseniano**, permitindo ao Conselho de Estado e à Corte de Cassação a possibilidade de alegar a exceção de inconstitucionalidade perante o Conselho Constitucional. **Aqui, o Conselho Constitucional exerce um controle repressivo, que passa a ser também regra.**

4.2. Breve histórico do controle de constitucionalidade no Brasil

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro atualmente consagrado na Constituição Federal de 1988 é fruto de um longo processo histórico ocorrido por meio das diversas constituições brasileiras.

A Constituição Imperial de 1824 não contemplava regra para o exercício de controle de atos eventualmente inconstitucionais. A ausência de fiscalização jurisdicional de constitucionalidade das leis no Brasil Imperial deve-se a diversos fatores: o dogma da soberania do Parlamento; a previsão de um Poder Moderador; e a influência do direito público europeu, especialmente francês e inglês.

A inserção de um controle judicial de constitucionalidade das leis ocorreu, apenas, com a primeira Constituição republicana, de 1891, que, por influência da doutrina norte-americana capitaneada especialmente por Rui Barbosa, adotou o **modelo de fiscalização de modo incidental e difuso**, através do qual qualquer juiz ou tribunal possuía competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei no bojo de uma demanda judicial concreta.

A importação do sistema norte-americano sem qualquer tipo de adaptação ou avaliação crítica, contudo, poderia gerar incongruências na sua aplicação. Isso porque o sistema norte-americano é vinculado à tradição anglo-saxônica do *common law*, o qual, diante da adoção de um sistema voltado à vinculação aos precedentes, confere às decisões judiciais uma eficácia que ultrapassa as partes envolvidas no litígio.

Já o Brasil, adepto ao sistema do *civil law*, carecia de um sistema de vinculação aos precedentes, como o *stare decisis*, o que poderia gerar insegurança jurídica no caso de divergência de entendimentos entre juízes e, até mesmo, entre tribunais. Ademais, o sistema carecia de uma ferramenta apta a evitar a multiplicidade de demandas idênticas cuja questão de fundo fosse eminentemente constitucional. “De fato, como a lei continuava formalmente em vigor (*on the books*) mesmo após haver sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, não se evitava a proliferação de tantas ações quantos fossem os interessados naquela matéria” (BINENBOJM, 2014, p. 123-124).

A Constituição de 1934 apresentou inovações para a correção das incongruências e incompletudes do sistema difuso até então adotado. Primeiro, a atribuição de competência ao Senado Federal para a suspensão, total ou parcial, da execução de lei, ato, deliberação ou regulamento declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, consoante art. 91, inciso IV. Dava-se, assim, efeito geral às decisões judiciais de inconstitucionalidade. Segundo, foi introduzida a denominada representação interventiva, por provocação do Procurador-Geral da República e de competência do Supremo Tribunal Federal, para assegurar a observância de determinados princípios previstos na Constituição. Conforme Barroso, deveria ser previamente submetido ao STF “a lei que decretasse a intervenção federal por violação de um dos princípios constitucionais de observância obrigatória pelos Estados-membros (os denominados princípios constitucionais sensíveis, constantes do art. 7º da Carta)” (2019, p. 85). Era a semente, no Brasil, do modelo de controle de constitucionalidade adotado pela Europa.

A Constituição de 1937, por sua vez, autoritária, apesar de haver mantido o modelo de controle de constitucionalidade inaugurado em 1891, enfraqueceu a supremacia do Poder Judiciário. Nos termos do

parágrafo único do art. 96, caso fosse declarada inconstitucional uma lei que o Presidente da República julgasse necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa do interesse nacional, o Chefe do Poder Executivo poderia submeter o ato ao exame do Parlamento, que poderia tornar sem efeito a decisão do Tribunal se confirmada por dois terços dos votos em cada uma das Câmaras. Na prática, contudo, a faculdade era exercida diretamente pelo Presidente da República, por decreto-lei, uma vez que o Poder Legislativo não se encontrava em funcionamento à época. Ademais, a Constituição em questão não tratou da representação interventiva, nem da possibilidade de suspensão, pelo Senado, da execução de lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, o que só foi reinserido na Constituição de 1946, restaurando-se o controle judicial de constitucionalidade no direito brasileiro.

A Constituição de 1946 manteve, ao lado da representação interventiva, o modelo difuso e incidental inserido inicialmente pela Constituição de 1891. Pode-se afirmar, contudo, que foi apenas com a Emenda Constitucional n.º 16/1965, já sob a vigência do regime militar, que o sistema de controle concentrado de constitucionalidade se firmou, após realização de reformas.

Tratava-se da ação genérica de inconstitucionalidade, de competência do Supremo Tribunal Federal, cujo objetivo era a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato federal mediante representação do Procurador-Geral da República. Seria, então, finalmente introduzido, no direito brasileiro, mecanismo típico das Cortes Constitucionais europeias, a saber, um controle por via principal, mediante ação direta, na Suprema Corte. Verificava-se, assim, passo fundamental na consagração do atual sistema, limitando-se o controle concentrado-principal, contudo, às ações diretas de inconstitucionalidade por ação e de inconstitucionalidade interventiva. Tal Emenda introduziu, ainda, a possibilidade de o legislador instituir processo de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição Estadual.

Gustavo Binenbojm critica a manutenção da coexistência do sistema de controle abstrato de constitucionalidade, operado mediante uma representação por inconstitucionalidade em uma lide abstrata, com o controle incidental e difuso, afirmando-se uma permanente tensão dialética entre os dois sistemas. O autor registra ainda que "até mesmo suspensão da execução de lei ou ato normativo pelo Senado Federal, que só se justificava como fator corretivo de um sistema difuso puro, foi *atavicamente* mantida" (2014, p. 127).

Poucas alterações foram realizadas durante a Constituição de 1967, destacando-se a **não reiteração da previsão da ação genérica estadual, prevista pela Emenda n.º 16/65.** Já a **Emenda Constitucional n.º 1/69** passou a admitir a instituição, pelos Estados, da representação interventiva com o fim de assegurar a observância dos princípios sensíveis indicados na Constituição estadual. Por fim, duas importantes novidades foram inseridas pela Emenda n.º 7/77: **a criação da representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual a ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal,** cuja finalidade, segundo a Exposição de Motivos apresentada ao Congresso Nacional, era controlar a proliferação de demandas, com a fixação imediata da correta exegese da lei, previsão extinta pela Constituição de 1988; e a **possibilidade de concessão de liminar em representação de inconstitucionalidade, com competência expressa do STF em seu deferimento,** o que foi mantido pela atual Constituição.

Verifica-se, assim, que o sistema de controle judicial de constitucionalidade atualmente previsto na Constituição Federal de 1988 é, conforme visto, fruto de um processo de evolução desde a Constituição de 1891.

O sistema atual é uma combinação dos modelos americano e europeu de controle de constitucionalidade. Ou seja: trata-se de um sistema misto, com previsão, de um lado, do modelo difuso e incidental e, de outro, do modelo concentrado e principal.

Pelo primeiro modelo (difuso e incidental), qualquer juiz ou tribunal, no bojo de uma demanda judicial concreta, pode exercer o controle de constitucionalidade de atos e omissões do Poder Público. Por isso diz-se que o método é difuso, concreto e incidental.

Pelo segundo modelo (concentrado e principal), o controle de constitucionalidade será exercido pelo Supremo Tribunal Federal, de forma abstrata, quando se trata de atos normativos federais ou estaduais em face da Constituição Federal, ou pelos Tribunais de Justiça, quando se trata de controle de constitucionalidade dos atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual. Neste segundo modelo, a provocação do controle ocorrerá por meio de ação direta, no bojo de um processo cuja questão principal é a discussão acerca da constitucionalidade do ato normativo questionado, não havendo necessidade, portanto, da existência de uma demanda judicial concreta. Por isso, tal modelo é concentrado, abstrato e principal.

Diversas foram as **inovações introduzidas pela Constituição Federal de 1988** no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro: a **ampliação dos legitimados ativos** para a provocação da controle de constitucionalidade concentrado perante o Supremo Tribunal Federal; a **introdução de formas de controle de constitucionalidade por omissão**, como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção; a **reinserção da ação direta de inconstitucionalidade no âmbito dos Estados-Membros**; a **previsão da arguição de descumprimento de preceito fundamental**; e a **limitação da utilização do recurso extraordinário apenas para o tratamento de questões constitucionais.**

5. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

5.1. Considerações Iniciais

O controle difuso de constitucionalidade, como já afirmado, **teve origem no caso Marbury x Madison, julgado pela Suprema Corte norte-americana, em 1803, em célebre decisão do *Chief of Justice* John Marshall,** na qual se afirmou a supremacia da Constituição em face das leis em geral e a necessidade de garantir o texto constitucional por meio de um controle atribuído aos órgãos do Poder Judiciário (*judicial review*).

No **Brasil**, tal modelo de controle foi **previsto, pela primeira vez, na Constituição Federal de 1891**, sendo contemplado em todas as Constituições posteriores. Atualmente, o seu fundamento se encontra no art. 102, III da CF/88.

Pelo modelo difuso, realiza-se o controle de constitucionalidade dos atos ou omissões do Poder Público **no curso de uma demanda judicial concreta**, de modo **incidental** (*incidenter tantum*). Assim, havendo controvérsia sobre a constitucionalidade de uma norma jurídica em um caso concreto, o juiz deverá decidir pela constitucionalidade ou não da norma e, apenas após o enfrentamento dessa **questão incidental (prejudicial)**, ele partirá para a análise da questão principal do caso. Aqui, **há a defesa de direitos subjetivos** de partes interessadas na solução de uma lide. Pode-se afirmar que, processualmente, a alegação de inconstitucionalidade envolve a causa de pedir e não o pedido.

5.2. Parâmetro e objeto de controle

No controle difuso de constitucionalidade, **o parâmetro de controle pode ser qualquer norma constitucional em vigor ou até mesmo uma norma constitucional revogada**, devendo-se analisar apenas se essa norma constitucional estava em vigor no momento da criação do ato impugnado.

A análise pode se dar:

a) em relação a um ato editado após 1988 em face da atual Constituição;

b) em relação a um ato editado anteriormente a 1988 perante a atual Constituição, avaliando-se se ela foi recepcionada ou não;

c) em relação a um ato editado anteriormente à Constituição de 1988 em virtude da Constituição que estava em vigor à época da edição do ato impugnado.

Assim, é possível esquematizar a seguinte relação entre parâmetro e objeto de controle:

PODE SER PARÂMETRO DE CONTROLE	TENDO COMO OBJETO DE CONTROLE
- Toda e qualquer norma da CF/1988	- Atos editados após a CF/88
	- Atos editados antes da CF/88, analisando-se a recepção ou não do ato
- Toda e qualquer norma da Constituição anterior	- Atos editados durante o período em que a Constituição anterior era vigente

5.3. Legitimidade *ad causam*

A fiscalização incidental de constitucionalidade pode ser provocada e suscitada:

a) pelo autor, na petição inicial ou em momento posterior, independente da natureza da ação (civil, penal, trabalhista, tributária etc. e, inclusive, nas ações constitucionais de garantia, como mandado de segurança, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção, ação civil popular e ação civil pública) ou do tipo de processo ou procedimento (processo de conhecimento, de execução ou cautelar);

b) pelo réu, nos atos de resposta (contestação, reconvenção, exceção) ou nas ações incidentais de contra-ataque (embargos de terceiro, embargos à execução etc.);

c) por um terceiro interveniente (litisconsortes, assistentes, opoentes, entre outros);

d) pelo Ministério Público, seja como parte ou quando oficie no feito como *custos legis*.

Vale frisar que **a inconstitucionalidade da norma pode ser até mesmo reconhecida de ofício pelo magistrado, nas causas submetidas a sua apreciação.** Deve-se verificar, contudo, a redação do art. 10 do CPC/2015:

> **Art. 10, CPC/2015** - O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

A possibilidade de reconhecimento de ofício pelo magistrado nas causas submetidas à sua apreciação não se aplica, contudo, ao STF no Recurso Extraordinário, uma vez que um dos pressupostos de admissibilidade de tal recurso é o prequestionamento da questão constitucional, consoante restou assentando pela Suprema Corte em diversos julgados.

5.4. Competência

No controle difuso, **todo e qualquer juiz ou tribunal pode exercer o controle de constitucionalidade,** devendo ser respeitadas, obviamente, as normas processuais de competência previamente estabelecidas.

Com isso, os juízes exercerão o controle de forma originária. Já os tribunais poderão exercer tanto de forma originária (no caso de ações que já se iniciam no tribunal) quanto de forma recursal (no caso de ações que são objeto de recurso para o tribunal).

Cumpre esclarecer, contudo, em relação à competência do Superior Tribunal de Justiça, que embora o STJ possa realizar o controle de constitucionalidade de forma originária no bojo das ações que nele se iniciam, ele não pode, em sede de recurso especial (art. 105, III, da CF/88), rever e enfrentar questões constitucionais já decididas pelos tribunais inferiores, pois do contrário estaria usurpando competência constitucional do STF, em face do recurso extraordinário (art. 102, III, da CF/88) ou ressuscitando matéria preclusa. Assim, a competência do STJ para exercer o controle incidental de constitucionalidade, em grau de recurso, é limitada, pois somente é possível quando a questão constitucional a ser enfrentada no recurso for diversa da que já tiver sido resolvida pela instância ordinária recorrida.

5.4.1. O controle difuso nos tribunais e a cláusula de reserva do plenário (art. 97, CF/88)

Aproveitando-se do estudo do processo civil, imagine um processo que teve início na primeira instância, o que é a regra. Sabe-se que a parte sucumbente poderá devolver a análise da matéria ao tribunal *ad quem*. Assim, por exemplo, de uma sentença judicial caberá recurso de apelação ao tribunal competente.

No tribunal, o processo é distribuído para turma, câmara ou seção (a depender da organização interna do tribunal, matéria estabelecida no regimento interno do órgão). A partir de então, deve-se verificar o tratamento do incidente de arguição de inconstitucionalidade nos arts. 948 a 950 do CPC.

O art. 948 do CPC estabelece: “Arguida, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, após ouvir o Ministério Público e as partes, submeterá a questão à turma ou à câmara à qual competir o conhecimento do processo”.

Conforme o art. 949 do CPC, se a arguição for rejeitada, prosseguirá o julgamento. Se for, contudo, acolhida, a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver.

Importante registrar que, de acordo com o parágrafo único do art. 949 do CPC:

> **Art. 949, CPC -** os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

De acordo com o art. 950 do CPC, remetida cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do Tribunal irá designar a sessão de julgamento, sendo admitida, observando-se as regras do regimento interno, manifestação no incidente das pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado ou manifestação de um dos legitimados para as ações de controle concentrado de constitucionalidade previstas no art. 103 da CF/88. Admite-se, ainda, a presença do *amicus curiae*, por despacho irrecorrível do relator.

Julgada a questão incidental de inconstitucionalidade pelo pleno ou órgão especial do tribunal, o órgão fracionário, vinculado à decisão, julgará a questão principal de mérito.

Neste processo descrito até o momento, verifica-se a existência de três acórdãos:

a) arguida a questão incidental de inconstitucionalidade, haverá **um primeiro acórdão, do órgão fracionário, no sentido de acolher ou não o incidente.** Se acolhido o incidente, ocorre a cisão do julgamento, com a remessa dos autos para o órgão especial ou plenário analisar o incidente de inconstitucionalidade;

b) submetida a questão ao órgão especial ou plenário, haverá **um segundo acórdão (do órgão especial ou plenário), declarando a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo;**

c) ao fim, após o julgamento da questão incidental, haverá **um terceiro acórdão, do órgão fracionário, que julgará a questão principal.** Frise-se que o órgão fracionário está vinculado ao julgamento proferido pelo segundo acórdão.

Pergunta-se: **diante da existência dos três acórdãos, qual é o momento para a interposição do eventual recurso extraordinário?**

A resposta será fornecida na Súmula 513, STF:

> **Súmula n.º 513, STF -** A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (câmaras, grupos ou turmas) que completa o julgamento do feito.

Assim, o eventual recurso extraordinário deve ser interposto contra o terceiro acórdão, aquele que completa o julgamento do feito. A súmula em questão é de 1969, contudo a orientação já foi reafirmada pelo STF (RE 528.869 AgR, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, 1ª Turma, j. 16/12/2014, DJE 24.02.2015).

Desse modo, acolhida a arguição de inconstitucionalidade (primeiro acórdão), é no julgamento de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo (segundo acórdão) que deve ser observado o art. 97 da CF/88, que contempla a **cláusula de reserva do plenário** (regra do ***full bench* ou *full court***).

> **Art. 97, CF/88** - Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

A regra do art. 97 da CF/88 é **condição de eficácia jurídica da própria declaração de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público.** No caso de desrespeito à regra constitucionalmente prevista (tipicamente de competência funcional), haverá nulidade absoluta da decisão prolatada pela Turma ou Câmara (órgão fracionário) do Tribunal.

Sobre a cláusula de reserva do plenário, destaca-se a Súmula Vinculante n.º 10/STF:

> **Súmula Vinculante n.º 10, STF -** 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 a sua incidência, no todo ou em parte.

ATENÇÃO

O STF já decidiu que não viola a Súmula Vinculante n.º 10, nem a regra do art. 97, a decisão do órgão fracionário do Tribunal (Turma ou Câmara) que não aplicou a norma infraconstitucional por entender não haver subsunção aos fatos ou no caso em que a incidência normativa seja resolvida mediante a sua mesma interpretação, sem potencial ofensa direta à Constituição.

Vale destacar as situações em que não há necessidade de observância da cláusula de reserva de plenário, sendo importante o conhecimento do tema para fins de concursos públicos:

SITUAÇÕES QUE DISPENSAM A OBSERVÂNCIA DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO
1) Quando já houver pronunciamento do plenário ou do órgão especial do Tribunal, ou ainda do Plenário do STF, sobre a matéria (art. 949, parágrafo único, CPC);
2) Se for mantida a constitucionalidade do ato normativo, pois só exige a observância da regra para declarar a inconstitucionalidade;
3) Nos casos de normas pré-constitucionais, pois a análise do direito pretérito em relação à nova Constituição se faz sob a ótica da recepção ou não-recepção, e não da inconstitucionalidade;
4) Quando o tribunal utilizar a técnica da interpretação conforme a Constituição, pois nesse caso não se fala em declaração de inconstitucionalidade;
5) Nas hipóteses de decisão em sede de medida cautelar, pois não se trata de decisão definitiva.

A cláusula de reserva de plenário aplica-se às Turmas do STF no julgamento do Recurso Extraordinário?

Pedro Lenza (2021, p. 285) alerta que, **de acordo com as normas regimentais, a cláusula de reserva de plenário não se aplica às Turmas do STF no julgamento do Recurso Extraordinário,** seja por não se tratar de "tribunal" no sentido fixado no art. 97 (e essa, segundo o autor, poderia ser uma justificativa para não ficar adstrito apenas com o fundamento regimental), seja, tendo em vista ser função primordial e essencial da Corte a declaração de inconstitucionalidade, a possibilidade de afetação dessa atribuição aos seus órgãos fracionários, no caso, as Turmas.

Bernardo Gonçalves Fernandes (2020, p. 1845) destaca a decisão da Ministra Ellen Gracie, justamente no sentido de que, no que diz respeito à cláusula de reserva de plenário, haveria uma exceção no recurso extraordinário. O autor transcreve o seguinte trecho da Ministra: "O STF exerce, por excelência, o controle difuso de constitucionalidade quando do julgamento do recurso extraordinário, **tendo os seus colegiados fracionários competência regimental para fazê-lo sem ofensa ao art. 97 da CF"** (STF, RE 361.829-ED, julgado em 2010).

Eduardo Brandão (2022, p. 1366), analisando o tema, menciona o precedente citado acima, mas destaca: "(...) mais recentemente, parece-nos que a Corte mudou seu posicionamento, nos levando a entender que a cláusula de reserva de plenário aplica-se, inclusive, às turmas do STF". O autor baseia-se em decisão do Min. Alexandre de Moraes, ARE 791.932.

Recomenda-se ao candidato o acompanhamento da jurisprudência do STF quanto ao ponto.

Vale frisar, por outro lado, que **não há dúvidas de que as turmas do STF poderão declarar a inconstitucionalidade diretamente se o plenário já tiver enfrentado a questão anteriormente.**

Para finalizar a análise da cláusula de reserva de plenário, uma última observação: **a cláusula de reserva de plenário não se aplica às Turmas Recursais dos Juizados Especiais**, uma vez que, embora órgão recursal, as Turmas de Juizados não são consideradas tribunais.

Assim, as Turmas Recursais poderão declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei ou afastar a sua incidência no todo ou em parte sem que isso signifique violação ao art. 97 da CF/88 ou a Súmula Vinculante n.º 10 do STF.

É possível, contudo, que a parte sucumbente interponha Recurso Extraordinário contra a decisão da Turma Recursal, para que o STF aprecie a questão constitucional, conforme Súmula 640 do STF. É

indispensável, contudo, a juntada do inteiro teor da decisão que tenha declarado a inconstitucionalidade e que será objeto do recurso extraordinário.

> **Súmula n.º 640, STF -** É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida (...) por turma recursal de juizado especial cível e criminal.

QUESTÃO DE CONCURSO

(FCC – 2020 – TJ-MS – Juiz Substituto) A cláusula de reserva de plenário (regra do *full becnh*), nos termos da Constituição Federal e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), tem aplicabilidade à decisão:

I. das Turmas Recursais dos Juizados Especiais, consideradas como tribunais para o propósito de reconhecimento da inconstitucionalidade de preceitos normativos.

Gabarito: INCORRETO.

Resolução: A cláusula de reserva de plenário não se aplica às Turmas Recursais dos Juizados Especiais, uma vez que, embora órgão recursal, as Turmas de Juizados não são consideradas tribunais.

II. fundada em jurisprudência das Turmas ou Plenário do STF, não se aplicando, contudo, na hipótese de se fundar em entendimento sumulado do órgão de guarda constitucional.

Gabarito: INCORRETO.

Resolução: quando já houver pronunciamento do plenário ou do órgão especial do Tribunal, ou ainda do Plenário do STF, sobre a matéria, não se aplica a cláusula de reserva de plenário. Além de haver jurisprudência neste sentido, deve-se atentar para a redação do art. 949, parágrafo único do CPC;

III. que declara a inconstitucionalidade de lei, ainda que parcial, inexistindo violação à referida cláusula na decisão de órgão fracionário quando houver declaração anterior proferida pela maioria absoluta do órgão especial ou Plenário do Tribunal respectivo.

Gabarito: CORRETO.

IV. que deixa de aplicar lei o ato normativo a caso concreto, ainda que não fundada em sua incompatibilidade com norma constitucional, uma vez que a negativa de vigência equivale à declaração de inconstitucionalidade.

Gabarito: INCORRETO.

Resolução: A cláusula de reserva de plenário só deve ser aplicada quando há decisão pela inconstitucionalidade da norma. Neste sentido, por exemplo, o STF já decidiu que não viola a Súmula Vinculante n.º 10, nem a regra do art. 97, a decisão do órgão fracionário do Tribunal (Turma ou Câmara) que não aplicou a norma infraconstitucional por entender não haver subsunção aos fatos ou no caso em que a incidência normativa seja resolvida mediante a sua mesma interpretação, sem potencial ofensa direta à Constituição.

5.5. Efeitos da Decisão

Sob o ponto de vista temporal, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade em sede de controle difuso são ***ex tunc*** **(retroativos).** Ou seja, reconhece-se a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo desde a sua origem, uma vez que foi adotada a **teoria da nulidade (o ato nasceu nulo, com vício de origem).** Trata-se de influência do sistema norte-americano.

Registre-se que, também por influência do direito norte-americano (diante de uma construção jurisprudencial da Suprema Corte dos EUA, em 1965), o modulo difuso-incidental do controle de constitucionalidade admite a limitação dos efeitos da decisão, podendo esta se mostrar *ex nunc* ou prospectiva.

No Brasil, tal possibilidade foi legalmente contemplada para o controle concentrado de constitucionalidade, por meio da Lei n.º 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ADI e ADC, conforme art. 27:

> **Art. 27, Lei nº 9.868/99 -** 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.

Tal regra foi prevista também no art. 11 da Lei n.º 9.882/99, que trata da ADPF.

Essas previsões consagraram a técnica da **modulação da eficácia temporal das decisões de inconstitucionalidade**, aplicável também ao modelo difuso-incidental de controle de constitucionalidade, devendo-se observar os seguintes requisitos: tratar-se de medida excepcional, pois adotada **para garantir a segurança jurídica ou tendo em vista excepcional interesse social; ser decidida por maioria de dois terços dos membros do STF.**

Pode-se afirmar que o atual CPC contempla a possibilidade nos arts. 525, §13, 535, §6º, e 927, §3º.

Quanto ao aspecto subjetivo, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade em sede de controle difuso são ***inter partes* (entre as partes),** não se estendendo a terceiros que não componham a relação processual.

Acerca do aspecto subjetivo (*inter partes*), são necessários alguns comentários acerca das decisões definitivas de mérito do STF pela inconstitucionalidade da norma em um caso concreto e o papel do Senado Federal contemplado no art. 52, X, da CF/88.

5.5.1. O controle difuso-incidental pelo STF, o papel do Senado Federal, a mutação constitucional do art. 52, X da CF/88 e a abstrativização dos efeitos no controle difuso

Afirmou-se que a decisão de inconstitucionalidade no modelo difuso-incidental, sob o aspecto subjetivo, opera efeitos *inter partes*.

Mas se o STF declarar a inconstitucionalidade de uma norma em um caso concreto (controle difuso-incidental), não seria incongruência a produção dos seus efeitos apenas *inter partes*? A lei seria inconstitucional apenas para as partes daquele processo e continuaria sendo constitucional para todas as outras pessoas, mesmo com uma decisão de inconstitucionalidade da Suprema Corte?

De fato, aqui está a incongruência relatada quando do tratamento do histórico do controle de constitucionalidade no Brasil: a adoção do modelo de controle de constitucionalidade típica do *common law* (em que se tem o sistema de vinculação aos precedentes) em um país adepto ao sistema do *civil law* (no caso, o Brasil), desprovido do princípio do *stare decisis*. Não havia, aqui, como evitar a proliferação de ações judiciais propostas por aqueles que se sentissem igualmente afetados por uma lei que já havia sido declarada inconstitucional pelo STF. Ademais, a possibilidade de decisões conflitantes entre juízes de primeiro grau e tribunais geraria enorme segurança jurídica.

Para solucionar tal incongruência foi que a Constituição Federal de 1934 introduziu, pela primeira vez no direito brasileiro, a competência do Senado Federal de suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF. Salvo a CF/1937, todas as Constituições posteriores mantiveram a previsão.

Na CF/88, a previsão está contemplada no art. 52, X:

> **Art. 52, CF/88** - Compete privativamente do Senado Federal:
> **X** – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Ou seja, a competência do Senado Federal seria atribuir eficácia *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade do STF proferidas em sede de controle difuso-incidental.

Tradicionalmente, a doutrina tece as seguintes **observações sobre a competência senatorial:**

a) Compete ao próprio STF **comunicar o Senado sobre a sua decisão**, **após o trânsito em julgado,** franqueando-se ao Procurador-Geral da República a possibilidade de fazê-lo. Admite-se ainda que o próprio Senado o faça de ofício, conforme previsão regimental desta Casa Legislativa;

b) embora o art. 52, X, da CF/88 faça referência expressa apenas à "lei", deve-se entender que **está abrangida qualquer categoria de ato normativo;**

c) o Senado pode atuar para suspender **qualquer lei ou ato normativo** que tenha sido declarado inconstitucional pelo STF, **seja ela federal, estadual, distrital ou municipal;**

d) a Constituição não prevê prazo para o exercício de tal competência, de modo que ela **pode ser exercida a qualquer tempo**, embora deva ser logo após a ciência pelo Senado da decisão do STF;

e) a resolução suspensiva do Senado é irrevogável, conforme já assentado pelo STF, uma vez que a Casa esgota a sua competência no momento em que delibera pela suspensão;

f) o Senado pode suspender a execução, no todo ou em parte, do ato declarado inconstitucional pelo STF, não podendo ir além da decisão da Suprema Corte (ou seja, **só pode suspender o que a decisão do STF reconheceu que era inconstitucional). Mas entende-se que o Senado pode ficar aquém da decisão, ou seja, suspender apenas uma parte da lei ou do ato normativo, ainda que o STF tenha declarado a inconstitucionalidade do todo;**

g) para a doutrina majoritária, a resolução do Senado opera efeitos *ex nunc* (não retroativos). Neste sentido, por exemplo, Bernardo Gonçalves Fernandes (2020, p. 1847) e Pedro Lenza (2021, p. 292). Dirley da Cunha Jr (2022, p. 180), por outro lado, entende que o efeito deve ser *ex tunc;*

h) conforme a doutrina majoritária e a jurisprudência do STF, **o ato do Senado tem natureza política;**

i) conforme a doutrina majoritária e a jurisprudência do STF, **a competência do Senado é discricionária.**

Após as considerações sobre a competência senatorial, cabe registrar que houve a construção paulatina, no âmbito da Suprema Corte, da tese de **ocorrência de mutação constitucional do art. 52, X da CF/88 e a abstrativização dos efeitos no controle difuso.**

A tese da abstrativização do controle difuso pretende aproximar o controle difuso-concreto do controle abstrato, tendência essa que vem sendo desenvolvida não apenas por manifestações pretorianas, mas também pela doutrina e pela legislação.

No âmbito do STF, o tema foi introduzido a partir do julgamento da Reclamação Constituição n.º 4.335-5/AC, sob a Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que foi acompanhando pelo Ministro Eros Grau (hoje aposentado). Para Gilmar Mendes, condicionar a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF à decisão do Senado Federal, mecanismo introduzido com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988, não teria mais significado diante da introdução do controle abstrato de normas. À época, contudo, o posicionamento não se sagrou vitorioso.

Foi a partir das ADIs 3406/RJ e 3470/RJ, julgadas em 29/11/2017, que se fixou exceção quanto aos efeitos *inter partes* **para que a decisão da Suprema Corte, no controle difuso-incidental, tenha diretamente efeitos *erga omnes* e vinculantes sem a necessidade de atuação do Senado.** Caberia ao Senado, neste aspecto, apenas conferir publicidade à decisão do STF.

Com isso, pacificou-se o entendimento pela **mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88, sendo papel do Senado, após a releitura, apenas dar publicidade à decisão do STF.**

6. CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

A jurisdição constitucional no controle concentrado teve início no direito brasileiro com a Constituição Federal de 1934, com a criação da representação interventiva confiada ao Procurador-Geral da República. Mas foi apenas com a EC n.º 16/65, sob a égide da CF/1946, que o controle concentrado foi definitivamente instalado no ordenamento pátrio. A CF/88, por sua vez, aperfeiçoou o sistema.

Por meio do controle concentrado de constitucionalidade instaura-se uma **fiscalização abstrata** das leis e atos normativos do Poder Público, com o ajuizamento de **ação direta**, cujo **pedido principal é a própria declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade.**

Assim, será estudado que o Supremo Tribunal Federal poderá ser provocado para o exercício do controle concentrado de constitucionalidade, pela via principal, a partir das seguintes ações diretas:

a) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Ação (ADI);

b) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO);

c) Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (ADI Interventiva);

d) Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC);

e) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

7. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI)

7.1. Considerações Iniciais

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) é uma ação do controle concentrado-principal concebida para a defesa genérica de todas as normas constitucionais, quando violadas por lei ou ato normativo do Poder Público. Através dela, instaura-se um **controle de constitucionalidade realizado, em tese, em abstrato,** marcado pela generalidade, impessoalidade e abstração.

O objeto principal da ação é a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, instaurando-se um **processo sem partes** confrontantes. Portanto, **não há lide.** Daí se dizer que se instaura um **processo objetivo.**

Atualmente, a ADI é prevista no **art. 102, I, alínea *a* da CF/88** e é regulamentada pela **Lei n.º 9.868/99.**

> **Art. 102, CF/88 -** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
> **I –** processar e julgar, originariamente:
> **a)** a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (...);

7.2. Legitimidade *ad causam*

A legitimidade ativa para a proposição da ADI está disciplinada no art. 103 da CF/88.

Tais legitimados não são considerados partes, ao menos do ponto de vista material, uma vez que se trata de ação de nítido caráter objetivo, não havendo interesses subjetivos ou individuais diretamente discutidos no âmbito do processo.

Eis a dicção do art. 103 da CF/88:

> **Art. 103, CF/88 -** Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:
> **I -** o Presidente da República;
> **II -** a Mesa do Senado Federal;
> **III** - a Mesa da Câmara dos Deputados;
> **IV** - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
> **V** - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
> **VI** - o Procurador-Geral da República;
> **VII** - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
> **VIII -** partido político com representação no Congresso Nacional;
> **IX** – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

São necessárias algumas observações sobre os legitimados da ADI:

1) O STF criou, nos anos 90, o instituto da **pertinência temática.** Enquanto alguns legitimados possuíam legitimidade universal, outros deveriam demonstrar o interesse de agir para a causa em questão. Assim, foram criadas duas categorias de legitimados:

LEGITIMADOS UNIVERSAIS	LEGITIMADOS ESPECIAIS
São os legitimados que têm caráter público, de tal modo que **não precisam demonstrar interesse de agir** para o ajuizamento da ADI. São eles: a) Presidente da República; b) Mesa do Senado Federal; c) Mesa da Câmara dos Deputados; d) Procurador Geral da República; e) Conselho Federal da OAB; f) Partido político com representação no Congresso Nacional.	São os legitimados que **devem demonstrar o interesse específico de agir,** ou seja, devem demonstrar a **pertinência temática.** São eles: a) Governador do Estado ou do DF; b) Mesa das Assembleias Legislativas dos Estados ou da Câmara Legislativa do DF; c) Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

2) O STF diferencia, ainda, os legitimados que possuem **capacidade postulatória** daqueles que não possuem:

POSSUEM CAPACIDADE POSTULATÓRIA	NÃO POSSUEM CAPACIDADE POSTULATÓRIA
São os legitimados que estão aptos a ajuizar a ADI sem a necessidade de representação por Advogado. São os legitimados do inciso I a VII do art. 103: a) Presidente da República; b) Mesa do Senado Federal; c) Mesa da Câmara dos Deputados; d) Mesa das Assembleias Legislativas dos Estados ou da Câmara Legislativa do DF; e) Governador do Estado ou do DF; f) Procurador Geral da República; g) Conselho Federal da OAB.	São os legitimados que **precisam constituir advogado** para ingressar com ADI**.** São eles: a) Partido político com representação no CN; b) Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. O parágrafo único do art. 3º da Lei n.º 9.868/99 diz: **"A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado,** será apresentada em duas vias, devendo conter cópias da lei ou do ato normativo e dos documentos necessários para comprovar a impugnação".

QUESTÃO DE CONCURSO

(CESPE/CEBRASPE – 2022 – DPE-PI – Defensor Público) O regular processamento de ação direta de inconstitucionalidade (ADI) depende da apresentação de procuração com poderes específicos pelo advogado signatário da petição inicial, não bastando procuração genérica sem a indicação da lei ou do ato que se pretende impugnar.

Gabarito: Correto

3) OBSERVAÇÕES QUANTO À LEGITIMIDADE DOS CHEFES DO PODER EXECUTIVO (PRESIDENTE DA REPÚBLICA E GOVERNADORES):

a) A legitimidade ad causam do Presidente da República e dos Governadores dos Estados ou do DF **não se estendem aos vices**, salvo quando os vices estejam no exercício da titularidade do cargo, nas hipóteses de substituição ou sucessão, sendo a ação ajuizada justamente neste período;

b) o Presidente da República e os Governadores dos Estados ou do DF **possuem legitimidade para ajuizar ações de controle concentrado contra leis que eles mesmos tenham acabado de sancionar**. Pode ocorrer de o Chefe do Poder Executivo entender que errou e não pretende continuar no erro ou pode, ainda, reconhecer-se uma situação de inconstitucionalidade progressiva, ou seja, a lei foi sancionada porque reconheceu-se a sua constitucionalidade, contudo a lei foi se tornando inconstitucional por mudança nas circunstâncias políticas, econômicas, sociais, morais etc.;

c) a legitimidade dos Governadores de Estado e do DF para propor ações da jurisdição constitucional concentrada ou para recorrer de decisões proferidas em sede de controle concentrado é **intuito personae**, ou seja, não se estendem ao ente federativo. Por isso, o próprio Governador deve subscrever a petição inicial, podendo fazê-lo isoladamente ou ao lado do Procurador-Geral do Estado ou de outro advogado. **O STF já decidiu, na ADI 5.084, que caso a petição esteja subscrita apenas pelo Procurador-Geral do Estado, ainda que em nome do Governador, ela não será conhecida por ilegitimidade ativa.**

Há, todavia, uma exceção: **os procuradores públicos possuem capacidade postulatória para interpor recursos contra acórdãos proferidos em sede de ação de controle concentrado de constitucionalidade nas hipóteses em que o legitimado para a causa outorgue poderes para tanto aos subscritores das peças recursais (STF, RE 1.068.600-AgR-ED-EDv, Rel. Min. Alexandre de Moraes).**

d) Segundo o STF, o Governador afastado cautelarmente de suas funções – em virtude de recebimento de denúncia por crime comum – não tem legitimidade ativa para a propositura de ADI.

4) OBSERVAÇÃO QUANTO ÀS MESAS

a) A Mesa do Congresso Nacional não possui legitimidade ativa, por ausência de previsão expressa no art. 103 da CF/88, cujo rol é taxativo. Importante não confundir: as Mesas que possuem legitimidade são do Senado Federal e da Câmara dos Deputados.

5) OBSERVAÇÕES QUANTO AOS PARTIDOS POLÍTICOS:

a) A comprovação da representação no Congresso Nacional (constitucionalmente exigida) é feita com a **presença de ao menos um representante em quaisquer das Casas Legislativas**;

b) apenas os Diretórios Nacionais podem agir em nome da agremiação. Os Diretórios Regionais não podem, mesmo que se trate de lei local;

c) a aferição da legitimidade é feita no momento da propositura da ação, de modo que **a perda superveniente de representação do partido político no Congresso Nacional não o desqualifica** como legitimado ativo;

QUESTÃO DE CONCURSO

(VUNESP – 2019 – TJ-AC – Juiz Substituto) A perda superveniente de representação parlamentar de Partido Político não o desqualifica para permanecer no polo ativo da ação direta de inconstitucionalidade.

Gabarito: CORRETO.

6) OBSERVAÇÕES QUANTO ÀS ENTIDADES DE CLASSE

a) O STF estabeleceu um critério objetivo, por aplicação analógica da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, para só reconhecer aquelas entidades que possuam associados ou membros em **pelo menos nove Estados da Federação;**

ATENÇÃO

Registre-se, contudo, que o STF já reconheceu a legitimidade de entidade de classe que possuía representação em menos de nove Estados da Federação, diante da relevância nacional da atividade e do fato da própria atividade ocorrer em poucas unidades da Federação. Tratava-se de ação proposta pela ABERSAL – Associação Brasileira dos Extratores e Refinadores de Sal – contra uma lei do estado do Rio Grande do Norte (ADI 2.886/2010, de Relatoria do Min. Gilmar Mendes);

b) o STF, tradicionalmente, entendia que a legitimidade das entidades de classe estava **limitada às entidades que se dedicavam à atividade profissional ou econômica de âmbito nacional;**

Dirley da Cunha Jr. (2022, p. 229) lembra, contudo, que recentemente houve uma ampliação do conceito no sentido de promover a abertura do controle concentrado à sociedade civil, aos grupos minoritários e vulneráveis, em decisão de Luis Roberto Barroso (STF – ADPF 527 MC/DF).

c) A entidade que não representa a totalidade de sua categoria profissional não possui legitimidade ativa para ajuizamento de ações de controle concentrado de constitucionalidade e os associados ou membros devem estar ligados entre si pelo exercício da mesma atividade;

d) as **associações de associações** (entidades de classe de segundo grau ou de composição heterogênea) possuem legitimidade ativa;

e) conselhos de fiscalização de classe não possuem legitimidade para o ajuizamento das ações de controle concentrado, pois não são entidades de classe, e sim entidades autárquicas. A única exceção decorre da própria previsão constitucional, que é o Conselho Federal da OAB.

7) OBSERVAÇÕES QUANTO ÀS CONFEDERAÇÕES SINDICAIS

a) Apenas as Confederações Sindicais, e instituídas na forma do art. 535 da CLT (ou seja, composição em, pelo menos, três Federações) possuem legitimidade ativa. **Federações sindicais, ainda que de âmbito nacional, e Centrais Sindicais não possuem legitimidade;**

b) a confederação sindical deve possuir registro sindical de Confederação Sindical no Cadastro Nacional de Entidades Sindicais (CNES).

7.3. Competência

Ao **Supremo Tribunal Federal** compete processar e julgar a ADI de lei ou ato normativo federal ou estadual (ou distrital) em face da Constituição Federal.

Em relação à lei distrital, contudo, deve-se registrar que, uma vez que tal ente federativo acumula competências legislativas estaduais e municipais (art. 32, §1º da CF/88), a competência do STF para processar e julgar a ADI contra lei distrital limita-se àquelas derivadas da sua competência legislativa estadual.

> **Súmula n.º 642, STF -** Não cabe ação direta de inconstitucionalidade de lei do Distrito Federal derivada da sua competência legislativa municipal.

Aos Tribunais de Justiça dos Estados (TJs) e do Distrito Federal (TJDFT) competem processar e julgar a ADI de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual ou da Lei Orgânica do Distrito Federal, respectivamente.

Cabe observar que **tanto o STF quanto os TJs são competentes para processar e julgar a ADI de lei ou ato normativo estadual. A definição quanto à competência de um ou de outro dependerá do parâmetro:** se a Constituição Federal, quando será competente o STF; ou se a Constituição Estadual, quando será competente o TJ respectivo.

Interessante questão se dá quando se está diante de julgamento de ação direta que impugna lei ou ato normativo estadual em face de uma norma da Constituição Estadual que repete norma da Constituição Federal. Aqui, deve-se perquirir se é o caso de "norma de reprodução obrigatória" ou "norma de imitação".

As **normas de reprodução obrigatória**, também chamadas de "normas de observância obrigatória" ou "normas centrais", são dispositivos da Constituição Federal de 1988 que devem ser repetidos na Constituição Estadual. Elas estariam presentes na Constituição Estadual mesmo que ela fosse silente a respeito. Citam-se como exemplos: a previsão da autonomia dos Municípios (art. 18); regras que tratam da organização político-administrativa; separação dos Poderes; processo legislativo etc.

Reproduz-se a explicação de Luís Roberto Barroso:

> [...] as disposições da Carta da República que, por pré-ordenarem diretamente a organização dos Estados-membros, do Distrito Federal e/ou dos Municípios, ingressam automaticamente nas ordens jurídicas parciais editadas por esses entes federativos. Essa entrada pode ocorrer, seja pela repetição textual do texto federal, seja pelo silêncio dos constituintes locais – afinal, se sua absorção é compulsória, não há qualquer discricionariedade na sua incorporação pelo ordenamento local. (Rcl 17954 AgR/PR).

A CF/88 não traz artigos que indiquem quais seriam as normas de reprodução obrigatória, tratando-se de uma construção jurisprudencial do STF, diversamente da CF/1967-69, que mencionava expressamente. De acordo com Marcelo Novelino (2015, p. 82), as normas de observância obrigatória são diferenciadas em três espécies:

a) princípios constitucionais sensíveis, que representam a essência da organização constitucional da federação brasileira e estabelecem limites à autonomia organizatória dos Estados-membros (CF, art. 34, VII);

b) princípios constitucionais extensíveis, que consagram normas organizatórias para a União que se estendem aos Estados, por previsão constitucional expressa (CF, arts. 28 e 75) ou implícita (CF, art. 58, § 3º; arts. 59 e ss.);

c) princípios constitucionais estabelecidos, que restringem a capacidade organizatória dos Estados federados por meio de limitações expressas (CF, art. 37) ou implícitas (CF, art. 21).

O tema foi enfrentado pelo STF em grau de recurso extraordinário sob a sistemática da repercussão geral, tendo sido fixada a seguinte tese:

> **Tema 484[80], STF** - Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos estados (julgado em 01/02/2017, Info. 852).

Obviamente, o mesmo raciocínio será aplicado para leis estaduais eventualmente questionadas perante o TJ. Ademais, se a representação de inconstitucionalidade sustentar que a norma apontada como violada (parâmetro) é uma norma de reprodução obrigatória, então, neste caso, caberá recurso extraordinário para o STF contra a decisão do TJ. A decisão do STF, nesse caso, terá eficácia *erga omnes* porque foi proferida em um processo objetivo de controle de constitucionalidade.

QUESTÕES DE CONCURSO

(VUNESP – 2018 – TJ-RS – Juiz Substituto) Conforme já decidido pelo STF, em matéria de controle de constitucionalidade, inexiste usurpação de competência do STF quando os Tribunais de Justiça analisam, em controle concentrado, a constitucionalidade de leis municipais ante normas constitucionais estaduais que reproduzam regras da Constituição Federal que sejam de observância obrigatória.

Gabarito: CORRETO.

(MPE-RJ – 2022 – MPE-RJ – Promotor de Justiça Substituto) Considere a hipótese de o Ministério Público ter ajuizado uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) perante o Tribunal de Justiça (TJ) em face de uma lei municipal que criou gratificação para o Prefeito fora do regime de subsídio, sobre o fundamento de que essa lei contraria norma da Constituição do Estado. Se o pedido da ação for julgado improcedente, declarando a lei constitucional, dessa decisão do TJ caberá recurso extraordinário ao STF, pois a matéria sobre o subsídio do Prefeito é considerada norma de reprodução obrigatória na Constituição Estadual.

Gabarito: CORRETO.

Disponível em:

[80] https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=484

O STF já definiu que **é constitucional dispositivo de constituição estadual que confere ao Tribunal de Justiça local a prerrogativa de processar e julgar ação direta de constitucionalidade contra leis e atos normativos municipais tendo como parâmetro a Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória** (Info. 1036, STF, julgado em 3/11/2021).

ATENÇÃO PARA O TEMA

Lei ou ato normativo municipal não pode ser impugnado por meio de ADI proposta no STF, uma vez que o art. 102, I, a, da CF/88 autoriza ADI no STF apenas contra lei ou ato normativo federal ou estadual.

Ressalte-se, contudo, que é cabível ADPF em face de lei municipal.

Lei ou ato normativo municipal, por outro lado, pode ser impugnado por meio de ADI proposta no TJ, adotando-se como parâmetro (norma de referência) a Constituição Estadual. Deve-se destacar, neste ponto, o quanto estabelecido no art. 125, §2º da CF/88.

Assim, tem-se que:

- quando é proposta uma ADI no STF contra lei ou ato normativo federal ou estadual, o parâmetro é a Constituição Federal;

- quando é proposta uma ADI no TJ contra lei ou ato normativo estadual ou municipal, o parâmetro é a Constituição Estadual.

E quando o TJ julga uma ADI contra lei estadual ou municipal, ele poderá declará-la inconstitucional sob o argumento de que viola um dispositivo da Constituição Federal?

Em regra, não. Não cabe a TJs exercer o controle de constitucionalidade de leis e demais atos normativos municipais em face da Constituição Federal.

Há, contudo, uma exceção: os TJs, ao julgarem a representação de inconstitucionalidade proposta contra lei municipal, poderão declará-la inconstitucional utilizando como parâmetro dispositivos da Constituição Federal, desde que eles sejam normas de reprodução obrigatória pelos Estados.

O STF, então, admite a competência dos Tribunais de Justiça nas duas hipóteses, desde que o parâmetro de controle seja a Constituição Estadual, com apenas uma diferença:

- sendo "norma de reprodução OBRIGATÓRIA", da decisão do TJ caberá Recurso Extraordinário para o STF;

- caso se trate de uma norma de imitação, a decisão é irrecorrível.

7.4. Parâmetro e Objeto

Na ADI, constitui parâmetro de controle **todas as normas da Constituição Federal de 1988 que estejam vigentes,** incluindo as normas do ADCT (cuja eficácia não tenha se exaurido) e os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados nos moldes do art. 5º, §3º da CF/88. **O candidato deve estar atento para o que não pode ser parâmetro de ADI:**

NÃO PODEM SER PARÂMETRO DE ADI:
1) o **preâmbulo**, pois não possuem força normativa; **2)** as **normas constitucionais cuja eficácia esteja exaurida**; **3) normas constitucionais revogadas** pelo Poder Constituinte Derivado Reformador. O STF entende, contudo, que **se a norma constitucional invocada como parâmetro for revogada no curso de uma ADI, a ação não fica prejudicada;** **4) normas de Constituições anteriores.**

Quanto ao objeto (ou seja, aquilo que pode ser controlado em face da CF/88), pode-se afirmar, de um modo geral, que são todas as leis e atos normativos editados pelo Poder Público.

Para fins de sistematização do estudo, e diante da alta incidência do tema em provas de concursos públicos, realiza-se a divisão do que pode e não pode ser objeto de ADI, a partir das informações catalogadas por Eduardo dos Santos (2022, p. 1380-1382):

PODEM SER OBJETO DE ADI	NÃO PODEM SER OBJETO DE ADI
1. Todas as espécies legislativas do art. 59, da CF/88; 2. Tratados e Convenções Internacionais; 3. Leis orçamentárias; 4. Lei do DF no exercício de competência estadual; 5. Decretos Autônomos do Presidente da República (art. 84, IV, da CF/88); 6. Decretos presidenciais que promulgam Tratados e Convenções Internacionais; 7. Regimento Interno das Casas Legislativas; 8. Decretos presidenciais que assumem feição autônoma, como ato normativo independente que inovam na ordem jurídica, criando, modificando ou extinguindo direitos e deveres; 9. Atos normativos infralegais do poder público nos casos que a tese de inconstitucionalidade articulada pelo autor propõe o cotejo da norma impugnada diretamente com a CF/88; 10. Atos estatais de conteúdo derrogatório, por se tratarem de resoluções administrativas normativas que incidem sobre atos normativos; 11. Resolução do Conselho Interministerial de Preços; 12. Regimento Interno dos Tribunais; 13. Resoluções do TSE; 14. Resoluções do CNJ ou do CNMP; 15. Resoluções ou deliberações administrativas de Tribunais;	1. Normas constitucionais originárias; 2. Leis ou atos anteriores à CF/88; 3. Leis ou atos normativos já revogados ou revogados durante o trâmite da ADI; 4. Leis já declaradas inconstitucionais pelo STF de forma definitiva e com efeito *erga omnes*; 5. Leis temporárias após o término de sua vigência; 6. Caso de conflito entre a ementa da lei e o seu conteúdo, pois é mero problema redacional; 7. Leis ou atos normativos municipais; 8. Leis ou atos normativos do DF no exercício de sua competência municipal; 9. Propostas de emenda à Constituição; 10. Projetos de lei; 11. Matérias *interna corporis* do Poder Legislativo; 12. Decretos Regulamentares (art. 84, IV, CF/88) e demais atos normativos infralegais do Poder Público, sendo o caso de controle de legalidade, salvo nos casos em que a tese de inconstitucionalidade propõe o cotejo da norma impugnada diretamente com o texto constitucional; 13. Súmulas de tribunais e súmulas vinculantes; 14. Respostas às consultas do TSE; 15. Convenção Coletiva de Trabalho; 16. Atos normativos privados, a exemplo de contratos.

16. Recomendação de Tribunais que fixa competência de julgamento, por se revestir de caráter primário, autônomo e cogente.	

Seguem algumas observações adicionais sobre o objeto:

a) Atualmente, **o STF admite o controle de constitucionalidade de lei de efeito concreto**, desde que não se trate de norma com efeitos já exauridos;

b) **as emendas constitucionais devem respeitar os limites expressos (circunstanciais, formais e materiais) e implícitos,** estabelecidos ao Poder Constituinte Derivado Reformador;

c) **os pressupostos "relevância e urgência" da medida provisória só podem ser controlados de forma excepcional,** uma vez que se trata de um juízo político-discricionário do Chefe do Poder Executivo, a ser apreciado pelo Congresso Nacional;

d) no caso de **leis e atos normativos revogados durante o trâmite da ADI haverá, em regra, a perda do objeto**, restando prejudicada a ação. Contudo, **o STF excepciona nos seguintes casos**: i. em casos de **fraude processual,** quando, por exemplo, a lei revogadora tiver idêntico conteúdo ao da lei revogada; ii. quando a ação tiver por objeto **lei temporária**, havendo impugnação em tempo adequado e a sua inclusão em pauta se der antes do exaurimento da eficácia da lei; iii. no caso de **grande similaridade de conteúdo entre a lei revogadora e a lei revogada**, de modo que não ocorra desnaturalização significativa do conteúdo impugnado; iv. quando a ADI tiver sido proposta contra uma MP e, antes do julgamento da ação, a **MP for convertida em lei sem alteração do texto impugnado**; v. quando for **editada MP com o intuito de revogar uma lei** que é objeto de ADI, **a ação poderá ser julgada enquanto a MP não tiver sido convertida em lei**, pois MP não revoga lei anterior, apenas suspende seus efeitos.

QUESTÕES DE CONCURSO

(FAURGS – 2022 – TJ-RS – Juiz Substituto) A superveniente alteração redacional de ato normativo questionado em ação direta de inconstitucionalidade não impede o julgamento dessa ação, desde que não tenha havido alteração substancial no conteúdo desse ato.

Gabarito: CORRETO.

(FCC – 2021 – TJ-GO – Juiz Substituto) Considerando o sistema de controle de constitucionalidade previsto na Constituição Federal, mostra-se cabível o exercício do controle concreto e incidental, bem como do controle abstrato e principal de constitucionalidade, em face da Constituição Federal, de tratados internacionais que tenham sido incorporados ao direito brasileiro.

Gabarito: CORRETO.

7.5. Procedimento

O procedimento da ADI vem disciplinado na Lei n.º 9.868/99. A petição inicial indicará o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações, além de indicar o pedido com as suas especificações (art. 3º).

Caso **a petição inicial seja inepta, não fundamentada ou manifestamente improcedente, ela será liminarmente indeferida pelo relator**, sendo que dessa decisão **cabe agravo** (art. 4º), que deverá ser remetido ao pleno do STF.

Por conta do **princípio da indisponibilidade**, após a propositura da ação, **não se admite desistência** (art. 5º).

O aditamento à petição inicial da ADI para a inclusão de novos dispositivos legais só é possível nas hipóteses em que a inclusão da nova impugnação dispense a requisição de novas informações e manifestações e não prejudique o cerne da ação.

O relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado, as quais **deverão ser prestadas no prazo de trinta dias** contado do recebimento do pedido (art. 6º).

Decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União (AGU) e o Procurador-Geral da República (PGR), que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de quinze dias (art. 8º).

CONSIDERAÇÕES SOBRE A ATUAÇÃO DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

O art. 103, §1º da CF/88 estabelece: "O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal".

O PGR atua como **custos constitucionis,** cabendo a ele uma manifestação técnica e imparcial, com vistas à defesa da ordem constitucional e da supremacia da Constituição. Seu parecer, contudo, é meramente opinativo.

O PGR poderá se manifestar mesmo nas ações ajuizadas por ele, **podendo inclusive emitir parecer pela improcedência da ação, por mudar o entendimento quanto à matéria**, já que é vedada a desistência da ação.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A ATUAÇÃO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

O art. 103, §3º da CF/88 estabelece: *"Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado".*

Embora o dispositivo em questão fale em "citação", entende-se que o AGU não é parte passiva nas ações diretas.

Segundo o STF, a posição do AGU é de **curador da presunção de constitucionalidade da lei**, devendo, obrigatoriamente, defender o ato impugnado.

A jurisprudência do STF vem abrandando a forma de se encarar o papel do AGU nestas situações, afirmando, por exemplo, que **ele não estaria obrigado a defender tese jurídica sobre a qual a Suprema Corte já tenha fixado entendimento pela inconstitucionalidade.**

Registre-se ainda que, a atuação do AGU de curador especial do ato normativo atacado estende-se aos atos estaduais. Ou seja, o AGU deve obrigatoriamente defender o ato impugnado, ainda que este seja estadual.

A lei veda a intervenção de terceiros no processo (art. 7º, *caput*), prevendo, contudo, a possibilidade de atuação do ***amicus curiae***, conforme redação do §2º do art. 7º:

> **Art. 7º, § 2º, Lei 9868/99 -** O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A ATUAÇÃO DO AMICUS CURIAE

O *amicus curiae* tem sua origem relacionada ao direito anglo-saxão, sendo considerado um **terceiro especial ou colaborador informal** que pode intervir no feito com o intuito de auxiliar a Corte, desde que demonstre um interesse objetivo quanto à questão jurídico-constitucional, afinal, **a pertinência temática também é requisito para sua admissão.**

No Brasil, a sua previsão está relacionada à influência da doutrina de **Peter Häberle**, cuja abertura democrática no procedimento e na interpretação constitucional foi apresentada na obra "*Hermenêutica Constitucional. Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição".*

Häberle defende uma interpretação pluralista, com a proposta da tese de que neste processo "estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição" (2002, p. 13). Para além de uma interpretação constitucional restrita a uma sociedade fechada de intérpretes, o autor propõe a **democratização do processo de descobrimento da norma constitucional através de uma leitura ampla empregada por todos aqueles que vivem em um contexto regulado pela Constituição, pois o destinatário da norma é participante ativo do processo hermenêutico.** Trata-se, conforme já assentado pelo Ministro Celso de Mello, de **fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte** (ADI 5022 MC/RO).

Pode-se afirmar que a natureza jurídica do *amicus curiae* é, desde o CPC/2015, de intervenção de terceiros, diante do art. 138 do diploma processual civil. Assim, é possível afirmar que essa é a única modalidade de intervenção de terceiros admitida na ADI e ADC. A doutrina majoritária, antes mesmo do novo CPC, afirmava que se tratava de uma modalidade *sui generis* (anômala) de intervenção de terceiros.

A admissibilidade do *amicus curiae* está condicionada a **requisitos legais (relevância da matéria e representatividade dos postulantes)** e um **requisito jurisprudencial (pertinência temática), não havendo direito subjetivo à intervenção.**

O STF tem tradicional posicionamento pela inadmissibilidade da participação da pessoa física como *amicus curiae* no controle de constitucionalidade. A discussão ganha novos contornos, contudo, a partir do **art. 138 do CPC, que prevê expressamente a admissibilidade também da pessoa natural como *amicus curiae*.** Registre-se, porém, que é necessária cautela na análise, uma vez que o CPC é lei geral sobre procedimentos e não pode derrogar a lei da ADI, de natureza especial. Ademais, o processo de controle concentrado possuiu peculiaridades que ensejam cuidadosa análise quando da transplantação de instrumentos específicos. Embora desejável a ampliação da participação democrática aos cidadãos no controle concentrado de constitucionalidade, **recomenda-se o acompanhamento da jurisprudência do STF sobre o tema.**

O STF tem entendido que **o *amicus curiae* pode pleitear sua intervenção no processo até a data da remessa dos autos pelo Ministro relator para julgamento** (data limite), uma vez que neste momento é considerado que o relator já tem a sua convicção formada. O pedido de admissão do *amicus curiae* deve ser assinado por advogado constituído, sob pena de não ser conhecido.

O *amicus curiae* **PODE fazer sustentação oral,** havendo inclusive previsão no Regimento Interno do STF neste sentido (art. 131, §3º, RISTF).:

- Por outro lado, o *amicus curiae* **NÃO PODE:**

- pleitear medida cautelar;- interpor recurso, destacando-se, inclusive, que a decisão do Relator que admite ou inadmite o ingresso do amicus curiae é irrecorrível, conforme explanado, por exemplo, na ADO 70 AgR, da Relatoria do Min. Dias Toffoli, julgado em 04/07/2022, e no Inq 4888 AgR, de Relatoria do Min. Alexandre de Moraes, julgado em 22/08/2022. Sobre este ponto, o próprio art. 138 do CPC/2015 prevê, expressamente, que se trata de decisão irrecorrível, conforme abaixo explanado:

Art. 138, CPC. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.- **aditar o pedido contido na inicial.** Embora o *amicus curiae* tenha direito a ter seus argumentos apreciados pelo STF, não tem direito de formular pedido ou de aditar o pedido já delimitado pelo legitimado ativo que ajuizou a ação.

QUESTÃO DE CONCURSO

(MPE-SP – 2022 – MPE-SP – Promotor de Justiça Substituto) Embora seja admitido o amicus curiae nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, inexiste direito subjetivo à intervenção, cabendo ao relator do processo decidir pela admissibilidade, ou não, podendo, inclusive, considerar a racionalidade e a economia processual.

Gabarito: CORRETO.

Decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, cada qual com prazo de quinze dias para manifestações (art. 8º). Após tal prazo, o relator lançará relatório, com cópia para todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento (art. 9º).

Chama-se atenção para os §§ do art. 9º:

> **Art. 9º, Lei 9868/99 - §1º** Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.
> **§2º** O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.
> **§3º** As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.

Aqui, verifica-se também a aplicação da ideia de Peter Häberle acerca da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. O STF abre a possibilidade de participação da sociedade no debate, reconhecendo a existência de outros intérpretes (peritos e especialistas) que podem contribuir para a construção de sentidos de Constituição, além da possibilidade de marcação de audiência pública para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Ressalte-se, por fim, que o STF afirmou que **"não há impedimento, nem suspeição de Ministro, nos julgamentos de ações de controle concentrado, exceto se o próprio Ministro firmar, por razões de foro íntimo, a sua não participação"** (tese fixada no julgamento da ADI 6.362, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 02/09/2020).

7.5.1 Da medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade

A possibilidade de concessão de medida cautelar em sede de ADI é prevista tanto na Constituição Federal (art. 102, I, alínea *p*) quanto na Lei n.º 9.868/99 (art. 10 a 12).

Conforme o *caput* do art. 10 da Lei, salvo no período de recesso, a medida cautelar deverá ser concedida por **decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal (quórum para decisão),** exigindo-se a **presença na sessão de pelo menos oito ministros (quórum para sessão de julgamento).** Tal decisão será tomada após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 dias.

O relator, julgando indispensável, ouvirá o AGU e o PGR, no prazo de três dias (art. 10, §1º).

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 no Regimento Interno do STF (art. 10, §2º).

Em caso de excepcional urgência, o STF poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades dos quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado (art. 10, §3º), configurando-se a possibilidade de **concessão de medida cautelar *inaudita altera partes*.**

Os **efeitos** da decisão que concede a medida cautelar são ***erga omnes* e vinculantes,** além de ser ***ex nunc*, salvo se o STF entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa** (art. 11, §1º).

QUESTÃO DE CONCURSO

(VUNESP – 2019 – TJ-RJ – Juiz Substituto) A decisão liminar em controle de constitucionalidade abstrato, em regra, produz efeitos *ex tunc,* salvo se o Supremo Tribunal Federal reconhecer expressamente efeitos *ex nunc* à decisão por maioria absoluta dos seus membros.

Gabarito: INCORRETO.

Resolução: os efeitos da decisão que concede a medida cautelar são, em regra, *ex nunc*, salvo se o STF entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa, conforme art. 11, §1º da Lei da ADI e ADC.

O art. 11, §2º da Lei prevê expressamente o **efeito repristinatório da decisão que concede medida cautelar**, ao afirmar que ela torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário. Para que o STF se manifeste de forma contrária à ocorrência dos efeitos repristinatórios, é necessário pedido expresso da parte.

7.5.2. Procedimento abreviado em ADI

O legislador estabeleceu a possibilidade de rito abreviado (sumário), com prazos menores para a prática de atos processuais (informações e manifestações), no julgamento da ADI. Eis a dicção do art. 12:

> **Art. 12, Lei 9868/99 -** Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das 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 terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

Trata-se de um procedimento diferenciado, mais célere, exigindo-se os seguintes requisitos: existência de pedido cautelar; matéria dotada de relevância; e especial significado para a ordem social e a segurança jurídica.

Assim, preenchidos os requisitos, o relator:

- poderá determinar aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado que prestem informações no prazo de dez dias;
- após, ouvirá, sucessivamente, o AGU e o PGR, cada qual no prazo de cinco dias;
- ao final, submeterá o processo diretamente ao Pleno do Tribunal.

Eduardo dos Santos (2022, p. 1395) acrescenta duas observações quanto ao procedimento diferenciado na ADI:

- o pleno pode concordar com o relator e julgar a ADI diretamente, pelo procedimento diferenciado, ou discordar e rejeitar a sua aplicação, determinando que a ADI siga o procedimento ordinário;
- ao julgar uma medida cautelar pelo procedimento ordinário, o relator ou qualquer outro Ministro do STF pode propor que se adote o procedimento diferenciado na ADI, convertendo o julgamento da cautelar em julgamento definitivo de mérito.

7.6. Decisão e efeitos

A decisão sobre a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo somente será tomada se **presente na sessão pelo menos oito ministros (quórum para sessão de julgamento),** proclamando-se a inconstitucionalidade pelo **voto de pelo menos seis ministros (quórum para decisão),** conforme art. 22 e 23 da Lei n.º 9.868/99.

Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de inconstitucionalidade, estando ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o número necessário para prolação da decisão em um ou outro sentido.

Afirma-se que a ADI tem **caráter dúplice (ou ambivalente),** uma vez que, conforme art. 24 da Lei, a proclamação da constitucionalidade da norma corresponde à improcedência da ADI e à procedência de uma eventual ADC, enquanto a proclamação da inconstitucionalidade corresponde à procedência da ADI e à improcedência de uma eventual ADC. A ADI e a ADC seriam, assim, **ações com sinais trocados.**

A decisão é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios. Não pode também ser objeto de ação rescisória.

De modo geral, pode-se afirmar que a decisão em sede de ADI produz **efeitos *erga omnes*** (contra todos) **e *ex tunc*** (retroativo). Quanto à retroatividade, vale lembrar, assim, que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro associa-se à **teoria da nulidade**, ou seja, os **atos inconstitucionais são nulos desde a sua origem**, sendo que **a decisão tem natureza declaratória.**

QUESTÃO DE CONCURSO

(**VUNESP – 2019 – TJ-RJ – Juiz Substituto)** No direito brasileiro, no tocante ao controle abstrato, o entendimento adotado é de que a lei inconstitucional é existente, porém nula, e a decisão que a reconhece tem natureza declaratória, com efeitos, em regra, retroativos.

Gabarito: CORRETO.

Registre-se, porém, que a lei contempla expressamente a possibilidade de excepcionar os efeitos *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade, conforme art. 27, abaixo reproduzido:

> **Art. 27, Lei 9868/99 -** 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.

Trata-se da técnica da **modulação da eficácia temporal da decisão de inconstitucionalidade**, já explicada no tópico destinado à análise dos efeitos da decisão em sede de controle difuso, uma vez que a ele também se aplica. Assim, excepcionalmente, o STF pode atribuir efeito *ex nunc* (*pro futuro*).

A decisão de declaração de inconstitucionalidade tem, ainda, **efeito vinculante** em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Federal, estadual, municipal e distrital. Além de estar previsto no parágrafo único do art. 28 da Lei n.º 9.868/99, o efeito vinculante está previsto também na Constituição, consoante §2º do art. 102:

> **Art. 102, § 2º, CF/88 -** As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Vê-se que **o efeito vinculante não atinge o Poder Legislativo**, mas sim todo o Poder Judiciário e a Administração Pública, direta e indireta, de todos os entes federativos. Assim, permite-se que o Poder Legislativo edite nova lei em sentido contrário à decisão do STF em controle de constitucionalidade concentrado ou, inclusive, edição de súmula vinculante. Do contrário, haveria o fenômeno da **fossilização da Constituição.**

Caso o Poder Legislativo edite uma lei com conteúdo idêntico àquela que foi objeto da ADI, não há que se falar em reclamação constitucional, mas sim em proposição de uma nova ADI.

ATENÇÃO

Mas, neste ponto, faz-se um questionamento: **há distinção entre efeito *erga omnes* e efeito vinculante?**

Bernardo Gonçalves Fernandes (2020, p. 1909- 1914) explica a diferenciação a partir da adoção da **teoria extensiva,** abaixo sintetizada, momento em que será apresentada ainda a **teoria da transcendência dos motivos determinantes.**

A teoria extensiva, trabalhada na Alemanha, conceitua:

- **Efeito *erga omnes (gründe)*** – é o efeito típico válido para todos e se apresenta como um efeito de cunho eminentemente processual. Sob a ótica objetiva, atinge a parte dispositiva de uma decisão, tornando-a

obrigatória e válida para todos. Preocupa-se apenas com a parte da decisão que declara o ato normativo ou a lei inconstitucional;

- **Efeito vinculante (*tragende gründe*)** – sob o aspecto objetivo da decisão, atinge não só a parte dispositiva da decisão, mas (de forma extensiva) também a parte de fundamentação da decisão. Ele envolve os fundamentos determinantes da decisão. Preocupa-se com os fundamentos que conduziram à decisão de que o ato normativo ou a lei é inconstitucional. Assim, a questão não será apenas sobre a inconstitucionalidade da lei, mas sim sobre as razões determinantes (*ratio decidendi*) que conduziram à declaração dessa inconstitucionalidade (pois isso também irá vincular).

Assim, pode-se apresentar a seguinte situação hipotética, utilizando-se de exemplo adaptado de Bernardo Gonçalves Fernandes: há uma lei estadual baiana "A", uma lei estadual gaúcha "B" e uma lei estadual goiana "C", todas com conteúdo equivalente. Se a lei estadual baiana "A" for declarada inconstitucional em sede de ADI, as outras duas leis não seriam atingidas pelo efeito *erga omnes*. Todos deveriam respeitar a decisão de que a lei estadual baiana "A" é inconstitucional, e ela seria nula. Porém, as leis de conteúdo equivalente no Rio Grande do Sul (lei estadual "B") e em Goiás (lei estadual "C") continuariam válidas e sendo aplicadas.

Contudo, pelo efeito vinculante, as leis estaduais "B" e "C" também seriam atingidas. Ou seja, os fundamentos que determinaram a inconstitucionalidade da lei estadual baiana "A" transcendem (vão além) para atingir também as leis estaduais do Rio Grande do Sul ("B") e de Goiás ("C"). **O efeito vinculante é um efeito eminentemente transcendente,** alcançando outros casos equivalentes. Daí a expressão **transcendência dos motivos determinantes.**

Mas a parte que vincula com base no efeito vinculante é apenas o fator determinante, a chamada ***ratio dedidenti*,** a razão fundamental de decidir. Os comentários paralelos na decisão que não constituem o seu fator determinante, que é o *obter dictum* (ditas de passagem) não vincularão.

Mas qual seria o mecanismo utilizado para que Rio Grande do Sul e Goiás respeitassem a transcendência dos motivos determinantes (em sua *ratio decidendi*)? Duas possibilidades: primeiro, o ajuizamento de uma ADI contra as leis gaúcha e goiana; segundo, o ajuizamento de uma reclamação constitucional, com base no art. 102, I, alínea "*l*" da CF/88.

Contudo, **atualmente, o STF não vem adotando a teoria da transcendência dos motivos determinantes e a teoria extensiva.**

Assim, o STF está entendendo que os efeitos vinculantes recaem apenas sobre o dispositivo da decisão, adotando-se a teoria restritiva, o que torna confusa eventual tentativa de distinguir efeito erga omnes de efeito vinculante. Isso levou o STF a afirmar, inclusive, que é incabível reclamação constitucional fundada na teoria da transcendência dos motivos determinantes de acórdão com efeito vinculante.

Por fim, frise-se que a decisão da ADI, salvo situações excepcionais, começa a produzir efeitos a partir da publicação da ata de julgamento contendo a parte dispositiva da decisão no Diário de Justiça e no Diário Oficial da União, conforme o *caput* do art. 28 da lei.

7.6.1. Técnicas de decisão e efeitos

O STF vem adotando algumas técnicas compatíveis com o controle abstrato de constitucionalidade. Dirley da Cunha Jr. (2022, p. 266-270) apresenta as seguintes:

a) Técnica da interpretação conforme a Constituição: pretende prestigiar a presunção *juris tantum* (relativa) de constitucionalidade dos atos normativos do poder público. Diante de normas polissêmicas (ou plurissignificativas), sendo cabível mais de uma interpretação do ato impugnado, deve-se adotar aquela que seja compatível com a Constituição. Nesse caso, o STF, com base na jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, entende que a ADI deverá ser julgada parcialmente procedente, declarando a inconstitucionalidade dos sentidos normativos que não sejam compatíveis com a Constituição.

Por tal técnica, **o STF exclui determinadas hipóteses de interpretação da norma, para lhe emprestar aquela que se compatibilize com o texto constitucional.** O STF exclui um ou mais sentidos da norma geral, com a atribuição de outro sentido com o qual se possa compatibilizar a norma à Constituição.

Ex.: no julgamento da ADI 4.277, o STF reconheceu as uniões homoafetivas como entidades familiares, atribuindo ao art. 1.723 do CC interpretação conforme a Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

QUESTÃO DE CONCURSO

(**MPE-SP – 2022 – MPE-SP – Promotor de Justiça Substituto)** O princípio da interpretação conforme a Constituição serve como mecanismo de controle de constitucionalidade, permitindo que o intérprete, sobretudo, o Tribunal Constitucional, preserve a validade de uma lei que, em uma primeira leitura, pareceria inconstitucional.

Gabarito: CORRETO.

b) Técnica da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto: é utilizada para considerar inconstitucional determinada hipótese de aplicação da lei, sem proceder a qualquer alteração do seu texto normativo.

Tal técnica **possibilita ao STF excluir determinadas hipóteses de aplicação da norma, que aparentemente seriam factíveis e que a levaria a uma inconstitucionalidade.** O STF considera inválida a aplicação ou incidência da norma legal sobre determinada situação, sem impedir a sua incidência legítima relativamente a outras situações.

Ex.: no julgamento da ADI 1.946, o STF declarou a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do art. 14 da EC 20/98, que instituiu o teto para os benefícios previdenciários do RGPS, para excluir sua aplicação ao benefício do salário da licença gestante, que deve ser pago sem sujeição a teto e sem prejuízo do emprego e do salário.

c) Apelo ao legislador: nesse caso, o STF rejeita a inconstitucionalidade da norma, mas pronuncia, em face de uma deficiência da norma impugnada, uma possível conversão dessa situação ainda constitucional num estado de inconstitucionalidade, caso não se edite uma nova norma capaz de corrigir essa situação imperfeita. Tal medida, contudo, não obriga juridicamente o órgão legislativo a legislar, não havendo, portanto, imposição de legiferação.

A técnica do apelo ao legislador consiste, assim, em uma decisão de rejeição de inconstitucionalidade que está vinculada, contudo, a um pedido ao legislador para que este adote as medidas corretivas. Caso o legislador não atenda ao apelo, porém, a lei declarada ainda constitucional continuará válida até que o STF seja provocado para que profira nova decisão.

d) Técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade: técnica adotada pelo STF quando a situação que ensejou a propositura da ação direta se mostrar absolutamente inalterada

em razão do estado de fato consolidado ou possibilitar um agravamento no seu estado de inconstitucionalidade caso pronunciados os seus efeitos.

7.6.2 Princípio da parcelaridade

O princípio da parcelaridade aplica-se ao controle concentrado. Isso significa dizer que o STF pode julgar parcialmente o pedido de declaração de inconstitucionalidade para reconhecer como inconstitucional apenas uma expressão, palavra, ou uma frase, não havendo necessidade de declarar inconstitucional a integralidade de um artigo, parágrafo, inciso ou alínea.

8. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE (ADC)

8.1. Competência

A Ação Declaratória de Constitucionalidade foi introduzida no direito brasileiro por meio da EC n.º 03/1993. Trata-se de uma ação direta de controle concentrado que visa declarar a constitucionalidade de leis ou atos normativos federais que estejam em consonância com a Constituição.

Sabe-se que toda lei e todo ato normativo nasce com uma presunção relativa de constitucionalidade (presunção *juris tantum*). A finalidade da ADC é transformar a presunção de constitucionalidade relativa em presunção de constitucionalidade absoluta (presunção *jure et de jure*) das leis e atos normativos federais, acabando com o estado de incerteza e insegurança jurídica do ordenamento.

Além de previsão constitucional, a ADC também é tratada na Lei n.º 9.868/99, a mesma lei que cuida da ADI.

8.2. Legitimidade *ad causam*

A legitimidade para propor a ADC é a mesma da ADI, desde a EC n.º 45/2004.

Todos os comentários realizados quanto aos legitimados para a ADI são aplicados aqui.

8.3. Competência

A competência para o julgamento da ADC é do Supremo Tribunal Federal.

8.4. Parâmetro e objeto

O parâmetro de controle na ADC são todas as normas vigentes na Constituição Federal de 1988, aplicando-se os mesmos comentários realizados quando da análise do parâmetro da ADI.

Em relação ao objeto, contudo, há uma diferença: **a ADC é apta a controlar a constitucionalidade de leis e atos normativos federais** (não engloba os atos estaduais).

Assim, deve-se fixar essa diferença: enquanto o objeto de controle da ADI engloba leis e atos normativos federais e estaduais (e também distritais), a ADC tem como objeto de controle apenas as leis e atos normativos federais.

Mas há uma exigência específica: existência de **controvérsia judicial relevante**, conforme será tratado adiante.

8.5. Procedimento

Conforme o art. 14 da Lei n.º 9.868/99, a petição inicial indicará:

- o dispositivo da lei ou do ato normativo questionado e os fundamentos jurídicos do pedido;
- o pedido, com suas especificações;
- a **existência de controvérsia judicial relevante** sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.

Mas o que significa controvérsia judicial relevante?

Para o cabimento da ADC, deve-se demonstrar que está havendo um verdadeiro estado de incerteza e insegurança jurídica no controle difuso-incidental, ou seja, deve estar demonstrado que o Poder Judiciário ora vem entendendo a lei ou ato normativo federal como constitucional, ora como inconstitucional. A controvérsia não pode ser doutrinária. Admite-se uma controvérsia, ainda, entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo.

De acordo com o STF:

> (...) O ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade, que faz instaurar processo objetivo de controle normativo abstrato, supõe a existência de efetiva controvérsia judicial em torno da legitimidade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal. Sem a observância desse pressuposto de admissibilidade, torna-se inviável a instauração do processo de fiscalização normativa "in abstrato", pois a inexistência de pronunciamentos judiciais antagônicos culminaria por converter, a ação declaratória de constitucionalidade, em um inadmissível instrumento de consulta sobre a validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal, descaracterizando, por completo, a própria natureza jurisdicional que qualifica a atividade desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal. – O Supremo Tribunal Federal firmou orientação que exige a comprovação liminar, pelo autor da ação declaratória de constitucionalidade, da ocorrência, "em proporções relevantes", de dissídio judicial, cuja existência – precisamente em função do antagonismo interpretativo que dele resulta – faça instaurar, ante a elevada incidência de decisões que consagram teses conflitantes, verdadeiro estado de insegurança jurídica, capaz de gerar um cenário de perplexidade social e de provocar grave incerteza quanto à validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal. (ADC n.º 08, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 13.10.1999).

O STF firmou ainda o entendimento de que **o requisito relativo à existência de controvérsia judicial relevante deve ser qualitativo (e não quantitativo),** conforme julgamento em ADI 5316/MC, de 21/05/2015. A análise, portanto, não deve estar adstrita unicamente ao número de decisões judiciais num ou noutro sentido, mas sim à estatura constitucional do diploma que estaria sendo invalidado pelas instâncias inferiores (no caso concreto, tratava-se de uma emenda constitucional) e da potencialidade de decisões similares virem a se proliferar pelos Estados-Membros, configurando real ameaça à presunção de constitucionalidade do ato normativo federal.

A petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente será liminarmente indeferida pelo relator, cabendo agravo para o Pleno dessa decisão (art. 15).

Assim como na ADI, também não se admite desistência na ADC quando proposta a ação (art. 16).

Na ADC, por óbvio, não há participação do AGU como defensor da lei, e nem irá para a autoridade responsável pela edição da lei ou do ato normativo federal. Seguirá, então, para o PGR, que deverá se pronunciar no prazo de quinze dias. Vale ressaltar que o PGR pode emitir parecer contra a constitucionalidade da lei ou ato normativo federal mesmo que ele próprio tenha ajuizado a ação.

Após a participação do PGR, o relator lançará o relatório, com cópia para todos os ministros, e pedirá dia para julgamento.

Assim como na ADI, na ADC também está prevista a possibilidade de o relator requisitar **informações adicionais, designar perito e comissão de peritos**, designar **audiência pública** para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria (art. 20, §1º), além de poder **solicitar informações aos Tribunais Superiores**, aos Tribunais Federais e aos Tribunais Estaduais acerca da aplicação da norma questionada no âmbito da sua jurisdição (art. 20, §2º). Todas essas providências devem ser realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator (art. 20, §3º).

Na ADC, também não se admite a intervenção de terceiros (art. 18). Mas, **apesar de ausência de previsão legal expressa do *amicus curiae* na ADC, entendimento doutrinário e jurisprudencial do STF admitem a sua participação no processo,** devendo-se aplicar, nesse caso, as mesmas observações realizadas quando da análise da ADI.

8.5.1. Da medida cautelar em Ação Direta de Constitucionalidade

O art. 21 da Lei n.º 9.868/99 traz a possibilidade de concessão de medida cautelar em ADC. Assim, o STF, **por decisão da maioria absoluta** de seus membros, poderá 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 o seu julgamento definitivo.

A medida cautelar na ADC tem um **prazo de validade estabelecido de cento e oitenta dias.** Caso o STF não julgue a ação neste prazo, a medida cautelar poderá perder a sua eficácia, conforme parágrafo único do art. 21. A perda do efeito da medida liminar não é automática e o STF já se manifestou, inclusive, pela possibilidade de sua prorrogação (STF, ADC-18, Rel. Min. Celso de Mello).

Os efeitos da medida cautelar são ***ex nunc* (em regra), *erga omnes* e vinculante**. Já houve situações excepcionais, contudo, em que o STF conferiu efeito *ex tunc.*

Por fim, registre-se que **o STF entende que é possível a aplicação do procedimento abreviado da ADI (art. 12, da Lei n.º 9.868/99) na ADC, convertendo o julgamento da medida cautelar pelo pleno do Tribunal em julgamento definitivo de mérito** (STF, ADC-33, Rel. Min. Gilmar Mendes).

8.6. Decisão e efeitos

O julgamento de ADC segue a mesma lógica do julgamento da ADI: **quórum para julgamento de 8 (oito) ministros (dois terços dos membros); quórum para decisão de 6 (seis) ministros (maioria absoluta).**

Os efeitos da decisão em sede de ADC são: ***erga omnes* (eficácia contra todos); *ex tunc*; vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e Distrital.**

A decisão de ADC começa a produzir seus efeitos a partir da publicação da ata de decisão no Diário da Justiça da União.

No geral, registre-se que as decisões em sede de ADC também são reguladas pelos arts. 22 a 28 da Lei n.º 9.868/99, de modo que se aplicam as mesmas observações quando do tratamento da ADI.

Por fim, destaca-se que **o STF entende que é possível a modulação dos efeitos da decisão em ADC.** Lembre-se que o art. 27 da Lei n.º 9.868/99 inicia o texto mencionando "ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (...)". Deve-se levar em consideração o caráter dúplice (ou ambivalente) das ADIs e

ADC, de modo que a procedência de uma gera a improcedência da outra. Assim, caso a ADC seja julgada improcedente, significa que a norma questionada é inconstitucional, admitindo-se, neste caso, a modulação dos efeitos da decisão.

QUESTÃO DE CONCURSO

(**FAURGS – 2022 – TJ-RS – Juiz Substituto)** Em sede de jurisdição constitucional abstrata, a chamada modulação de efeitos já foi excepcionalmente admitida em caso de decisão declaratória de constitucionalidade de atos normativos.

Gabarito: CORRETO.

9. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ADO)

9.1. Considerações Iniciais

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) é ação que instaura o controle concentrado-principal perante o STF com o intuito de declarar a inconstitucionalidade de uma omissão dos Poderes Públicos em não tornar efetiva a norma constitucional. Visa, assim, combater a **síndrome de inefetividade das normas constitucionais.**

Tem previsão constitucional no art. 103, §2º, abaixo transcrito:

> **Art. 103, § 2º, CF/88 -** 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 trinta dias.

A ADO está disciplinada também nos arts. 12-A a 12-H da Lei n.º 9.868/99.

9.2. Legitimidade *ad causam*

O art. 12-A da Lei n.º 9.868/99 estabelece que podem propor a ADO **os mesmos legitimados à propositura da ADI e da ADC,** de modo que se aplicam as considerações já realizadas.

9.3. Competência

A competência para o julgamento da ADO é do **Supremo Tribunal Federal.**

9.4. Parâmetro e objeto

Na ADO, não se analisa a inconstitucionalidade de uma norma infraconstitucional, mas sim a inconstitucionalidade da ausência de uma norma infraconstitucional, fato que inviabiliza a implementação de uma norma da Constituição.

Assim, o **parâmetro** da ADO são as normas constitucionais que necessitam da intermediação de leis e atos normativos infraconstitucionais. Por isso, conforme o STF, **cabe ADO somente em relação à norma constitucional de eficácia limitada,** devendo o leitor estar atento à classificação apresentada por José Afonso da Silva, estudada no capítulo referente às normas constitucionais.

O **objeto** da ADO são as **omissões normativas dos Poderes Públicos que inviabilizam a implementação de norma constitucional,** podendo ser a falta da norma infraconstitucional (omissão total) ou a incompletude (insuficiência ou deficiência) de alguma norma infraconstitucional (omissão parcial).

Segundo o STF, **não cabe ADO se a omissão for de ato concreto**, só cabendo em relação a ato normativo primário ou secundário.

Atualmente, o STF entende que a omissão deliberativa, em prazo razoável, de projeto de lei que tramita no Poder Legislativo configura inércia suficiente a ensejar o conhecimento e julgamento da ADO, uma vez que **a mera existência de projeto de lei não afasta a mora legislativa.**

9.5. Procedimento

Previamente ao estudo do procedimento, devem ser apresentadas as espécies de ADO, uma vez que influenciará na análise procedimental.

Assim, a ADO tem duas espécies:

- **ADI por omissão total:** ocorre quando há falta de lei ou ato normativo para viabilizar direitos constitucionalmente previstos;

- **ADI por omissão parcial**: neste caso, existe lei, porém esta é insuficiente para viabilizar os direitos constitucionalmente previstos. Ela se subdivide em:

- **ADI por omissão parcial propriamente dita**: a lei existe, mas não consegue viabilizar os direitos constitucionalmente previstos de forma adequada ou satisfatória. Cita-se como exemplo o art. 7º, IV da CF/88. A lei existe, mas o valor do salário mínimo não é suficiente para atender todos os direitos previstos no dispositivo constitucional (atendimento das necessidades vitais básicas do trabalhador e às da sua família, com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social);

- **ADI por omissão parcial relativa**: a lei existe, sendo suficiente e adequada para viabilizar o direito constitucionalmente previsto, mas ela não atinge todos que ela deveria atingir. A insuficiência, assim, não é no ato normativo em si, mas sim no seu alcance. Pode-se mencionar como exemplo uma lei que traga um benefício apenas para parcela dos servidores públicos federais, enquanto há outros servidores públicos federais na mesma situação e que não foram contemplados.

Apresentadas as espécies de ADO, parte-se para a análise do procedimento.

O art. 12-B estabelece que a petição indicará: a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa; e o pedido, com suas especificações.

A petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente será liminarmente indeferida pelo relator, cabendo agravo da decisão ao Pleno (art. 12-C).

Proposta a ADO, não se admitirá desistência (art. 12-D). O procedimento seguirá basicamente o trâmite da ADI e ADC, conforme art. 12-E. Assim, seguindo uma síntese procedimental apresentada por Bernardo Gonçalves Fernandes (2020, p. 1944), têm-se os seguintes passos:

ATENÇÃO

1) Legitimado ativo propõe a ADO; **2)** O relator faz o juízo de admissibilidade; **3)** Caso admitida, as autoridades prestarão informações no prazo de trinta dias; **4)** Há possibilidade de manifestação do AGU, em quinze dias; **5)** O PGR, nas ações em que não for autor, terá vista pelo prazo de quinze dias; **6)** há possibilidade de informações adicionais; **7)** o relator lança o relatório e solicita dia para julgamento; **8)** enfim, há a decisão.

Em relação ao passo 3: na ADI por omissão total, a autoridade deverá prestar informações explicando os motivos da inexistência da lei (o porquê da omissão); na ADI por omissão parcial, a autoridade deverá prestar informações sobre a insuficiência ou não da lei.

Em relação ao passo 4: na ADI por omissão total, o AGU não deveria participar, uma vez que não há lei para ele defender; na ADI por omissão parcial, o AGU deve participar porque existe a lei, e ele, como seu defensor, defenderá a lei existente. Conforme Bernardo Gonçalves Fernandes (2020, p. 1945), trata-se da leitura mais adequada do art. 103 e do §2º do art. 12-E, que afirma que "o relator poderá solicitar a manifestação do Advogado-Geral da União, que deverá ser encaminhada no prazo de 15 (quinze) dias".

O *amicus curiae* pode participar nas duas modalidades de ADO (por omissão total ou mesmo parcial), podendo haver ainda a participação de peritos ou comissão de peritos, audiências públicas etc., tal como previsto para a ADI e ADC.

Por fim, destaca-se uma novidade que a lei trouxe para a ADO: **possibilidade expressa de que os demais titulares legitimados se manifestem, por escrito, sobre o objeto da ação e peçam a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais.** A previsão está contemplada no §1º do art. 12-E.

9.5.1. Da medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

O art. 12-F prevê:

> **Art. 12-F.** Em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observado o disposto no art. 22, poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias.

Como na ADI, a medida cautelar deverá ser concedida por **decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal (quórum para decisão),** exigindo-se a **presença na sessão de pelo menos oito ministros (quórum para sessão de julgamento).**

A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal (§1º do art. 12-F).

Frise-se que **o STF já decidiu que, no caso da omissão total, os efeitos da cautelar poderão consistir na antecipação da declaração de mora do Poder Público** (STF, ADO 24-MC, Rel. Min. Dias Toffoli).

O relator, julgando indispensável, poderá ouvir o PGR, no prazo de três dias úteis (§2º do art. 12-F).

No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela omissão inconstitucional, na forma estabelecida no Regimento Interno do STF.

QUESTÃO DE CONCURSO

(**MPE-SP – 2022 – MPE-SP – Promotor de Justiça Substituto)** Cabe medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, mediante manifestação dos órgãos e autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, sendo-lhes facultada sustentação oral no julgamento do pedido de medida cautelar.

Gabarito: CORRETO.

Por fim, o art. 12-G estabelece que, concedida a medida cautelar, o STF fará publicar, em seção especial do DOU e do DJU, a parte dispositiva da decisão no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade ou ao órgão responsável pela omissão inconstitucional.

9.6. Decisão e efeitos

O julgamento da ADO – por omissão total ou parcial – segue a mesma lógica da ADI presentes nos arts. 22 a 28 da Lei n.º 9.868/99. Assim, a decisão somente será tomada se **presentes na sessão pelo menos oito ministros (quórum para sessão de julgamento)**, proclamando-se a inconstitucionalidade pelo **voto de pelo menos seis ministros (quórum para decisão).**

O §2º do art. 103 da CF/88 estabelece **distintos efeitos** para o poder competente e para o órgão administrativo:

- **ao poder competente**, será dada ciência para adoção das providências necessárias, sem definição de prazo para tanto. Pode-se afirmar, assim, que é adotada a **tese de cunho não-concretista** (estudada no mandado de injunção).
- **ao órgão administrativo**, fixou-se o dever de suprir a omissão da medida no prazo de trinta dias. Neste quesito, a Lei n.º 9.868/99, em seu art. 12-H, §1º, fixou ainda a possibilidade de as providências serem adotadas em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo STF, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido.

Se o órgão administrativo não suprir a mora no prazo, poderá incorrer em crime de responsabilidade, por descumprimento flagrante da Constituição.

Para o Poder Legislativo, conforme acentuado, não há prazo expresso para a supressão da mora. Contudo, pode-se afirmar que a jurisprudência do STF vem, paulatinamente, criando novas soluções para a mora do Poder Legislativo.

Em 09/05/2007, no julgamento da ADI 3.682 (que tratava da necessidade de edição de lei complementar exigida no art. 18, §4º da CF/88, como um dos requisitos para criação de municípios), o STF adotou posição que indica uma ruptura com as suas decisões tradicionais em sede de ADO, no caso de omissão total, passando a reconhecer como conduta omissa a ***inertia deliberandi*** (em relação à discussão e votação de projeto de lei que tramita no Poder Legislativo).

Antes a inércia referia-se apenas à apresentação do projeto de lei, de modo que, apresentado o projeto, afastava-se a omissão. Passou-se a reconhecer que a ausência de deliberação em prazo razoável também configura omissão. Ademais, o STF não apenas deu ciência ao Poder Legislativo, mas também concedeu prazo para que o legislador suprisse a mora (estabelecimento de um parâmetro temporal razoável).

Assim, o STF pode estabelecer prazo para a supressão da mora, mesmo não havendo previsão normativa.

A fixação de prazo foi novamente estabelecida, por exemplo, na ADO nº 24, julgada em 1º/7/2013. Tratava-se da necessidade de elaboração de lei de defesa do usuário de serviços públicos, tendo a EC n.º 19/98 fixado o prazo de 120 dias. O Ministro Dias Toffoli entendeu que a inércia na apreciação dos projetos de lei se mostrava inaceitável, uma vez que tal omissão seria uma afronta à Constituição. Fixou, dessa forma, o prazo de 120 dias para que o Congresso Nacional elaborasse a lei. Registre-se, contudo, que apenas em 2017 sobreveio a referida lei (Lei n.º 13.460/17).

Novos avanços na jurisprudência do STF foram verificados nas ADO nºs 25 e 26.

Na ADO n.º 25, julgada em 30/11/2016, o STF adotou, pela primeira vez, a **tese concretista intermediária** (típica do mandado de injunção), fixando-se prazo para a supressão da mora e, caso o legislador não respeitasse, o direito seria concretizado.

No caso, discutia-se a regulamentação dos critérios de compensação para os Estados no que tange ao ICMS, o que deveria ser editado por lei complementar, conforme art. 91 do ADCT. O STF fixou prazo de 12 meses para que o Legislativo produzisse a lei e, para o caso de não produção, estabeleceu procedimentos que deveriam ser adotados pelo TCU.

Na ADO n.º 26, julgada em junho de 2019, acerca da criminalização da homofobia e transfobia, o STF avançou, adotando a **tese concretista direta**, ao decidir que até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da CF/88, as condutas homofóbicas e transfóbicas estariam subsumidos aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente (Lei n.º 7.716/1989), uma vez que os atos de homofobia e transfobia constituem manifestações de racismo, compreendido em sua dimensão social, ou seja, o denominado racismo social, nos dizeres do Min. Relator Celso de Mello.

Assim, verifica-se que o STF, de 2007 a 2019, evoluiu paulatinamente, passando pelas teses de cunho não-concretista, concretista intermediária e, finalmente, a tese concretista direta, revelando um avanço comportamental da Suprema Corte diante das omissões e no combate às inércias legislativas.

Passa-se, agora, à análise dos efeitos da decisão em sede de ADO parcial.

No caso da ADO parcial, uma vez que existe a lei (embora insuficiente ou insatisfatória), o seu provimento se assemelhará ao provimento de uma ADI (nessa situação, pode-se falar em uma **relativa fungibilidade entre ADI e ADO, admitida pela atual jurisprudência do STF).**

Assim, no caso de inconstitucionalidade de uma lei por omissão inconstitucional parcial em ADO, devem ser atribuídos os efeitos ***ex tunc*** (retroativos), ***erga omnes*** (contra todos) e **vinculantes** em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Púbica, direta e indireta, dos entes federativos.

Em alguns casos, porém, o STF excepciona a regra e, mesmo reconhecendo a inconstitucionalidade de certa lei por omissão inconstitucional parcial (por ela ser insuficiente ou insatisfatória), não pronuncia a sua nulidade, pois isso poderia agravar o estado de inconstitucionalidade. Deve-se adotar, nestas situações, a **declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.**

10. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE INTERVENTIVA (ADI INTERVENTIVA)

10.1. Considerações Iniciais

A Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (ADI Interventiva) tem origem na CF/1934, então designada como **representação interventiva**, que era confiada exclusivamente ao Procurador-Geral da

República, sujeita à competência exclusiva do STF e manejada nas hipóteses de ofensa aos princípios constitucionais sensíveis pelos Estados-Membros.

Suprimida pela CF/1937, ela foi restabelecida pela CF/1946, mantendo-se nas demais Constituições. Atualmente, **o seu fundamento constitucional é o art. 36, III da CF/88.**

A ADI Interventiva é disciplinada, ainda, na Lei n.º 12.562/11.

A ADI Interventiva é uma ação do controle de constitucionalidade concentrado-abstrato cuja finalidade é declarar a inconstitucionalidade de conduta (comissiva ou omissiva) praticada por um Estado ou pelo Distrito Federal que ofenda algum **princípio constitucional sensível** (art. 34, VII, CF/88).

De acordo com Bernardo Gonçalves Fernandes (2020, p. 1953), a ADI Interventiva possui uma dupla finalidade:

- **finalidade jurídica,** que é a declaração pelo STF da inconstitucionalidade da conduta do Estado ou do Distrito Federal;
- **finalidade política,** que é ser pressuposto para a decretação de intervenção federal pelo Presidente da República nas hipóteses do art. 34, VIII, da CF/88.

10.2. Legitimidade *ad causam*

O **Procurador-Geral da República** é o único legitimado ativo para a ADI Interventiva.

De acordo com Dirley da Cunha Jr. (2022, p. 314), o PGR, na ADI Interventiva, atua como substituto processual, agindo em nome próprio, mas na defesa de toda a coletividade.

Contrariamente às ações de controle concentrado estudadas até o momento (em que há um processo objetivo, sem legitimado passivo), na ADI Interventiva há um legitimado passivo: a ação é proposta contra o ente federativo (Estado ou DF) responsável pela violação a algum dos princípios constitucionais sensíveis. A representação judicial do ente federativo acionado será exercida pela respectiva Procuradoria-Geral, conforme art. 132 da CF/88. Caso o pedido de intervenção federal compreenda o Poder Legislativo do Estado ou do DF, a representação judicial caberá ao procurador do órgão.

O STF entende que o PGR não está obrigado a ajuizar a ADI Interventiva no caso de ter conhecimento de que um ente federativo está descumprindo principio constitucional sensível. O PGR tem **discricionariedade** em sua atuação e, registre-se, não há que se falar em subsidiariedade

10.3. Competência

A competência é exclusiva do **Supremo Tribunal Federal.**

10.4. Parâmetro e objeto

A ADI Interventiva tem como **parâmetro os princípios constitucionais sensíveis**, que são aqueles delineados no **art. 34, VII, da CF/88**: 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 desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

A Lei n.º 12.562/2011, que regulamenta o inciso III do art. 36 da CF/88, prevê, como **objeto** da ADI Interventiva, **o ato normativo, o ato administrativo, o ato concreto ou a omissão, desde que imputados a órgãos ou autoridades do Estado ou do Distrito Federal.** Assim, e nos termos do quanto afirmado por Dirley da Cunha Jr., o objeto da ADI Interventiva é "toda ação ou omissão, normativa ou não-normativa, administrativa ou concreta, jurídica ou material, que viola os princípios constitucionais sensíveis" (2022, p. 316).

A intervenção federal é medida excepcional e de extrema gravidade e, por isso, a representação interventiva somente deve ser julgada procedente nos casos de manifesto propósito das autoridades do Estado e do DF de violarem os princípios constitucionais sensíveis e da permanência dos graves fatos que ensejaram a propositura da ação. Conforme o STF:

> (...) enquanto medida extrema e excepcional, tendente a repor estado de coisas desestruturado por atos atentatórios à ordem definida por princípios constitucionais de extrema relevância, não se decreta intervenção federal quando tal ordem já tenha sido restabelecida por providências eficazes das autoridades competentes (STF, Pleno, IF 5179/DF, Rel. Min. Cesar Peluso).

10.5. Procedimento

Nos termos do art. 36, III, da CF/88, o PGR, na hipótese de inobservância dos princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VIII, da CF/88), pode propor representação interventiva perante o STF. Caso procedente, o provimento ensejará a decretação de intervenção federal pelo Presidente da República.

Conforme o art. 3º da Lei n.º 12.562/11, a petição inicial deverá conter: a indicação dos princípios constitucionais que se considera violados ou, se for o caso de recusa à aplicação de lei federal, das disposições questionadas; a indicação do ato normativo, do ato administrativo, do ato concreto ou da omissão questionados; a prova da violação do princípio constitucional sensível ou da recusa de execução de lei federal; o pedido, com suas especificações.

A petição inicial será indeferida liminarmente pelo relator, quando: não for o caso de representação interventiva, faltar algum dos requisitos estabelecidos na lei ou for inepta, cabendo, da decisão de indeferimento, agravo no prazo de 5 dias (art. 4º).

Logo após recebida a petição inicial (caso não haja pedido de liminar), o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, que as prestarão em até 10 dias. Após tal prazo, serão ouvidos, sucessivamente, o AGU e o PGR, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de 10 dias. O relator deverá tentar dirimir o conflito que dá causa ao pedido, utilizando-se dos meios que julgar necessários, na forma do Regimento Interno do STF (art. 6º, §§1º e 2º).

Na ADI Interventiva, também há a possibilidade de o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos ou fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria. Poderão ser autorizadas ainda, a critério do relator, a manifestação e a juntada de documentos por parte de interessados no processo (art. 7º, *caput* e parágrafo único).

Ao fim, o relator lançará relatório, com cópia para todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento (art. 8º).

10.5.1. Da medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva

O STF, por **decisão da maioria absoluta de seus membros,** poderá deferir pedido de medida liminar na representação interventiva.

O relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o AGU ou o PGR, no prazo comum de cinco dias.

A liminar poderá consistir na determinação de que se suspenda o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais ou administrativas ou de qualquer outra medida que apresenta relação com a matéria objeto da representação interventiva.

Após a apreciação do pedido liminar, o procedimento segue o fluxo apresentado acima: solicitação de informações às autoridades responsáveis pela prática do ato; oitiva do AGU e PGR; possibilidade de requisição de informações adicionais, designação de perito ou comissão de peritos, designação de audiência pública etc.

10.6. Decisão e efeitos

Como nas demais ações do controle concentrado, a decisão em sede de ADI Interventiva somente será tomada se **presente na sessão pelo menos oito ministros (quórum para sessão de julgamento),** proclamando-se a procedência ou improcedência do pedido formulado na representação interventiva pelo **voto de pelo menos seis ministros (quórum para decisão).**

Julgada a ação, as autoridades ou os órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados serão comunicados. Se a decisão final for pela procedência do pedido, **o Presidente do STF comunicará ao Presidente da República para que este decrete a intervenção federal** no Estado ou no DF, no prazo improrrogável de até quinze dias. Neste caso, **o Presidente da República, conforme entendimento majoritário, está obrigado a decretar a intervenção.**

Conforme estudado quando da análise da intervenção federal, o decreto de intervenção especificará a amplitude, o prazo e as condições de execução e, se couber, nomeará interventor. O decerto limita-se a suspender a execução do ato impugnado, caso essa medida seja suficiente ao restabelecimento da normalidade.

Nesse caso de intervenção federal, não há controle político por parte do Congresso Nacional.

A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido a representação interventiva **é irrecorrível**, sendo insuscetível de impugnação por ação rescisória.

A parte dispositiva da decisão será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do DOU, dentro do prazo de dez dias, contado a partir do trânsito em julgado da decisão.

11. AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF)

11.1. Considerações Iniciais

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é uma inovação da CF/88.

Trata-se de uma ação do controle concentrado no STF, com o intuito de evitar ou reparar lesão a preceito fundamental da Constituição em virtude de ato do Poder Público ou de controvérsia constitucional em relação à lei ou a ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive os anteriores à Constituição.

Tem previsão no art. 102, §1º da CF/88, e é regulamentada pela Lei n.º 9.882/99.

Havia, no âmbito do STF, uma ADI questionando a constitucionalidade da lei da ADPF. A Suprema Corte, em 2023, afirmou que a Lei n.° 9.882/99, que dispõe sobre o processo e julgamento desta ação, é constitucional, ressaltando que o referido diploma foi editado em estrita observância à ordem constitucional e representa verdadeiro marco na mudança do tipo de fiscalização realizada pela Suprema Corte, com ênfase na tutela dos preceitos fundamentais não amparados pelos outros meios de controle concentrado de constitucionalidade. (STF. Plenário. ADI 2231/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 22/05/2023, Info 1095).

11.2. Legitimidade *ad causam*

Os legitimados para a propositura da ADPF são os mesmos da ADI, consoante art. 2º, I, da lei, devendo-se observar os mesmos comentários já realizados.

O art. 2º, II, da Lei n.º 9.882/99 havia previsto a legitimação para qualquer pessoa lesada ou ameaçada de lesão por ato do Poder Público, mas foi vetado pelo Presidente da República.

11.3. Competência

A competência para julgar a ADPF é do **Supremo Tribunal Federal.**

11.4. Modalidades de ADPF

Conforme a doutrina, há duas modalidades de ADPF, as quais se encontram previstas na Lei n.º 9.882/99. São elas:

ADPF AUTÔNOMA	ADPF INCIDENTAL
É uma ação direta de controle concentrado-principal de constitucionalidade típica, proposta por um dos legitimados perante o STF, destinada à defesa objetiva dos preceitos constitucionais fundamentais ameaçados ou lesados por ato do Poder Público. Conforme o *caput* do art. 1º da Lei n.º 9.882/99 tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.	É uma ação de controle concentrado proposta por um dos legitimados perante o STF, no bojo de um processo judicial em curso perante as instâncias ordinárias, em razão da presente de uma controvérsia constitucional relevante. Conforme o parágrafo único do art. 1º da Lei n.º 9.882/99, é cabível quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à CF/1988.

Acerca da **ADPF incidental**, Luís Roberto Barroso (2019, p. 358-359) registra que a ação pressupõe, primeiramente, a **existência de uma demanda concreta já submetida ao Poder Judiciário.** Ademais, além da **subsidiariedade** e da **ameaça ou lesão a preceito fundamental, deve ser relevante o fundamento da controvérsia constitucional e deve se tratar de lei ou ato normativo** (e não qualquer ato do Poder Público).

O nome **incidental** se deve ao fato de ela se originar a partir de incidentes no controle difuso-concreto. Conforme Bernardo Gonçalves Fernandes (2020, p. 1960), trata-se de uma busca por antecipação de etapas, através do qual **um dos legitimados do art. 103 da CF/88, observando que há a discussão de uma lei (federal, estadual, municipal ou até mesmo anterior à Constituição) no caso concreto – a qual pode estar ferindo um preceito fundamental – ajuíza a ADPF perante o STF, para que este se posicione sobre a constitucionalidade ou não da espécie normativa que é objeto de discussão no caso concreto.**

Há uma discussão acerca da ADPF incidental quanto a se tratar de um processo de cunho subjetivo ou objetivo. Dirley da Cunha Jr., por exemplo, afirma tratar-se de uma "ação judicial de controle concreto de constitucionalidade, suscitada em razão de um processo subjetivo onde se controverte, com fundamentos relevantes, acerca da aplicação de lei ou ato do poder público contestado em face de um preceito constitucional fundamental" (2022, p. 376). Para o autor, tal espécie de ADPF consistiria em um processo de cunho subjetivo em virtude de ser derivada em incidentes presentes no controle difuso-concreto.

Bernardo Gonçalves Fernandes (2020, p. 1960-1961), por outro lado, alerta que **a posição majoritária parece entender que mesmo a ADPF incidental é considerada (apesar de sua origem) um processo de cunho objetivo,** ajuizado por um dos legitimados do art. 103 da CF/88, que busca preservar objetivamente a ordem constitucional contra usurpações em preceitos fundamentais dessa ordem. Nesse sentido, o autor realça, inclusive, o posicionamento firmado pelo STF na ADPF n.º 54.

11.5. Parâmetro e objeto

O parâmetro da ADPF são os preceitos fundamentais. **E o que são preceitos fundamentais?**

Há uma corrente minoritária que afirma que todas as normas da Constituição são preceitos fundamentais. Contudo, **a corrente majoritária, e adotada pelo STF, afirma que nem todas as normas constitucionais são consideradas preceitos fundamentais.**

Diante do silêncio legislativo, a doutrina trabalhou o desenvolvimento do seu conceito.

Para Dirley da Cunha Jr., por exemplo, preceito fundamental seria "toda norma constitucional – norma-princípio e norma-regra – que serve de fundamento básico de conformação e preservação da ordem jurídica e política do Estado" (2022, p. 340). O autor registra, como consenso doutrinário, as seguintes normas: **os princípios fundamentais do Título I da CF/88, os direitos e garantias fundamentais, os princípios constitucionais sensíveis e as cláusulas pétreas** (2022, p. 342-343).

Luís Roberto Barroso (2019, p. 361) também propõe tal catálogo inicial exemplificativo de normas constitucionais que devem, inegavelmente, ser reconhecidas como preceitos fundamentais. O critério axiológico é, portanto, essencial para a sua definição.

Gustavo Binenbojm (2014, p. 248), partindo também do critério axiológico, engloba os princípios fundamentais, os direitos e garantias fundamentais, os princípios que estruturam o sistema de repartição de poderes e a federação, além dos princípios gerais da ordem econômica.

Gabriel Dias Marques da Cruz, por sua vez, acrescenta a ideia de previsão de uma cláusula de abertura como critério de reconhecimento da historicidade dos preceitos fundamentais que, conforme o autor, permite a sua constante renovação e serve a dois propósitos: primeiro, "acomodar distintas inclinações teóricas que vêem uma diversidade de temas presentes na Constituição como preceitos fundamentais, sendo, no particular, essencialmente variável o grau de precisão alcançado a respeito" (2011, p. 55); segundo, "acomodar, igualmente, a noção de historicidade dos preceitos fundamentais, os quais podem variar no

decorrer do tempo, evitando uma interpretação que impeça o reconhecimento de novas categorias de direitos que mereçam ser alvo de tutela especial" (2011, p. 55).

Qual é o posicionamento do STF acerca da definição de preceitos fundamentais?

Colacionando a jurisprudência do STF, podem-se identificar os seguintes preceitos fundamentais:

PRECEITOS FUNDAMENTAIS RECONHECIDOS PELO STF
a) Princípios fundamentais (art. 1º ao 4º);
b) Direitos e garantias fundamentais típicos (art. 5º ao 17);
c) Direitos e garantias fundamentais atípicos:
- previstos em outras disposições da CF/1988, como os arts. 170 (fundamentos e princípios da ordem econômica), 196 (direito à saúde), 205 (direito à educação), 225 (direito ao meio ambiente), etc.
- previstos de forma implícita;
- construídos pela jurisprudência do STF;
- previstos em Tratados Internacionais de Direitos Humanos com hierarquia constitucional;
d) Princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII);
e) Cláusulas pétreas expressas e implícitas.

Quanto ao objeto da ADPF, deve-se distinguir quanto às duas modalidades de ADPF:

OBJETO DA ADPF AUTÔNOMA	OBJETO DA ADPF INCIDENTAL
- **Espécies normativas do art. 59 da CF/88,** como leis complementares, ordinárias e medidas provisórias e outros **atos normativos primários**, como os Decretos Autônomos (art. 84, VI, CF/88); - **Atos normativos secundários,** como os Decretos Regulamentares (art. 84, IV, CF/88); - **Atos administrativos;** - **Atos e decisões judiciais;** - **Leis e atos de efeito concreto;** - **Omissões do Poder Público.**	- **Espécies normativas do art. 59 da CF/88**, como leis complementares, ordinárias e medidas provisórias e outros **atos normativos primários**, como os Decretos Autônomos (art. 84, VI, CF/88); - **Atos normativos secundários,** como os Decretos Regulamentares (art. 84, IV, CF/88); OBS: Vê-se, portanto, que **o objeto da ADPF autônoma é mais amplo.**

O STF já entendeu que **CABE ADPF:**

a) **contra ato normativo já revogado.** Não se trata, contudo, de tema pacífico;

b) **para declarar a constitucionalidade de dispositivo de lei cuja eficácia já está exaurida.** Na ADPF 77, o STF entendeu que **cabe ADPF para declarar a constitucionalidade de dispositivo de lei cuja eficácia já foi exaurida.** Segundo a Suprema Corte, dado o seu perfil subsidiário, a ADPF se apresenta como medida processual mais adequada para afirmar a constitucionalidade do art. 38 da Lei n.º 8.880/94, dispositivo de natureza transitória e de eficácia já exaurida que instrumentalizou a instituição do Plano Real (STF. Plenário. ADPF 77/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 16/5/2019. Info. 940).

Importante destacar, ainda, o cabimento da ADPF quando se trata de controle de constitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal e no caso de lei vigente anterior à Constituição Federal em relação à qual se pretende o controle.

Por outro lado, o STF tem decisões acerca do não-cabimento da ADPF em alguns casos. São eles:

SEGUNDO O STF, NÃO CABE ADPF:

a) **Contra veto do Poder Executivo, pois se trata de ato de natureza política.** Bernardo Gonçalves Fernandes (2020, p. 1962), contudo, recomenda cautela no tema, uma vez que, na ADPF n.º 45 (que tratou da "reserva do possível", o Ministro Celso de Mello, em voto monocrático, entendeu que caberia ADPF contra veto do Poder Executivo;

b) **Contra PEC.** Lembre-se que o STF não admite o controle judicial preventivo, firmando uma única exceção, que é o caso do mandado de segurança impetrado por parlamentar;

c) **Contra súmulas, em regra.** Eduardo dos Santos (2022, p. 1415), contudo, ressalta que o STF já admitiu ADPF contra súmulas que anunciam preceitos gerais e abstratos (STF, ADPF 501-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes);

d) **Contra súmulas vinculantes,** pois há um procedimento próprio de edição, revisão e cancelamento;

e) **Contra decisão judicial transitada em julgado;**

f) **Quando for cabível ADI Estadual,** diante do princípio da subsidiariedade aplicável à ADPF. Trata-se de posicionamento recente do STF, na ADPF 534-AgR, de relatoria do Min. Celso de Mello. Definiu-se, assim, que **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 torna inadmissível, por efeito da incidência do princípio da subsidiariedade, o acesso imediato à ADPF;**

g) **Para análise aprofundada de fatos envolvendo supostas práticas ilícitas, atos de improbidade administrativa ou infrações criminais imputadas a particulares, servidores públicos ou autoridades políticas. Na ADPF 686, fixou-se que as ações de controle concentrado de constitucionalidade não podem ser usadas para substituir as vias processuais ordinárias,** sendo processos de natureza objetiva.

11.6. Princípio da Subsidiariedade da ADPF

Inicialmente, e conforme já destacado em algumas passagens, **aplica-se à ADPF o princípio da subsidiariedade,** estabelecido no art. 4º, §1º, da Lei n.º 9.882/99, nos seguintes termos:

> **Art. 4º, § 1º, Lei nº 9.882/99 -** Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

Acerca do princípio em questão, há posicionamentos doutrinários que defendem a sua inconstitucionalidade (a exemplo de André Ramos Tavares e José Afonso da Silva) e outros que defendem, além da sua constitucionalidade, a observância literal da previsão (a exemplo de Alexandre de Moraes e Zeno Veloso).

Contudo, a **corrente majoritária** (defendida, por exemplo, por Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes) entende que o art. 4º, §1º da Lei nº 9.882/99 **é constitucional, mas não deve ser interpretado de forma literal.** Para esta corrente (mista ou intermediária), o dispositivo deve ser interpretado em uma perspectiva teleológica, devendo-se buscar a finalidade do dispositivo para impedir que a ADPF seja utilizada para toda e qualquer celeuma judicial. Deve-se buscar, neste sentido, o meio mais eficaz para o alcance do

resultado pretendido. Ou seja, **se a ADPF for o meio mais eficaz para a resolução da inconstitucionalidade discutida, será cabível; por outro lado, quando for possível a utilização de outra ação ou meio tão eficaz (ou mais eficaz) que a ADPF, esta (a arguição) não será cabível (teoria da equivalência dos resultados).**

Eduardo dos Santos (2022, p. 1417) colaciona alguns posicionamentos do STF sobre o princípio da subsidiariedade da ADPF e a teoria da equivalência dos resultados, abaixo indicadas:

PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE DA ADPF E TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DOS RESULTADOS NO STF:

a) Não cabe ADPF contra lei municipal quando couber ADI no respectivo TJ. Pela teoria da equivalência dos resultados, a admissibilidade do controle de constitucionalidade estadual de leis municipais em face das Constituições estaduais afasta o acesso imediato à ADPF (STF, ADPF 100, ADPF 479 e ADPF 788);

b) se já estiver em curso Ação Cível Originária dotada de aptidão para sanar a lesividade alegada, não cabe ADPF, que deve ser extinta sem julgamento de mérito (STF, ADPF 827);

c) com base nos princípios da fungibilidade, instrumentalidade das formas e economia processual, **o STF poderá converter a ADPF em ADI (e vice-versa), se satisfeitos os requisitos para a formalização do instrumento substituto** (STF, ADPF 72). Contudo, se a ADPF tiver sido proposta por erro grosseiro, o STF não admite a fungibilidade (STF, ADPF 314);

d) é possível cumular pedidos próprios da ADPF com pedidos próprios de ADI, ADC e ADO, por se tratarem de ações fungíveis entre si. Não seria razoável o ajuizamento de duas ou mais ações para alcançar resultados umbilicalmente ligados, de modo que a ADPF seria a melhor ação para englobar pretensões distintas. (STF, ADPF 378).

QUESTÕES DE CONCURSO

(**FCC- 2020 – TJ-MS – Juiz Substituto)** A Constituição Federal estabelece que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), dela decorrente, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), na forma da lei. A esse propósito, considerada a regulamentação da matéria à luz da jurisprudência da referida Corte, considerado o seu caráter subsidiário, não pode a ADPF ser conhecida como ação direta de inconstitucionalidade, acaso manejada em hipótese de cabimento desta, sendo inaplicável o princípio da fungibilidade entre ações de controle concentrado.

Gabarito: INCORRETO.

Resolução: conforme dito, o STF já decidiu a ADPF poderá ser convertida em ADI (e vice-versa), se satisfeitos os requisitos para a formalização do instrumento substituto, por aplicação dos princípios da fungibilidade, da instrumentalidade das formas e da economia processual.

(MPDFT – 2021 – MPDFT – Promotor de Justiça Adjunto) Nos termos da legislação em vigor, quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade resultante de ato do poder público, não será admitida a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Gabarito: CORRETO.

11.7. Procedimento

A petição inicial da ADPF deverá conter: indicação do preceito fundamental que se considera violado; indicação do ato questionado; prova da violação do preceito fundamental; pedido, com suas especificações;

e, se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado (art. 3º da Lei n.º 9.882/99).

A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de ADPF, faltar um dos requisitos prescritos na lei ou for inepta, cabendo, da decisão de indeferimento, agravo no prazo de 5 dias (art. 4º).

Em seguida, haverá a prestação de informações pela autoridade que praticou o ato ou que produziu a lei ou o ato normativo, no prazo de dez dias (art. 6º).

Após, o PGR terá vista dos autos, pelo prazo de cinco dias, nas ações não ajuizadas por ele (art. 7º, parágrafo único). Bernardo Gonçalves Fernandes (2020, p. 1969) sustenta a inconstitucionalidade de tal dispositivo, por ausência de previsão de participação do PGR como *custos legis*, por violar o art. 103, §1º, da CF/88. Registre-se, contudo, que não há declaração de inconstitucionalidade do STF sobre a matéria, de modo que ela continua válida.

Há a possibilidade de o relator, se entender necessário, ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que seja emitido parecer sobre a questão ou, ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria (art. 6º, §1º).

Poderão ser autorizadas, ainda, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo (art. 6º, §2º).

Frise-se que **o STF já admitiu a participação de amicus curiae no processo da ADPF,** por interpretação do art. 6º, §2º da Lei n.º 9.882/99 e por analogia do quanto previsto na lei que regulamenta a ADI e ADC.

QUESTÃO DE CONCURSO

(**FCC- 2020 – TJ-MS – Juiz Substituto)** A Constituição Federal estabelece que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), dela decorrente, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), na forma da lei. A esse propósito, considerada a regulamentação da matéria à luz da jurisprudência da referida Corte, admite-se o ingresso de *amici* curiae na ADPF, pela aplicação, por analogia, do estabelecido em lei relativamente à ação direta de inconstitucionalidade, desde que demonstradas a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes.

Gabarito: CORRETO.

11.7.1. Da medida cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

O art. 5º da Lei nº 9.882/99 estabelece que o STF poderá, por **decisão da maioria absoluta de seus membros,** deferir pedido de medida liminar na ADPF, sendo que, em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno. O Pleno, obviamente, pode rever a decisão do relator posteriormente.

Registre-se que o STF pode conceder a liminar *inaudita altera partes*. Mas se o relator entender necessário, poderá determinar a oitiva da autoridade de que emanou lei ou praticou o ato, bem como o PGR e AGU, no prazo comum de 5 dias, conforme §2º do art. 5º da Lei.

No caso da ADPF incidental, 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 ADPF, salvo se decorrentes da coisa julgada (§3º do art. 5º).

No caso da ADPF autônoma, em regra, a cautelar suspende o ato do Poder Público que possa estar ferindo ou ferir preceito fundamental da Constituição.

A concessão da medida cautelar, nas duas modalidades da ADPF, terá efeitos ***erga omnes* e vinculante,** além de **efeitos *ex nunc*.**

Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias, retomando o curso procedimental anteriormente apresentado.

11.8. Decisão e efeitos

Como nas demais ações do controle concentrado, a decisão em sede de ADI Interventiva somente será tomada se **presentes na sessão pelo menos oito ministros (quórum para sessão de julgamento – 2/3 dos ministros),** e a decisão pelo provimento ou não da ADPF será tomada pelo **voto de pelo menos seis ministros (quórum para decisão – maioria absoluta).**

A decisão terá efeitos ***ex tunc*, eficácia contra todos (*erga omnes*) e vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.**

Excepcionalmente, contudo, pode-se aplicar, também na ADPF, a técnica da **modulação dos efeitos da decisão,** consoante previsão do art. 11 da lei:

> **Art. 11, Lei 9882/99 -** Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição 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.

QUESTÃO DE CONCURSO

(**FCC- 2020 – TJ-MS – Juiz Substituto)** A Constituição Federal estabelece que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), dela decorrente, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), na forma da lei. A esse propósito, considerada a regulamentação da matéria à luz da jurisprudência da referida Corte, não se admite a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de ADPF, por ausência de previsão legal, diferentemente do que ocorre em relação às ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade.

Gabarito: INCORRETO.

Resolução: o art. 11 da Lei n.º 9.889/99, que regulamentou a ADPF, admite expressamente a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Conforme o art. 10 da lei, "julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental".

Há três situações distintas de acordo com o objeto que está sendo questionado na ADPF e que trarão diferentes efeitos no caso de sua incompatibilidade com a Constituição:

a) no caso de lei ou ato normativo posterior à CF/88, a decisão da ADPF se enquadrará nas técnicas do controle concentrado da ADI, sendo a norma declarada inconstitucional e anulada desde a sua origem;

b) no caso de lei ou ato normativo anterior à CF/88, o STF reconhecerá a sua recepção ou não recepção pela norma constitucional superveniente, considerando a lei ou o ato normativo revogado na data da promulgação da norma constitucional superveniente que não o recepcionou;

c) no caso de ato do Poder Público de efeito concreto, o STF prolatará sua ilegitimidade em face da Constituição.

A **decisão** que julgar procedente ou improcedente o pedido em ADPF é **irrecorrível,** não podendo ser objeto de ação rescisória (art. 12).

Por fim, **contra o descumprimento da decisão proferida pelo STF, caberá reclamação,** na forma do seu Regimento Interno (art. 13).

ATENÇÃO

O STF, na ADPF 165, julgada em 01/03/2018, **admitiu a possibilidade de celebração de acordo no curso da ADPF, desde que haja notável conflito intersubjetivo subjacente (implícito), que comporte solução por autocomposição, pelo acordo apresentado para homologação.**

O acordo, no caso submetido ao STF, **abrangeu apenas disposições patrimoniais firmadas no âmbito da disponibilidade das partes,** solucionando um incidente processual com o intuito de dar maior efetividade à prestação jurisdicional. O STF esclareceu que, ao homologar o acordo, não houve chancela de nenhuma interpretação peculiar dada à lei, não se legitimando teses jurídicas eventualmente abordadas no caso.

QUESTÃO DE CONCURSO

(**FGV – 2022 – TJ-MG – Juiz de Direito Substituto)** Em relação ao controle de constitucionalidade, analise as afirmativas a seguir:

I. A arguição de descumprimento de preceito fundamental será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, em se tratando de controle de constitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal.

Gabarito: CORRETO.

II. A arguição de descumprimento de preceito fundamental é cabível em caso de lei vigente anterior à Constituição Federal em relação à qual se pretende o controle.

Gabarito: CORRETO.

III. Dentre os legitimados a propor a arguição de descumprimento de preceito fundamental está o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Gabarito: CORRETO.

IV. A decisão que julgar procedente ou improcedente a ação de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível, mas cabível ação rescisória.

Gabarito: INCORRETO.

Resolução: o art. 12 da Lei n.º 9.882/99 afirma que não a decisão que julgar a ADPF não pode ser objeto de ação rescisória.

12. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NOS ESTADOS-MEMBROS

É possível a realização de um controle de constitucionalidade das leis e atos estaduais e municipais tendo como parâmetro a Constituição do respectivo Estado e como órgão julgador o respectivo Tribunal de Justiça.

O mesmo se afirma em relação ao Distrito Federal: é possível a realização de um controle de constitucionalidade das leis e atos distritais tendo como parâmetro a Lei Orgânica do Distrito Federal e como órgão julgador o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). Isso porque, como já se viu, a Lei Orgânica do Distrito Federal também é fruto do Poder Constituinte Derivado Decorrente. Tal raciocínio não se aplica, contudo, à Lei Orgânica Municipal.

O controle de constitucionalidade nos Estados-membros compreende tanto o controle difuso-incidental quanto o controle concentrado-principal.

12.1. Controle de Constitucionalidade difuso-incidental nos Estados

Qualquer juiz ou tribunal estadual pode exercer, em um caso concreto, o controle de constitucionalidade e declarar, de forma incidental, a inconstitucionalidade de qualquer ato ou lei municipal ou estadual tendo como parâmetro a Constituição estadual (ou a lei orgânica distrital, no caso do Distrito Federal, sendo julgado pelo TJDFT).

Advirta-se que **não é cabível controle de constitucionalidade de lei federal em face da Constituição estadual.**

Quando o controle incidental é provocado perante um juiz singular, não há procedimento específico a ser observado. Suscita-se a questão constitucional como uma questão prejudicial de mérito qualquer que surge no processo concreto, sendo o fundamento de uma pretensão ou resistência à pretensão de outrem.

Quando o controle incidental é provocado perante tribunal, deve-se observar a regra constitucional da **reserva do plenário** (ou cláusula constitucional do *full bench*), prevista no art. 97 da CF/88. **Nos tribunais, portanto, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público somente será pronunciada pelo plenário do tribunal ou, onde houver, pelo órgão especial** (que passa a exercer, onde for criado, as funções do plenário), **não podendo ser pronunciada pelos órgãos fracionários, sob pena de nulidade do julgamento.**

Decidida a questão pelo plenário do tribunal ou pelo órgão especial, o processo retorna à apreciação da turma ou câmara, que estará vinculada aos termos do julgamento, a quem caberá resolver a respeito da pretensão deduzida. Assim, observa-se uma divisão funcional de competência: ao plenário ou órgão especial caberá decidir sobre o incidente de inconstitucionalidade da lei ou ato questionado; ao órgão fracionário caberá decidir a respeito da causa.

Frise-se que **a decisão do plenário que resolve o incidente de inconstitucionalidade é irrecorrível.** Quanto a este ponto, registre-se, inclusive, a Súmula 513 do STF:

> **Súmula n.º 513, STF** - A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas sim a do órgão (câmaras, grupos ou turmas) que completa o julgamento do feito.

Dirley da Cunha Jr. alerta que "se o acórdão decide pela *não-recepção* de lei anterior em face da Constituição em vigor, não se lhe impõe a regra da reserva do plenário, ante a inocorrência de declaração de inconstitucionalidade" (2022, p. 403). Aqui, é possível o reconhecimento, por órgão fracionário do tribunal de que o ato estatal não foi recebido pela nova ordem constitucional, precisamente por não envolver juízo de inconstitucionalidade, mas sim mera revogação de diploma pré-constitucional.

Contra as decisões proferidas pelos juízes e tribunais estaduais, em única ou última instância, no controle difuso-incidental de constitucionalidade, é cabível o Recurso Extraordinário para o STF, conforme art. 102, III da CF/88:

> **Art. 102, III, CF/88 -** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
> **III** - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:
> **a)** contrariar dispositivo desta Constituição;
> **b)** declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
> **c)** julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;
> **d)** julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

As decisões preferidas pelos juízes e tribunais no controle difuso-incidental também operam efeitos *inter partes*. Seguindo o modelo federal, pode-se mencionar casos em que as Constituições estaduais criarem expedientes próprios para a suspensão da execução do ato normativo estadual ou municipal declarado inconstitucional em fase da Constituição estadual, por decisão definitiva do TJ do Estado, como é o caso da Constituição baiana, que atribuiu a competência à Assembleia Legislativa do Estado.

12.2. Controle de Constitucionalidade concentrado-principal nos Estados

Compete aos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, com exclusividade, exercer o controle concentrado-principal, adotando-se como parâmetro a Constituição Estadual ou a Lei Orgânica do Distrito Federal, respectivamente.

Trata-se de aplicação do quanto previsto no art. 125, §2º da CF/88:

> **Art. 125, § 2º, CF/88.** Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

Quanto à legitimidade ativa para a deflagração do controle de constitucionalidade no âmbito dos Estados, a CF/88 foi clara ao definir que ela não pode ser atribuída a um único órgão. Assim, **os Estados delimitarão o rol de legitimados, podendo ou não seguir a lógica simétrica do art. 103 da CF/88.** Registre-se, inclusive, que **o STF já decidiu que não é inconstitucional norma da Constituição Estadual que atribui ao procurador da Assembleia Legislativa ou, alternativamente, ao Procurador-Geral do Estado, a incumbência de defender a constitucionalidade de ato normativo estadual questionado em controle abstrato de constitucionalidade na esfera de competência do TJ** (ADI 119/RO, j. em 19-02-2014).

Observe-se que tanto o STF quanto os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal são competentes para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual. O que irá definir o órgão competente é justamente o parâmetro de validade: caso seja a Constituição Federal, a competência será do STF; caso seja a Constituição Estadual, a competência será do TJ respectivo; caso seja a Lei Orgânica do DF, a competência será do TJDFT.

Interessante questão é quando se está diante de julgamento de ação direta que impugna lei ou ato normativo estadual em face de uma norma da Constituição Estadual que repete norma da Constituição Federal.

Nessa situação, deve-se perquirir se é o caso de "norma de reprodução obrigatória" ou "norma de imitação", remetendo-se o leitor para a leitura do tópico 7.3 deste capítulo.

O fato é que, conforme afirmado no tópico indicado, o STF admite a competência dos Tribunais de Justiça nas duas hipóteses, desde que o parâmetro de controle seja a Constituição Estadual, com apenas uma diferença: caso se trate de uma "norma de reprodução", da decisão do TJ caberá Recurso Extraordinário para o STF; caso de trate de uma norma de imitação, a decisão é irrecorrível.

Mas se estiverem tramitando duas ações diretas de inconstitucionalidade (uma no TJ e outra no STF, simultaneamente), contra a mesma lei ou ato normativo estadual lesivo à norma de reprodução obrigatória, o STF tem fixado a sua competência para suspender o curso da ação direta proposta junto ao TJ, até o julgamento final da ação. Caso o STF declare a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, a ADI estadual perde o seu objeto. Mas se o STF declara a constitucionalidade da lei ou ato normativo estadual perante a Constituição Federal, a ADI estadual poderá prosseguir para ser feita a análise perante a Constituição Estadual (parâmetro), podendo até mesmo pronunciar a inconstitucionalidade, mas por fundamento distinto daquele aventado pelo STF.

Se o tribunal estadual declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual em face da Constituição do Estado, em decisão que transitou em julgado, poderá o STF, em ADI posterior proposta perante ele, declarar a mesma lei ou ato estadual inconstitucional ante a Constituição Federal? Sim, pois a coisa julgada estadual não prevalece diante do STF. A decisão posterior do STF prevalecerá sobre a decisão do tribunal estadual, ainda que transitado em julgado, e a lei ou ato normativo estadual deixará de ter eficácia no Estado.

Mas, coexistindo ações diretas de inconstitucionalidade de um mesmo preceito normativo estadual, a decisão proferida pelo TJ somente prejudicará a que está em curso perante o STF se for pela procedência (inconstitucionalidade) e desde que a inconstitucionalidade seja por incompatibilidade com dispositivo constitucional estadual que não tenha similar na CF. Mas se houver declaração de inconstitucionalidade de preceito normativo estadual pelo TJ com base em norma constitucional estadual que constitua reprodução (obrigatória ou não) de dispositivo da Constituição Federal, subsistirá a jurisdição do STF para o controle abstrato tendo por parâmetro de confronto o dispositivo da Constituição Federal reproduzido (ADI 3.659, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 13-12-2018, DJE de 8-5-2019).

Já se sabe que não é cabível ação direta de inconstitucionalidade para realização de controle concentrado de leis e atos normativos municipais perante a CF/88, tampouco nos tribunais locais e no STF. É possível, contudo, tal controle via ADPF perante o STF.

Contudo, quando a lei ou ato normativo municipal for contestado em face de norma da Constituição Estadual repetida da Constituição Federal por força de reprodução obrigatória, cumpre ao TJ Estadual o julgamento da ADI, com possibilidade de Recurso Extraordinário para o STF. Mas o TJ só poderá realizar o controle abstrato se tiver como paradigma de confronto, exclusivamente, a norma da Constituição Estadual (norma repetida), jamais a norma da própria Constituição Federal.

Por isso, o Plenário do STF firmou, no RE 650898, julgado em 01/02/2017, a seguinte tese:

> Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate

de normas de reprodução obrigatória pelos Estados.

QUESTÃO DE CONCURSO

(CESPE/CEBRASPE – 2022 – DPE-TO – Defensor Público Substituto) Considere que tenha sido ajuizado, em tribunal de justiça local, uma ação direta de inconstitucionalidade contra lei ou ato normativo editado por município, tendo como parâmetro de controle dispositivo da Constituição Federal de 1988 (CF). Nesse caso, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), o controle abstrato de constitucionalidade pode ser exercido pelo tribunal de justiça, caso o parâmetro de controle invocado na ação seja norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual.

Gabarito: CORRETO.

13. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

O controle de convencionalidade pode ser definido como uma forma de compatibilização entre as normas produzidas no âmbito do direito interno e os tratados internacionais de direitos humanos que foram ratificados pelo governo e que estejam em vigor no país. Trata-se de um **controle de validade das normas nacionais adotando-se como parâmetro compromissos internacionais assumidos em matéria de proteção aos direitos humanos.**

Sobre o tema, Valério Mazzuoli expõe:

> (...) entende-se que o controle de convencionalidade (ou o de supralegalidade) deve ser exercido pelos órgãos da justiça nacional relativamente aos tratados aos quais o país se encontra vinculado. Trata-se de adaptar ou conformar os atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que criam para estes deveres no plano internacional com reflexos práticos no plano do seu direito interno. Doravante, não somente os tribunais internacionais (ou supranacionais) devem realizar esse tipo de controle, mas também os tribunais internos. O fato de serem os tratados internacionais (notadamente os direitos humanos) imediatamente aplicáveis no âmbito do direito doméstico, garante a legitimidade dos controles de convencionalidade e de supralegalidade das leis no Brasil (2011, pp. 133-134).

Conforme Paulo Henrique Gonçalves Portela, a ideia de controle de convencionalidade formou-se a partir da "contribuição direta da Corte Interamericana de Direitos Humanos, notadamente a partir do Caso Almonacid Arellano X Chile, dentro do qual aquele órgão jurisdicional exarou pela primeira vez seu entendimento acerca da existência dessa possibilidade" (2021, p. 149).

De modo geral, portanto, pode-se afirmar que já se observava um **desenvolvimento de um controle de convencionalidade no plano do sistema interamericano de direitos humanos, a partir de alguns julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) que dizem respeito à relação comparativa entre o direito doméstico estatal e a jurisdição contenciosa (aceita pelo Estado-parte) da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).**

Bernardo Gonçalves Fernandes (2020, p. 2019) relata que, após a construção do controle realizado pela CIDH tendo como base a CADH, houve uma nova etapa, com o alargamento do controle, construindo-se a tese de que os próprios magistrados internos de um país estariam submetidos às disposições da CADH. A CIDH assentou, inclusive, que esse controle de convencionalidade poderia ser feito não apenas em casos concretos (incidentalmente), mas também em sede de controle abstrato (concentrado).

Pode-se apontar, com base em Gonçalves Fernandes, a seguinte **síntese doutrinária do controle de convencionalidade no Brasil no âmbito concreto-incidental:**

SÍNTESE DOUTRINÁRIA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL NO ÂMBITO DO CONTROLE DIFUSO-INCIDENTAL
a) Tem como parâmetro um tratado internacional que verse sobre direitos humanos, regularmente ratificado pelo Estado; b) faz parte da competência de qualquer órgão jurisdicional, mesmo que tal órgão não tenha competência para o controle de constitucionalidade; c) deverá ser suscitado como questão preliminar no caso concreto; d) mesmo diante da ausência de sua alegação, poderá o órgão julgador declarar *ex officio* a inconvencionalidade de lei ou ato do poder público; e) poderá implicar declaração de inconvencionalidade, acarretando a invalidação da norma ou ato com efeito *inter partes;* f) realizado concreta ou incidentalmente poderá ter efeitos *erga omnes*, quando ele for efetuado via Recurso Extraordinário pelo STF (art. 102, III, *b* da CF/88) e o Senado Federal, nos termos do art. 52, X, da CF/88, suspender a execução da lei inconvencional; g) poderá ser realizado sempre de forma repressiva; h) poderá ser requerido por qualquer pessoa titular de direito humano (legitimidade *ad causam* ativa); i) fará parte, em última instância, da competência do STF independentemente do rito de incorporação do Tratado.

No que se refere ao controle de convencionalidade pela via concentrado-abstrata, alguns autores advogam a tese da necessidade de reforma do art. 102 da CF/88, para prever a ação direta de inconvencionalidade contra lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de convencionalidade contra lei ou ato normativo federal. Sustentam a necessidade, ainda, de reforma do **art. 103,** para ampliar a legitimidade também para a realização do controle de convencionalidade.

Contudo, **outros autores defendem a sua possibilidade independente de reforma constitucional, podendo-se adotar como parâmetro os Tratados Internacionais de Direitos Humanos que forem incorporados ao ordenamento pátrio nos termos do art. 5º, §3º da CF/88. Trata-se da doutrina majoritária.** Aqui, caberia o controle de convencionalidade para o STF no tocante aos tratados que equivalem a emendas constitucionais, efetuado por meio de ADI, ADC ou ADPF.

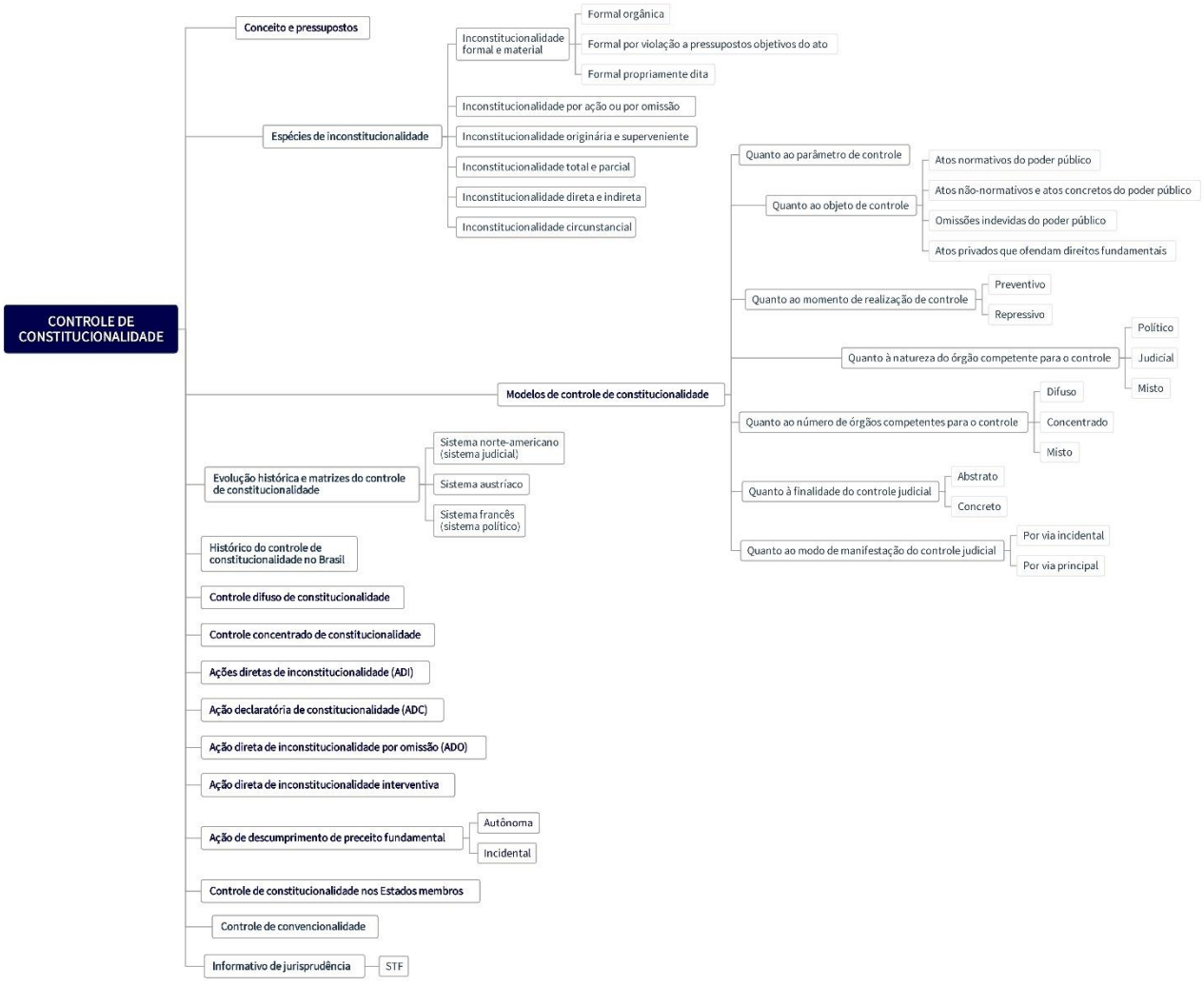
O STF já se manifestou sobre o controle de convencionalidade, por exemplo, no HC 171118/SP, julgado em 12/11/2019, quando assentou o entendimento de que o controle de convencionalidade pode ser realizado sobre as leis infraconstitucionais. No caso, definiu-se que o Código Penal deve ser aplicado em conformidade com os direitos assegurados na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP). O caso concreto discutia a proibição de dupla persecução penal, que vem expressa no artigo 8.4 da CADH e no art. 14.7 do PIDCP.

ATENÇÃO

Deve-se alertar, contudo, que **a proibição de dupla persecução penal em âmbito internacional deve ser ponderada com a soberania dos Estados e com as obrigações processuais positivas impostas pela CIDH** (STF. 2ª Turma HC 171118/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 12/11/2019, Info 959[81]).

Assim, se ficar demonstrado que o Estado que processou o autor do fato violou os deveres de investigação e de persecução efetiva, o julgamento realizado no país estrangeiro pode ser considerado ilegítimo.

A vedação de dupla persecução, portanto, pode ser eventualmente ponderada para complementação em persecução interna.



Disponível em:

[81] https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo959.htm

21 FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

A Constituição Federal de 1988 destina um capítulo específico para tratar das funções essenciais à Justiça, no qual contempla: o Ministério Público; a Advocacia (pública e privada); e a Defensoria Pública.

Seguem, abaixo, considerações específicas, chamando-se atenção para a necessidade de conhecer a recente jurisprudência do STF sobre cada um deles, especialmente decisões relacionadas ao Ministério Público e à Defensoria Pública.

1. MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público (MP) 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.

Trata-se de órgão autônomo e independente, não estando subordinado a nenhum dos poderes da República, atuando como um verdadeiro fiscal. Por isso, pode ser também chamado de *custos legis* (fiscal da lei) ou *custos constitucionis* (fiscal da Constituição).

São princípios institucionais do Ministério Público:

a) Unidade: os membros do Ministério Público integram um só órgão, que se encontra sob a direção de um Procurador-Geral. A unidade, contudo, existe dentro de cada Ministério Público, havendo, assim, uma chefia para o Ministério Público da União e uma chefia para o Ministério Público Estadual, que são, respectivamente, o Procurador-Geral da República e o Procurador-Geral de Justiça do Estado.

b) Indivisibilidade: é uma decorrência do princípio da unidade. A atuação do membro do MP significa a atuação do próprio órgão, de modo que um membro pode ser substituído por outro.

c) Independência funcional: os membros do Ministério Público são, no exercício das suas funções, livres e independentes , de modo que não se sujeitam às ordens de seu superior hierárquico ou de outro Poder. A hierarquia existente é no âmbito administrativo, mas não de índole funcional, de modo que ele age de acordo com sua convicção jurídica.

Tal independência funcional, garantida pelo art. 127, §1º da CF/88, não é irrestrita, uma vez que o membro do MP deve respeito à Constituição Federal e às leis.

Ao Ministério Público são assegurados também:

a) Autonomia administrativa: consiste na possibilidade de o Ministério Público 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, devendo a lei dispor sobre sua organização e funcionamento.

No âmbito estadual, a iniciativa legislativa prevista no art. 127, §2º da CF/88 é privativa do Procurador-Geral de Justiça.

b) Autonomia financeira: o Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias (LDO).

Frise-se que tal autonomia não confere ao MP a possibilidade de iniciativa de sua proposta orçamentária diretamente ao Poder Legislativo. O que o órgão faz é encaminhar a proposta orçamentária ao Poder Legislativo, por meio do Chefe do Poder Executivo. A proposta do MP integrará o orçamento geral, que é encaminhado pelo Poder Executivo ao Poder Legislativo.

Se o Ministério Público não encaminhar a respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias (LDO), o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados conforme os limites estipulados na LDO.

Caso a proposta orçamentária seja encaminhada em desacordo com os limites estipulados na LDO, 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.

ATENÇÃO

O STF julgou inconstitucional dispositivo de lei estadual que institui gratificação aos membros do MP pela prestação de serviço à Justiça Eleitoral a ser paga pelo Poder Judiciário, uma vez que tal previsão representa uma inadequada ingerência na autonomia financeira do Poder Judiciário (STF. Plenário. ADI 2831/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgado em 30/4/2021. Informativo 1015 do STF).

1.1. Estrutura do Ministério Público

O art. 128 da CF/88 estabelece:

> **Art. 128, CF/88** - O Ministério Público abrange:
> **I** - o **Ministério Público da União,** que compreende:
> **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;
> **II** - os **Ministérios Públicos dos Estados.**

O Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução.

No caso de destituição do Procurador-Geral da República, por iniciativa do Presidente da República, é necessária prévia autorização do Senado Federal, também por maioria absoluta.

Sobre as **previsões constitucionais direcionadas ao Procurador-Geral da República**, destacam-se:

I) deve ser ouvido nas ações diretas de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do STF;

II) possui competência para propor ADI, ADC, ADO, ADPF e a representação interventiva;

III) possui competência para oficiar perante o CNJ;

IV) deve compor e presidir o CNMP.

O MPF é chefiado pelo PGR, chefe do MPU. Os demais, contudo, têm um procurador-geral diverso:

I) no MPT e no MPM, o procurador-geral é nomeado pelo PGR;

II) em relação ao MPDFT, os órgãos formarão lista tríplice dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo Presidente da República, para mandato de dois anos, permitida uma recondução.

O mesmo procedimento do MPDFT aplica-se à escolha do Procurador-Geral de Justiça (PGJ) dos Ministérios Públicos Estaduais.

Atente-se que o PGR não tem limitação para recondução, enquanto o Procurador-Geral de Justiça só poderá ser reconduzido uma única vez. Além disso, não há participação da Assembleia Legislativa. Essas são diferenças básicas.

Apesar de a Assembleia Legislativa não participar da nomeação, deverá deliberar na hipótese de destituição do PGJ do cargo, devendo se manifestar pela maioria absoluta.

Questão interessante é observada quanto à **iniciativa concorrente da lei de organização do Ministério Público.**

Pela leitura do §5º do art. 128 da CF/88, depreende-se que é facultada aos Procuradores-Gerais (da União e dos Estados) a iniciativa das leis complementares que estabelecerão a sua organização, além das atribuições e o estatuto de cada MP. Contudo, a iniciativa de lei para organização do MP da União é atribuída concorrentemente ao Chefe do Poder Executivo, consoante art. 61, §1º, III, *d*, da CF/88, sendo a ele atribuída, ainda, iniciativa de lei para fixar normas gerais para a organização dos MPEs e do MPDFT.

Este é, inclusive, um dos fundamentos utilizados para justificar a afirmação de que, administrativamente, o Ministério Público integra o Poder Executivo.



ATENÇÃO

Nos Estados, os Ministérios Públicos poderão estabelecer regras sobre sua organização, atribuições de seus membros e seu estatuto por meio de lei complementar de iniciativa do respectivo Procurador-Geral de Justiça.

Com isso, coexistem dois regimes de organização na esfera estadual: (i) a Lei Orgânica Nacional (Lei 8.625/93); e (ii) a Lei Orgânica do Estado-Membro, que delimita as regras acima referidas e que, como visto, se dá através de lei complementar de iniciativa do Procurador-Geral de Justiça.

Neste sentido, o STF entendeu que **a atribuição de iniciativa privativa ao Governador do Estado para leis que disponham sobre a organização do Ministério Público estadual contraria o modelo delineado pela Constituição Federal nos arts. 61, §1º, II, *d* e 128, §5º da CF/88.** (STF. Plenário. ADI 400/ES. Rel. Min. Nunes Marques, redator do acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 20/06/2022, Info. 1059).

Por fim, registre-se que, segundo o STF, é inconstitucional a remoção por permuta nacional entre membros de Ministérios Públicos dos Estados. Esta afirmação, inclusive, foi expressamente cobrada na prova para Promotor de Justiça Adjunto do MPDFT, realizada em 2021.

1.1.1. Princípio do promotor natural

Assim como existem os princípios do juiz natural, constitucionalmente previsto, e do defensor natural (com base no art. 4º-A da LC n.º 80/94), a corrente majoritária afirma que se admite o princípio do promotor natural, por decorrência da norma contida no inciso LIII do art. 5º da CF/88, a qual afirma que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

Poderia ser questionado se o princípio do promotor natural não contraria o princípio institucional da indivisibilidade: se um membro do MP pode ser substituído por outro, uma vez que quem atua é a instituição, por que se defende a ideia de um princípio do promotor natural?

Ora, o princípio do promotor natural objetiva vedar a arbitrariedade de designações casuísticas, pois, do contrário, haveria um promotor de exceção, *ad hoc*, que seria designado para fins de perseguição.

QUESTÃO DE CONCURSO

(VUNESP – 2019 – MPE-SP – Promotor de Justiça Substituto) O princípio do Promotor Natural decorre das garantias da inamovibilidade dos membros do Ministério Público, da independência funcional, do devido processo legal, e do postulado da autoridade natural inerente à cláusula do devido processo legal, o que impede ao Procurador Geral de Justiça designar, livremente, os membros do Ministério Público ou escolher, segundo critérios de conveniência e oportunidade, quem deva apreciar este ou aquele fato.

Gabarito: CORRETO.

Um importante julgamento envolvendo o princípio do promotor natural refere-se à atuação do GAECO – Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado.

No âmbito do STJ, já há jurisprudência consolidada no sentido de que não configura violação ao princípio do promotor natural a atuação do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado – GAECO – quando precedida de solicitação do Promotor de Justiça a quem a investigação foi atribuída. Neste caso, há uma ampliação da capacidade de investigação, otimizando os procedimentos necessários à formação da *opinio delicti* do *Parquet.* Frise-se, contudo, que, para que não haja ofensa ao princípio do promotor natural, o membro a quem distribuído livremente o feito deverá solicitar ou anuir com a participação ou ingresso do GAECO nas investigações. (STJ. 5ª Turma. AgRg no RHC 147951/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 27/09/2022, Info 751).

Sobre a existência do GAECO, o STF já definiu que:

> **Info. 1090[82], STF -** São constitucionais leis estaduais que dispõem sobre a criação de Grupos de Atuação Especial contra o Crime Organizado (GAECOs) — órgãos de cooperação institucional dentro da estrutura do Ministério Público local — com a finalidade EDIÇÃO 1090/2023 | 14 INFORMATIVO STF SUMÁRIO de concretizar instrumentos procedimentais efetivos para a realização de planejamento estratégico e garantir a eficiência e a eficácia dos procedimentos de investigação criminal realizados para o combate à criminalidade organizada, à impunidade e à corrupção.

Disponível em:

[82] https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1090.pdf

1.2. Garantias e Vedações aos membros do Ministério Público

Aos membros do Ministério Público são asseguradas as seguintes **garantias**:

a) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado.

É importante não confundir os conceitos de vitalicidade e titularidade. É possível que um Promotor de Justiça seja titular sem ter, ainda, adquirido a vitaliciedade, assim como é possível um promotor já vitalício ainda ser titular.

ATENÇÃO

Os membros detentores de vitaliciedade (membros do MP, magistrados, membros dos Tribunais de Contas) mantêm as prerrogativas do cargo em caso de aposentadoria, com exceção do foro especial.

Deve-se registrar, portanto, que **o STF entende que o foro por prerrogativa de função não se mantém após a aposentadoria.** Assim, se o PGR estiver respondendo a ação penal perante o STF, o processo passará a tramitar, a partir de sua aposentadoria, na 1ª instância (STF, RE 549.560).

b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa.

Frise-se que **o STF declarou a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos arts. 216, 217 e 218 da LC 75/93 (Lei Orgânica do MPU), de modo a afastar qualquer interpretação que implique remoção do membro da carreira de seu ofício de lotação.**

Dentro da estrutura organizacional do MPU, as unidades de lotação dos integrantes de suas carreiras correspondem aos denominados ofícios, que representam os locais em que são exercidas suas atribuições institucionais. Após lotados em determinado ofício, eles gozam da garantia constitucional da inamovibilidade.

Deve-se ter em mente, e nos termos do quanto já afirmado pelo STF, que a relevância das atividades exercidas pelo Ministério Público no regime republicano indica a necessidade de preservar os membros da carreira de temores e perseguições que lhes inibam o livre exercício de suas atribuições.

O deslocamento para outro ofício, sem retorno ao de origem, por meio de designações e redesignações bienais, conduz ao grave risco de movimentações casuísticas, pois deixa margem para lotação definitiva em ofício diverso ao que o membro atua, independentemente do concurso de sua vontade, destoando daquelas de caráter meramente eventual, em manifesta afronta à garantia da inamovibilidade. (STF. Plenário. ADI 5052/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 20/5/2022, Info. 1055).

c) irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do art. 39, §4º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, §2º, I. As verbas de caráter indenizatório não se submetem ao teto constitucional.

Em relação ao subsídio, destaca-se que o STF declarou a inconstitucionalidade de lei estadual que previa que os vencimentos dos membros do Ministério Público seriam reajustados, por lei de iniciativa do Procurador Geral da Justiça, sempre que fossem alterados os vencimentos dos magistrados. A Suprema Corte já possui entendimento consolidado pela inconstitucionalidade da vinculação entre os subsídios dos membros do MP e da Magistratura, por afronta ao art. 37, XIII, da CF/88. (STF. Plenário. ADI 570/PE, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 13/03/2023, Info 1086).

Quanto às **vedações**, o art. 128, §5º, II da CF/88 prevê:

a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;

b) exercer a advocacia;

c) participar de sociedade comercial, na forma da lei;

d)exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério, lembrando-se que não há restrição numérica às atividades de magistério, devendo-se, apenas, haver compatibilidade de horários para que não haja prejuízo à função (STF, ADI 3.126). Frise-se, ainda, que é inconstitucional o exercício de cargo em comissão fora da instituição;

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.

QUESTÃO DE CONCURSO

(MPE-SP – 2022 – MPE-SP – Promotor de Justiça Substituto) É inconstitucional o exercício de qualquer outra função pública por membro do Ministério Público, ainda que em disponibilidade, salvo uma de magistério, sendo também inconstitucional o exercício de cargo em comissão fora da instituição.

Gabarito: CORRETO.

Interessante assertiva acerca do art. 128, §5º da CF/88 foi cobrada no concurso para promotor de justiça do MPE-SP, em 2019, cuja banca foi a VUNESP. Foi considerada correta a seguinte assertiva:

> O art. 128, §5º, da Constituição da República, não substantiva reserva absoluta à lei complementar para conferir atribuições ao Ministério Público ou a cada um dos seus ramos, na União ou nos Estados-membros, porque a Constituição Federal admite que a Instituição possa exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. Leis ordinárias, portanto, podem aditar novas funções às diretamente outorgadas ao Ministério Público pela Constituição.

1.3. Funções do Ministério Público

O art. 129 da CF/88 contempla as funções institucionais do Ministério Público, a saber:

> **I -** promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

O Ministério Público é o titular da ação penal pública, atuando, no caso, como órgão acusador.

Apesar de o art. 144 da CF/88 afirmar que cabe exclusivamente à Polícia Federal e à Polícia Civil a função de polícia judiciária, responsável pelas investigações, prevalece o entendimento no sentido de que são legítimas as provas coletadas pelo MP (STF, HC 91.661), afirmando-se, com isso, o poder de investigação do Ministério Público.

Assim, segundo a jurisprudência do STF, fundado na teoria dos poderes implícitos, o MP tem legitimidade para promover investigações de natureza penal.

Ressalte-se, contudo, que a presidência do inquérito policial é atividade privativa do delegado de polícia, a qual não pode ser exercida pelo MP (STF, RHC 81.326).

> **II -** 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;
> **III -** 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;

A promoção do inquérito civil é privativa do Ministério Público. Pode-se afirmar que o inquérito civil funciona como parâmetro para a ação civil pública, assim como o inquérito policial é utilizado para instruir ação penal pública.

Embora o inquérito civil seja privativo do MP, a ação civil pública possui outros legitimados, consoante art. 5º da Lei n.º 7.357/85 – Lei da Ação Civil Pública – que elenca, além do MP: a Defensoria Pública; os entes federativos; os entes da administração indireta; e a associação que esteja constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil e inclua, entre suas finalidade institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

O §1º do art. 129 da CF/88, inclusive, afirma que a legitimação do Ministério Público para as ações civis ali previstas não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto na Constituição e na lei.

> **IV -** promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

Os legitimados ativos para as ações de controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADO, ADC e ADPF) estão disciplinados no art. 103 da CF/88. Em relação à ADI Interventiva, cabível no caso de violação de um dos princípios constitucionais sensíveis estabelecidos no art. 34, VII da CF/88, trata-se de ação que tem o PGR como único legitimado.

> **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;
> **VIII -** requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
> **IX -** exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação, salvo autorização do chefe da instituição.

Verifica-se que a necessidade de autorização do chefe da instituição aplica-se para o caso de o membro do MP não residir na comarca da respectiva lotação. Não se aplica para o caso de o membro se ausentar da comarca. Neste sentido, **o STF já entendeu ser inconstitucional, por 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.**

A exigência de prévia comunicação ou autorização para que o membro do Ministério Público possa se ausentar da comarca equivale a estabelecer, em desfavor do servidor público, uma medida restritiva de

liberdade, sem motivos válidos justificadores. A restrição, segundo o STF, é desarrazoada e desnecessária para fins de assegurar o cumprimento de deveres institucionais por membros do Ministério Público estadual.

O STF já se manifestou, em outra ocasião, sobre a constitucionalidade de lei estadual que exigia que servidor morasse no Município onde atua, não sendo cabível, contudo, a exigência de que houvesse autorização todas as vezes em que fosse sair da localidade. Tal exigência é grave violação da liberdade fundamental de locomoção e do devido processo legal (STF. Plenário. ADPF 90, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 03/04/2020, Info. 977).

O ingresso na carreira do Ministério Público é feita 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.

1.4. Conselho Nacional do Ministério Público

> **Art. 130-A, CF/88 -** O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:
> **I** - o Procurador-Geral da República, que o preside;
> **II** - quatro membros do Ministério Público da União, assegurada a representação de cada uma de suas carreiras;
> **III** - três membros do Ministério Público dos Estados;
> **IV** - dois juízes, indicados um pelo Supremo Tribunal Federal e outro pelo Superior Tribunal de Justiça;
> **V** - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
> **VI** - dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

Na composição do CNMP têm-se, assim:

- oito representantes do Ministério Público (além do PGR, há quatro representantes do MPU e três dos MPEs), sendo que estes serão, de acordo com o §1º do art. 130-A, indicados pelos respectivos Ministérios Públicos, na forma da lei. Frise-se que o MPDFT tem assento fixo de representação perante o CNMP, sem a necessidade de alternância com outros membros do MPU.

dois juízes, sendo um indicado pelo STF e um indicado STJ;

- dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da OAB;
- dois cidadãos, sendo um indicado pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

QUESTÃO DE CONCURSO

(MPDFT – 2021 – MPDFT – Promotor de Justiça Adjunto) O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios tem assento fixo de representação perante o Conselho Nacional do Ministério Público, sem a necessidade de alternância com outros membros do Ministério Público da União.

Gabarito: CORRETO.

São órgãos do CNMP: o Plenário; a Presidência; a Corregedoria Nacional do Ministério Público; os Conselheiros; as Comissões; e a Ouvidoria Nacional.

As competências do CNMP vêm disciplinadas no §2º do art. 130-A:

> **Art. 130-A, § 2º, CF/88 -** Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo lhe:
> **I** - zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;
> **II** - 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;
> **III** - 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;
> **IV** - 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;
> **V** - 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.

QUESTÃO DE CONCURSO

(CESPE / CEBRASPE – 2020 – MPE-CE – Promotor de Justiça de Entrância Inicial) Segundo a CF, o Conselho Nacional do Minsitério Público (CNMP) é competente para exercer o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público.

Gabarito: CORRETO.

Segundo o STF, **o CNMP é competente para monitorar e supervisionar o pagamento de precatórios**.

O CNMP é presidido pelo PGR, sendo que o Corregedor Nacional deverá ser escolhido dentre integrantes do Ministério Público, sendo vedada a sua recondução. Essa votação é secreta.

Ao Corregedor Nacional do CNMP compete:

- 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.

Ainda, o Presidente do Conselho Federal da OAB oficiará junto ao Conselho, mas não integrará o CNMP.

Caso os membros do CNMP cometam **crime de responsabilidade**, esses serão julgados pela Senado Federal. No entanto, havendo **crime comum**, dependerá da sua própria função.

Abaixo, algumas importantes decisões acerca do CNMP no âmbito do STF:

- **o CNMP não possui competência para realizar controle de constitucionalidade de lei,** considerando que se trata de órgão de natureza administrativa, cuja atribuição se resume a fazer o controle da legitimidade dos atos administrativos preaticados por membros ou órgãos do MPF e MPE. Assim, se o CNMP, julgando procedimento de controle administrativo, declara a inconstitucionalidade de artigo de Lei estadual, ele exorbita de suas funções (STF. 1ª Turma. MS 27744/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 14/4/2015, Info. 781);

- **compete ao CNMP dirimir conflitos de atribuições entre membros do MPF e de Ministérios Públicos Estaduais** (STF. Plenário. ACO 843/SP, Rel. para acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgado em 05/06/2020, Info. 985).

Sobre conflitos entre membros do Ministério Público, deve-se atentar para o seguinte quadro-resumo:

QUEM DECIDE CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE MEMBROS DO MP?	
SITUAÇÃO	QUEM IRÁ DIRIMIR
MPE do Estado A x MPE do Estado A	PGJ do Estado A
MPF x MPF	Câmara de Coordenação e Revisão, c/ recurso ao PGR
MPU (ramo A) x MPU (ramo B)	PGR
MPE x MPF	CNMP
MPE do Estado A x MPE do Estado B	CNMP

QUESTÃO DE CONCURSO

(FGV – 2022 – MPE – GO – Promotor de Justiça Substituto) Durante a pandemia do novo coronavírus, o Estado Alfa contratou determinada organização social (OS) para a construção e manutenção de um hospital de campanha. A Promotoria de Justiça com atribuição para tutela coletiva no local dos fatos recebeu representação, narrando que houve direcionamento e superfaturamento na contratação da OS. Assim, o órgão de execução estadual instaurou inquérito civil e, no curso da investigação, em razão da origem da verba pública que custeou o contrato, declinou de atribuição para a Procuradoria da República local. Ao receber os autos do inquérito civil, o Parquet federal entendeu que a atribuição é do Ministério Público Estadual, pois não existe interesse da União. No caso em tela, de acordo com a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal, é competente para dirimir conflito de atribuição entre Ministério Público do Estado Alfa e Ministério Público Federal o Conselho Nacional do Ministério Público, pois se deve reforçar 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.

Gabarito: CORRETO.

Compete ao STF processar e julgar originariamente ações propostas contra o CNJ e contra o CNMP no exercício de suas atividades-fim.

O candidato deve estar atento para a mudança jurisprudencial ocorrida em 2020.

Antes, o STF adotava uma interpretação restritiva ao art. 102, I, *r* da CF/88, para entender que haveria competência da Suprema Corte somente para julgar ações em que o próprio CNJ ou CNMP (que não possuem personalidade jurídica própria) figurassem no pólo passivo, que seria o caso de mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data* contra os Conselhos. Na hipótese em que eram propostas ações ordinárias para impugnar atos do CNJ e do CNMP, quem figuraria como ré no processo seria a União e tais demandas seriam julgadas pela Justiça Federal em 1ª instância.

Ocorre que o STF **mudou** o entendimento. Atualmente, o STF entende que, nos termos do art. 102, I, r, da CF/88, é competência exclusiva do STF processar e julgar originariamente todas as ações ajuizadas contra decisões do CNJ e do CNMP proferidas no exercício das suas competências constitucionais, respectivamente, previstas nos arts. 103-B, §4º, e 130-A, §2º, da CF/88 (STF. Plenário. Pet 4770 AgR/DF, Rel.

Min. Roberto Barroso, julgado em 18/11/2020, Info. 1000; STF. Plenário Rcl 33459 AgR/PE, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18/11/2020, Info. 1000).

QUESTÃO DE CONCURSO

(FCC – 2022 – MPE – PE – Promotor de Justiça) De acordo com a Constituição Federal e o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, em matérias atinentes à disciplina constitucional de órgãos e competências do Ministério Público, é competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal processar e julgar todas as ações contra decisões do Conselho Nacional do Ministério Público proferidas no exercício de suas competências constitucionais.

Gabarito: CORRETO.

1.5. Ministério Público junto aos Tribunais de Contas

O art. 73, §2º, I da CF/88 afirma que, dentre os ministros do TCU, devem ser 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.

O art. 130 da CF/88, por sua vez, outorga aos membros do MPTC as mesmas prerrogativas, vedações e forma de investidura relativas ao Ministério Público, enquanto função essencial à Justiça.

QUESTÃO DE CONCURSO

(CESPE / CEBRASPE – 2022 – MPE-TO – Promotor de Justiça Substituto) Os membros do Ministério Público dos Estados e os procuradores do Ministério Público junto aos tribunais de contas submetem-se às mesmas vedações previstas na Constituição Federal de 1988.

Gabarito: CORRETO.

O Ministério Público junto aos Tribunais de Contas (MPTC) não dispõe de fisionomia institucional própria, não integrando o conceito de Ministério Público enquanto ente despersonalizado de função essencial à justiça, estando vinculado administrativamente às Cortes de Contas. Neste sentido, inclusive, o STF já definiu, no julgamento da ADI 3804/AL, julgado em 3/12/2021, que **o MPTC encontra-se estritamente vinculado à estrutura da Corte de Contas e não detém autonomia jurídica e iniciativa legislativa para as leis que definem sua estrutura organizacional.**

Sobre o tema, inclusive, foi submetida ao STF a análise do caso em que a Constituição Estadual de Roraima fixou que as despesas com o Ministério Público de Contas ocorrerão por conta da dotação orçamentária anual, dentro dos limites legais destinados ao Poder Executivo Estadual.

O STF, então, definiu que **é inconstitucional, por ofensa ao princípio da separação dos Poderes, norma estadual que submete as despesas com pessoal do Ministério Público de Contas aos limites orçamentários fixados para o Poder Executivo.**

Cabe ao próprio Tribunal de Contas a iniciativa de leis que tratem de sua organização e estrutura internas, o que inclui a organização do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas estadual, não sendo admissível que ato legislativo de iniciativa do Executivo disponha sobre a matéria. Mesmo emenda constitucional de estatura estadual emanada do Poder Constituinte Decorrente não é instrumento com aptidão para burlar a regra constitucional da iniciativa reservada.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas integra, em termos estruturais, as Cortes de Contas, órgãos auxiliares do Poder Legislativo no mister de controle externo, motivo pelo qual suas despesas não

devem se submeter aos limites orçamentários fixados para o Poder Executivo, sendo certo, ainda, que o limite prudencial de despesas com pessoal se aplica a cada um dos Poderes do ente federativo (STF. Plenário. ADI 5563/RR, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 3/6/2022, Info 1057).

1.6. Prerrogativa de foro

O PGR será julgado:

- pelo STF no caso de crime comum;
- pelo Senado Federal no caso de crime de responsabilidade.

Quanto aos membros do MPU, irá depender do local em que atuam:

- se atuam perante os TRFs, serão julgados perante o STJ;
- se atuam em 1ª instância, serão julgados pelo TRF, visto que são autoridades federais, salvo se cometerem crime eleitoral, quando serão julgados pelo TRE.

Já os membros dos MPEs são julgados pelos Tribunais de Justiça, salvo a competência da Justiça Eleitoral, em que serão julgados pelo TRE.

1.7. Atuação perante o STF

O PGR atua em todos os processos perante o STF. Essa **legitimidade** é **privativa do PGR**. Com base nisso, em relação ao Ministério Público Estadual, este também tem legitimidade processual para atuar diretamente no STF, pois **não existe relação de dependência entre o MPE e o MPU.** Isso porque se adota, no Brasil, uma forma federativa, não havendo hierarquia entre União e Estado.

Nesse mesmo sentido, o STJ decidiu que o MPE possui legitimidade para atuar diretamente no STJ nos processos em que figurar como parte, de modo que, nessa situação, o MPE possui legitimidade para exercer todos os meios inerentes à defesa de sua pretensão. **A função de fiscal da lei no âmbito do STJ será exercida exclusivamente pelo Ministério Público Federal**, por meio dos Subprocuradores-Gerais da República designados pelo Procurador-Geral da República.

Segundo o STF, o **Ministério Público do Trabalho não possui legitimidade para atuar diretamente perante o STJ,** uma vez que ele integra a estrutura do MPU.

2. ADVOCACIA PÚBLICA E PRIVADA

Em relação à advocacia pública, ela é instituída em todos os níveis federativos, de modo que pode-se falar em Advocacia-Geral da União e, no âmbito dos Estados e Municípios, em Procuradorias Estaduais e Municipais. Há, ainda, os procuradores do Distrito Federal.

A Constituição Federal traz regras referentes à Advocacia-Geral da União no art. 131.

No artigo 132, o texto constitucional contempla regra referentes aos procuradores dos Estados e do Distrito Federal.

Serão tecidos, a seguir, comentários específicos sobre eles.

2.1. Advocacia-Geral da União (AGU)

A Advocacia-Geral da União (AGU) é a instituição que, diretamente ou por meio de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre a sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

A AGU tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Não é necessário que o pretenso AGU seja integrante da carreira.

O Advogado-Geral da União tem *status* de Ministro de Estado.

O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição ocorrerá mediante concurso público de provas e títulos.

Se o Advogado-Geral da União cometer crime de responsabilidade, será julgado pelo Senado Federal. Caso cometa crime comum, será julgado pelo STF.

No caso de execução de **dívida de natureza tributária**, quem representa a União é a **Procuradoria da Fazenda Nacional.** A PFN é órgão do Ministério da Fazenda, fazendo parte da advocacia pública da União.

Frise-se que a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União (LC n.° 73/93) afirma, em seu art. 28, III, que é vedado, aos membros da AGU, manifestar-se, por qualquer meio de divulgação, sobre assunto pertinente às suas funções, salvo ordem, ou autorização expressa do Advogado-Geral da União.

Semelhante proibição foi estabelecida aos Procuradores Federais, no art. 38 da Medida Provisória n.° 2.229-43/2001.

Em sede de ADI, que foi proposta pela União dos Advogados Públicos Federais do Brasil – UNAFE e a Associação Brasileira de Imprensa – ABI, o STF decidiu que essa previsão é constitucional, devendo, contudo, ser dada interpretação conforme a Constituição, a fim de afastar do seu âmbito de incidência a possibilidade de manifestação pelo advogado público na seara acadêmica (liberdade de cátedra) ou para representar sobre ilegalidades de que tenha conhecimento (dever funcional do servidor).

Assim, fixou-se a seguinte tese:

> **Info. 1098[83], STF -** Considerando-se a natureza do cargo, é constitucional a necessidade de ordem ou autorização expressa do Advogado-Geral da União para manifestação do advogado público sobre assunto pertinente às suas funções, ressalvadas a liberdade de cátedra e a comunicação às autoridades competentes acerca de ilegalidades constatadas.

2.2. Procuradoria dos Estados e do Distrito Federal

Com relação aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, o art. 132 da CF/88 estabelece que estes são organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos,

---

Disponível em:

[83] https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1098.pdf

com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases. Eles exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

QUESTÃO DE CONCURSO

(Fundação CEFETBAHIA – 2018 – MPE-BA – Promotor de Justiça Substituto) O ingresso na carreira de Procurador do Estado ou do Distrito Federal é feito por meio de concurso público de provas e títulos, no qual é necessária a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases.

Gabarito: CORRETO.

Aos procuradores é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias. Não há vitaliciedade, mas há estabilidade.

O STF firmou o entendimento de que os procuradores, quando emitem um parecer, e o administrador vai no sentido desse parecer, **isto não implica responsabilidade solidária do advogado público por eventual erro, salvo se for decorrente de culpa grave, erro grosseiro e inescusável.**

ATENÇÃO

Importante tema para os concursos públicos da Advocacia Pública foi definido pelo STF no que tange à definição de honorários.

No julgamento da ADI 5910/RO, julgado em 27/5/2022, a Suprema Corte definiu que **é constitucional, desde que observado o teto remuneratório, norma estadual que destina aos procuradores estaduais honorários advocatícios incidentes na hipótese de quitação de dívida ativa em decorrência da utilização de meio alternativo de cobrança administrativa ou de protesto de título.**

Para entender a questão, deve-se atentar para os seguintes pontos:

- É possível o pagamento de honorários de sucumbência aos procuradores (estaduais e federais), observando-se, contudo, o limite remuneratório previsto no art. 37, XI, da CF/88, conforme já definido pelo STF;

- É permitido que a Fazenda Pública se utilize de outros meios alternativos para a cobrança de seus créditos, distintos da execução fiscal, uma vez que se inserem no contexto das medidas que visam aprimorar a eficiência e a eficácia da cobrança do crédito inscrito em dívida ativa.

O já mencionado art. 132 da CF/88 contempla o princípio da unicidade da representação judicial dos Estados e do DF, conferindo, aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira única, a atribuição exclusiva das funções de representação judicial, consultoria e assessoramento jurídico das unidades federativas.

Tal dispositivo abrange a Administração Direta, autárquica e fundacional.

O STF, no julgamento da ADI 7.380/AM, esclareceu que o modelo constitucional da atividade de representação judicial e consultoria jurídica dos Estados exige a unicidade orgânica da advocacia pública estadual, incompatível com a criação de órgãos jurídicos paralelos para o desempenho das mesmas atribuições no âmbito da Administração Pública Direta ou Indireta.

> **Info. 1104[84], STF -** É inconstitucional, por violação do art. 132 da CF, a criação de órgão ou de cargos jurídicos fora da estrutura da Procuradoria do Estado, com funções de representação judicial, consultoria ou assessoramento jurídico de autarquias e fundações públicas estaduais.

Frise-se, contudo, que não compete à PGE/PGDF a consultoria jurídica e a representação judicial das empresas públicas e sociedades de economia mista.

Ainda sobre o tema, o STF também decidiu que é constitucional a instituição de órgãos, funções ou carreiras especiais para consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário estaduais, admitindo-se a representação judicial extraordinária apenas nos casos em que o Poder estadual correspondente precise defender em juízo, em nome próprio, sua autonomia, prerrogativas e independência em face dos demais Poderes.

Nas hipóteses em que admitida, a atividade de representação judicial extraordinária a ser desempenhada pelos órgãos, funções ou carreiras especiais deve permanecer devidamente apartada da atividade-fim do Poder estadual ao qual vinculados.

Com isso, o STF fixou a seguinte tese:

> **Info. 1089[85], STF** - É constitucional a instituição de órgãos, funções ou carreiras especiais voltadas à consultoria e assessoramento jurídicos dos Poderes Judiciário e Legislativo estaduais, admitindo-se a representação judicial extraordinária exclusivamente nos casos em que os referidos entes despersonalizados necessitem praticar em juízo, em nome próprio, atos processuais na defesa de sua autonomia, prerrogativas e independência face aos demais Poderes, desde que a atividade desempenhada pelos referidos órgãos, funções e carreiras especiais remanesça devidamente apartada da atividade-fim do Poder estadual a que se encontram vinculados.

2.3. Advocacia

O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei. A partir desse dispositivo, resta consagrado o **princípio da indispensabilidade do advogado** e o **princípio da imunidade do advogado**.

A **indispensabilidade** significa que, a promoção de uma ação deve se dar por meio de advogado, salvo nos casos dos Juizados Especiais Cíveis, da Justiça do Trabalho, do *habeas corpus*, da revisão criminal, entre outros.

Quanto ao princípio da imunidade, essa inviolabilidade é relacionada aos atos e às manifestações no exercício da profissão. Isto é, não legitima o abuso. O STF entendeu que é constitucional a previsão de que os advogados terão direito à sala de estado-maior. Após a condenação, o advogado deverá ser encaminhado para a prisão comum.

Disponível em:

[84] https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1104.pdf

Disponível em:

[85] https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1089.pdf

Segundo o STF, é constitucional a isenção do pagamento de contribuição sindical, eis que o advogado já paga a contribuição anual para a OAB.

3. DEFENSORIA PÚBLICA

A Defensoria Pública também é disciplinada pela Constituição Federal como uma das "funções essenciais à justiça". A instituição não deve ser considerada como Advocacia Pública, já que o texto constitucional separou nitidamente as funções realizadas por cada órgão.

O *caput* do art. 134 da CF/88 dispõe:

> **Art. 134, CF/88 -** A Defensoria Pública é instituição permanente, 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, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

O texto constitucional consagra como direito individual do necessitado, que apresenta insuficiência de recursos, a prestação estatal jurídica gratuita e integral, em obediência, inclusive, ao comando estabelecido no art. 5º, LXXIV, da CF/88.

As Defensorias Públicas são organizadas em carreira, providas, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade, sendo vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. Eis a dicção do §1º do art. 134 da CF/88:

> **§ 1º** Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá 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.

Embora a Defensoria Pública exerça atividade de representação judicial e extrajudicial, de advocacia contensiosa e consultiva, o que a assemelha à Advocacia neste ponto, não se pode afirmar que os Defensores Públicos sejam advogados. Registram-se alguns pontos que denotam o tratamento diverso:

A Defensoria Pública está sujeita a regime próprio e estatutos específicos, submetendo-se à fiscalização disciplinar por órgãos próprios;

o exercício do cargo de Defensor Público ou Defensora Pública exige prévia aprovação em concurso público;

aos membros do órgão não é exigida procuração para atuar.

Importante destacar, inclusive, que **o STF definiu que o Defensor Público não precisa ser inscrito na OAB para exercer suas funções. Nos termos do quanto exposto pela Suprema Corte, não se harmoniza com a Constituição Federal o art. 3º da Lei n.º 8.906/94 ao estatuir a dupla sujeição ao regime jurídico da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e ao da Defensoria Pública, federal ou estadual**. Fixou-se, assim, a seguinte tese:

> **Tema 1.074[86], STF -** É inconstitucional a exigência de inscrição do Defensor Público nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil (STF. Plenário. ADI 4636/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 3/11/2021, Info. 1036).

Os **princípios institucionais da Defensoria Pública** são basicamente os mesmos do MP:

- **unidade**: quem atua é o órgão, e não apenas o membro;
- **indivisibilidade:** o defensor público não se vincula ao processo no qual atua;
- **independência funcional**: o defensor público atua com convicção jurídica, não estando subordinado a quaisquer poderes com relação a esta atuação. A hierarquia existente é meramente administrativa.

Às Defensorias Públicas (da União, dos Estados e do Distrito Federal) **são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária** dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, bem como subordinação do disposto no art. 99, §2º da CF/88. Assegura-se às Defensorias Públicas, assim, não apenas autonomia administrativa, mas também autonomia financeira.

Dentro da autonomia administrativa assegurada às Defensorias Públicas, verifica-se, inclusive, a possibilidade de o órgão **propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de cargos e a remuneração dos serviços auxiliares**, inclusive para propor como serão fixados os subsídios de seus membros, diante da aplicação do art. 96, II da CF/88, nos termos do quanto estabelecido no §4º do art. 134.

QUESTÕES DE CONCURSO

(Fundação CEFETBAHIA – 2018 – MPE-BA – Promotor de Justiça Substituto) É assegurada à Defensoria Pública da União a autonomia funcional e administrativa, e, aos seus integrantes, a garantia da inamovibilidade, sendo vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

Gabarito: CORRETO.

(Fundação CEFETBAHIA – 2018 – MPE-BA – Promotor de Justiça Substituto) As atribuições dos integrantes da Defensoria Pública, instituição que faz parte das funções essenciais à Justiça, abrangem atividades de representação judicial e extrajudicial, de advocacia contenciosa e consultiva.

Gabarito: CORRETO.

A autonomia administrativa e a independência funcional asseguradas às Defensorias Públicas garantem que o Poder Judiciário não interfira nas escolhas e nos critérios de atuação dos defensores públicos. Em face disso, não configura crime de desobediência a conduta do Defensor Público-Geral que deixa de atender à requisição judicial de nomeação de defensor público para atuar em determinada ação penal, sob alegação de que não há efetivo para tanto, havendo outras comarcas prioritárias para atendimento. Esse, inclusive, foi o entendimento do STJ, conforme estabelecido no Informativo 586.

Neste sentido, o STF considerou inconstitucional, por exemplo, a imposição, por via judicial, de lotação de defensor público em divergência com os critérios prefixados pela própria instituição, quando estes

Disponível em:

[86]https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5796390&numeroProcesso=1240999&classeProcesso=RE&numeroTema=1074

já considerem a proporcionalidade da efetiva demanda de seus serviços e a respectiva população na unidade jurisdicional, com prioridade de atendimento às regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional.

Sobre o ponto, o STF fixou a seguinte tese: ofende **a autonomia administrativa das Defensorias Públicas decisão judicial que determine a lotação de defensor público em localidade desamparada, em desacordo com os critérios previamente definidos pela própria instituição, desde que observados os critérios do art. 98, caput e § 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT.** (STF. Plenário. RE 887.671/CE, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 08/03/2023, Repercussão Geral – Tema 847, Info 1086).

Algumas outras importantes questões foram definidas pela jurisprudência pátria em relação à Defensoria Pública e sua atuação, conforme abaixo registrado:

1) **a Defensoria Pública possui legitimidade para ajuizar ação civil pública**, razão pela qual o STF ratificou esse entendimento, mesmo que atinja excepcionalmente pessoas não necessitadas. **O STJ, inclusive, já decidiu que a Defensoria Pública tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores idosos que tiveram plano de saúde reajustado em razão da mudança de faixa etária, ainda que os titulares não sejam carentes de recursos econômicos**, conforme definido no Informativo 573;

QUESTÃO DE CONCURSO

(CESPE / CEBRASPE – 2022 – DPE – SE – Defensor Público) De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é correto afirmar que a Defensoria Pública tem legitimidade para a propositura da ação civil pública, ainda que esta vise promover a tutela judicial de direitos difusos e coletivos de que sejam titulares, em tese, pessoas necessitadas.

Gabarito: CORRETO.

2) o STF decidiu, em 20/11/2020, que **é inconstitucional dispositivo de Constituição Estadual que confere foro por prerrogativa de função para Defensores Públicos, bem como Procuradores do Estado.** Isso porque a Constituição estadual não pode atribuir foro por prerrogativa de função a autoridades diversas daquelas arroladas na Constituição Federal (STF. Plenário. ADI 6501 Ref-MC/PA, ADI 6508 Ref-MC/RO, ADI 6515 Ref-MC/AM e ADI 6516 RefMC/AL, Rel. Min. Roberto Barroso, julgados em 20/11/2020, Informativo 1000);

QUESTÃO DE CONCURSO

(**CESPE / CEBRASPE – 2022 – DPE – SE – Defensor Público)** Considerando-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da Defensoria Pública e de seus membros, é correto afirmar que é inconstitucional dispositivo de Constituição Estadual que dispõe competir à Assembleia Legislativa do Estado processar e julgar Defensor Público-Geral do Estado nos crimes de responsabilidade.

Gabarito: CORRETO.

3) a Defensoria Pública pode prestar assistência jurídica às pessoas jurídicas que preencham os requisitos constitucionais, conforme decisão do STF. Eis a situação:

O art. 4º da LC n.º 80/94 estabelece, dentre as funções institucionais da Defensoria Pública, exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses.

O Conselho Federal da OAB ajuizou ação contra a expressão “e jurídicas”, sob o argumento de que a atuação da Defensoria Pública deveria ficar restrita às pessoas físicas. O STF, contudo, julgou improcedente o pedido.

O STF se manifestou no seguinte sentido:

> [...] A Defensoria Pública, por obrigação, deve prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Suas funções, contudo, não se restringem ao aspecto econômico, devendo zelar pelos direitos e interesses dos necessitados também sob o prisma da hipossuficiência e vulnerabilidade decorrentes de outras razões, como a idade, etnia, condição física e mental etc.

A Defensoria Pública, então, como agente de transformação social, deve assistir todos aqueles que encontrem barreiras para o exercício de seus direitos, não havendo, em princípio, impedimento insuperável a que pessoas jurídicas também venham a ser consideradas titulares de direitos fundamentais, apesar de estes, originalmente, terem por referência a pessoa física.

As expressões “insuficiência de recursos” e “necessitados” podem aplicar-se tanto às pessoas físicas quanto às pessoas jurídicas. Assim, há possibilidade de que as pessoas jurídicas sejam, de fato, hipossuficientes, necessitando de assistência da Defensoria Pública (STF. Plenário. ADI 4636/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 3/11/2021, Info. 1036).

4) os Municípios podem instituir a prestação de assistência jurídica à população de baixa renda;

No caso submetido ao STF, a Procuradoria Geral da República ajuizou uma ADPF contra lei municipal que previa a prestação do serviço de assistência jurídica gratuita àqueles que não têm condições de custear os honorários de um advogado.

Para a Suprema Corte, a prestação do aludido serviço para auxiliar população economicamente vulnerável não visa substituir a atividade prestada pela Defensoria Pública, sendo que o serviço municipal atua de forma simultânea, tratando-se de mais um espaço para garantia de acesso à jurisdição (art. 5°, LXXIV, da CF/88).

Ademais, os municípios possuem competência para legislar sobre assuntos de interesse local, cabendo à administração municipal atentar para as reais necessidades da população, organizando e prestando os serviços públicos de interesse local (art. 30, I, II e V, CF/88).

Por fim, a competência material para o combate às causas e ao controle das condições dos vulneráveis em razão da pobreza e para a assistência aos desfavorecidos é comum a todos os entes federados (art. 23, X, CF/88).

Assim sendo, os municípios podem instituir a prestação de assistência jurídica à população de baixa renda (STF. Plenário. ADPF 279/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 3/11/2021, Info. 1036).

5) A Defensoria Pública detém 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 à sua atuação (STF. Plenário. ADI 6852/DF e ADI 6862/PR, Rel. Min. Edson Fachin, julgados em 18/02/2022, Info. 1045).

Trata-se de importante decisão relacionada à **prerrogativa de requisição conferida aos membros da Defensoria Pública**, merecendo especial atenção para os concursos públicos, notadamente os da carreira específica.

A LC federal n.º 80/94 organiza a Defensoria Pública da União e a Defensoria Pública do Distrito Federal, além de estabelecer normas gerais para a organização das Defensorias Públicas dos Estados.

A aludida LC federal e as leis orgânicas estaduais conferem prerrogativas aos membros da carreira. Dentre elas, encontra-se a prerrogativa de requisição de informações e documentos a autoridades, agentes e órgãos públicos.

O Procurador-Geral da República ajuizou ADI contra os diversos dispositivos da LC n.º 80/94 que contemplavam a prerrogativa de requisição, sustentando que a atribuição de poder requisitório aos defensores públicos, por revestir-se dos atributos de autoexecutoriedade, imperatividade e presunção de legitimidade, violaria o princípio da inafastabilidade da jurisdição e o preceito da paridade de armas na relação processual, notadamente no que tange à produção de provas.

O STF, contudo, declarou a **constitucionalidade do poder de requisição das Defensorias Públicas, afirmando que, ao conceder tal prerrogativa aos membros da instituição, o legislador estaria fornecendo condições materiais para o exercício de suas atribuições, concretizando, assim, o direito constitucional do acesso à justiça.** A Suprema Corte destacou, inclusive, que se trata de medida salutar por permitir a solução de demandas pelas vias administrativas ou transacionais, evitando o ajuizamento de demandas judiciais e resguardando, com celeridade e eficiência, os direitos dos hipossuficientes. Por se tratar, enfim, de função essencial à Justiça e à democracia, notadamente no tocante à sua atuação coletiva e fiscalizadora, deve-se resguardar o poder de requisição dos defensores públicos.

Embora o STF já tenha afirmado a prerrogativa de a Defensoria Pública requisitar, de quaisquer autoridades públicas e de seus agentes, certidões, exames, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e outras providências necessárias ao exercício de suas atribuições, deve-se frisar que **é inconstitucional norma estadual que confere à instituição o poder de requisição para instaurar inquérito policial.**

Isso porque o poder de requisitar a instauração de inquérito policial está intrinsecamente ligado à persecução penal, o que exige uma disciplina uniforme em todo o território nacional. Nesse contexto, o art. 5º do CPP — norma editada no exercício da competência privativa da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I, CF/88) — já delimitou essa atribuição, conferindo-a somente à autoridade judiciária ou ao Ministério Público.

Logo, **viola o art. 22, I, da CF/88, a norma estadual que, indo de encontro à disciplina processual editada pela União, amplia o poder de requisição para instauração de inquérito policial para conferir tal atribuição à Defensoria Pública**. (STF. Plenário. ADI 4346/MG, Rel. Min. Roberto Barroso, redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgado em 13/03/2023, Info 1086).

6) O STF decidiu, em 26 de abril de 2022, que é inconstitucional norma estadual que restabeleça, no âmbito do Poder Judiciário local, cargos de Advogado da Justiça Militar vocacionados a patrocinar a defesa gratuita de praças da Polícia Militar. Conforme a Suprema Corte, tal modelo não se coaduna com aquele implementado pela ordem constitucional inaugurada em 1988, o qual dispõe que a função de defesa dos necessitados, quando desempenhada pelo Estado, é própria à Defensoria Pública (art. 134 da CF/88);

7) O STF afirmou que é constitucional a norma federal que criou a Ouvidoria-Geral da Defensoria Pública nos Estados-membros e estabeleceu sua competência (STF. Plenário. ADI 4608/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 13/05/2022, Info. 1054);

8) O STJ firmou entendimento no sentido de que **é admitida a intervenção da DPU no feito como custos vulnerabilis nas hipóteses em que há formação de precedentes em favor dos vulneráveis e dos direitos humanos.**

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE

Admite-se a intervenção da Defensoria Pública da União no feito como custos vulnerabilis nas hipóteses em que há formação de precedentes em favor dos vulneráveis e dos direitos humanos.

Salienta-se preliminarmente que, no caso, foi facultada à Defensoria Pública da União a sua atuação nos autos como *amicus curiae*. Contudo, a DPU postulou a sua intervenção como custos vulnerabilis, ou seja, na condição de "guardiã dos vulneráveis", o que lhe possibilitaria interpor todo e qualquer recurso.

O art. 1.038, I, do Novo Código de Processo Civil, estabelece que o relator poderá solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno.

A Defensoria Pública, nos termos do art. 134 da CF/88, é instituição permanente, 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, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Segundo a doutrina, custos vulnerabilis representa uma forma interventiva da Defensoria Pública em nome próprio e em prol de seu interesse institucional (constitucional e legal), atuação essa subjetivamente vinculada aos interesses dos vulneráveis e objetivamente aos direitos humanos, representando a busca democrática do progresso jurídico-social das categorias mais vulneráveis no curso processual e no cenário jurídico-político. A doutrina pondera ainda, "que a Defensoria Pública, com fundamento no art. 134 da CF/88, e no seu intento de assegurar a promoção dos direitos humanos e a defesa [...] de forma integral, deve, sempre que o interesse jurídico justificar a oitiva do seu posicionamento institucional, atuar nos feitos que discutem direitos e/ou interesses, tanto individuais quanto coletivos, para que sua opinião institucional seja considerada, construindo assim uma decisão jurídica mais democrática".

Assim, tendo em conta que a tese proposta no recurso especial repetitivo irá, possivelmente, afetar outros recorrentes que não participaram diretamente da discussão da questão de direito, bem como em razão da vulnerabilidade do grupo de consumidores potencialmente lesado e da necessidade da defesa do direito fundamental à saúde, a Defensoria Pública da União está legitimada para atuar como custos vulnerabilis (STJ. 2ª Seção. Edcl no Resp 1712163-SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 25/09/2019, Info. 657[87]).

9) De acordo com a mais recente jurisprudência do STJ acerca da atuação das defensorias públicas junto ao STJ, pode-se afirmar que **a Defensoria Pública Estadual, para receber intimações das decisões proferidas pelo STJ, deve ter aderido ao Portal de Intimações Eletrônicas do Tribunal ou manter representação em Brasília.** Tal afirmação foi, inclusive, alvo de cobrança na prova da Defensoria Pública do Estado de Sergipe, realizada em 2022, pela CESPE/CEBRASPE.

Disponível em:

[87] https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/informjurisdata/issue/view/552/showToc

10) Em razão da autonomia e da relevância institucional das Defensorias Públicas, é constitucional o recebimento de honorários sucumbenciais quando estas representarem o litigante vencedor em demanda ajuizada contra qualquer ente público, ainda que o litígio se dê contra o ente federativo que integram.

Sabe-se que as Defensorias Públicas, diante das reformas trazidas pelas EC 45/2004, 74/2013 e 80/2014, são órgãos constitucionais independentes, sem subordinação ao Poder Executivo.

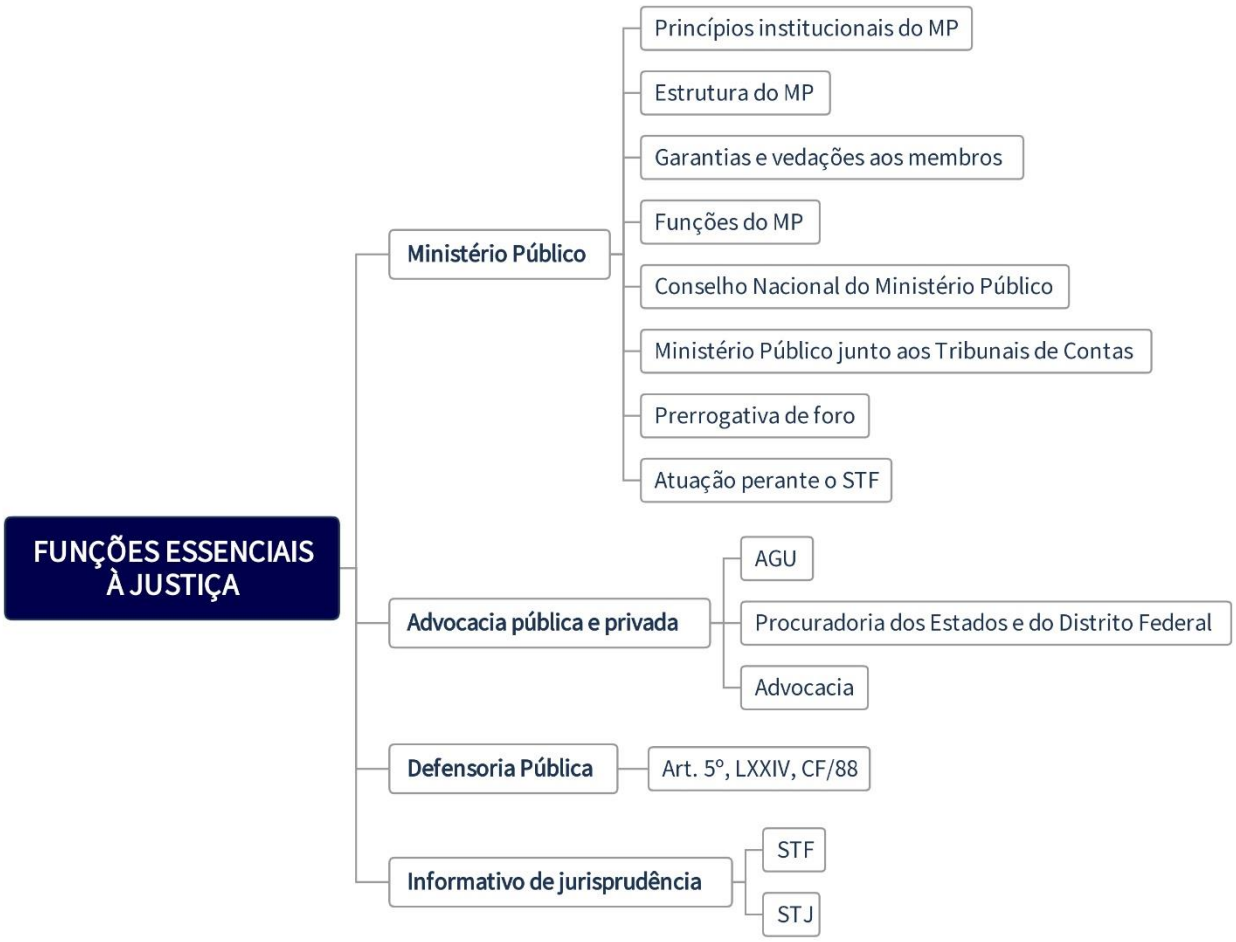
Frise-se, contudo, que é vedado o rateio, entre os membros da Defensoria Pública, do valor recebido a título de verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação judicial. Tal quantia deve ser destinada, exclusivamente, para a estruturação das unidades da instituição, com vistas ao incremento da qualidade do atendimento à população carente e à garantia da efetividade do acesso à Justiça.

Neste sentido, foram fixadas as seguintes teses:

1. É devido o pagamento de honorários sucumbenciais à Defensoria Pública, quando representa parte vencedora em demanda ajuizada contra qualquer ente público, inclusive aquele que integra;

2. O valor recebido a título de honorários sucumbenciais deve ser destinado, exclusivamente, ao aparelhamento das Defensorias Públicas, vedado o seu rateio entre os membros da instituição. STF. Plenário. RE 1.140.005/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 26/6/2023 (Repercussão Geral – Tema 1002) (Info 1100).

Diante deste entendimento do STF, verificando-se que se trata de matéria constitucional, uma vez que analisa a autonomia da Defensoria Pública com base no art. 134 da CF/88, encontra-se superado o entendimento manifestado na Súmula 421 do STJ.


FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA
Ministério Público
Princípios institucionais do MP
Estrutura do MP
Garantias e vedações aos membros
Funções do MP
Conselho Nacional do Ministério Público
Ministério Público junto aos Tribunais de Contas
Prerrogativa de foro
Atuação perante o STF
Advocacia pública e privada
AGU
Procuradoria dos Estados e do Distrito Federal
Advocacia
Defensoria Pública
Art. 5º, LXXIV, CF/88
Informativo de jurisprudência
STF
STJ

22 DEFESA DO ESTADO E DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS: SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CRISES

A Constituição Federal de 1988 preocupa-se com a garantia da estabilidade constitucional, da soberania do Estado, prezando pelo respeito ao regime democrático e às instituições políticas. Assim, previu instrumentos voltados à defesa do Estado e das instituições democráticas, seccionadas em dois grupos:

a) a previsão de instrumentos excepcionais para a manutenção ou restabelecimento da ordem em **momentos de anormalidades constitucionais**, configurando o chamado **sistema constitucional de crises,** que é composto pelo **estado de defesa** e pelo **estado de sítio**;

b) a institucionalização da defesa do país por meio das **Forças Armadas** e da **segurança pública.**

A defesa do Estado compreende: a) defesa do território nacional contra invasões estrangeiras (art. 34, II, e 137, II da CF/88); b) defesa da soberania nacional (art. 91 da CF/88); c) defesa da Pátria (art. 142 da CF/88).

A defesa das instituições democráticas busca o equilíbrio da ordem constitucional, o equilíbrio entre os grupos de poder.

O sistema constitucional de crises surge quando ocorre uma **violação da normalidade constitucional**, momento em que **a legalidade constitucional ordinária é afastada provisoriamente, dando espaço para uma legalidade constitucional extraordinária**. Trata-se de medidas excepcionais necessárias para o restabelecimento da ordem constitucional. Não há que se confundir excepcionalidade com arbitrariedade.

De acordo com Dirley da Cunha Jr. (2020, p. 1137-1138):

> O sistema constitucional de crises é, sem dúvida, um sistema jurídico. Compõem-se de um conjunto de normas constitucionais que ordenam e delimitam as providências estritamente necessárias para controlar as graves crises político-institucionais. Por serem normas jurídicas, são informadas e determinadas por princípios que devem ser obrigatoriamente observados. Essas normas traçam os chamados *estados de exceção*, aqui entendidos como um conjunto de medidas e providências *excepcionais* que têm por finalidade afastar aquelas situações de crise e restaurar a normalidade, a ordem, a paz social e o equilíbrio constitucional entre as instituições políticas.

Vê-se que o sistema constitucional de crises é amparado por um conjunto de princípios, abaixo delineados:

PRINCÍPIOS QUE REGEM O SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CRISES	
Excepcionalidade	As medidas do estado de defesa e do estado de sítio são excepcionais. As ações excepcionais devem ser adotadas apenas nas situações de desequilíbrio/desordem, com vistas ao retorno ao *status quo ante.*
Necessidade	As medidas do estado de defesa e do estado de sítio só devem ser adotadas se não houver outro meio menos gravoso para o restabelecimento da normalidade. São a *ultima ratio*.

Temporalidade	As medidas próprias do estado de defesa e do estado de sítio devem cessar tão logo seja restabelecida a normalidade, devendo, assim, ter caráter temporal.
Obediência estrita à CF/88	As medidas do estado de defesa e do estado de sítio devem seguir estritamente os ditames constitucionais e tão somente para defender o Estado Democrático de Direito.
Controle político-judicial	A CF/88 previu um sistema de controle e de fiscalização dos atos excepcionais a partir da sua dupla natureza, jurídica e política. Assim, os atos submetem-se tanto ao controle político exercido pelo Congresso Nacional – nos casos de perpetuação ou decretação (ou autorização) dos estados de exceção – quanto pelo controle exercido pelo Poder Judiciário – quando as medidas deixarem de observar as normas constitucionais ou afetarem abusivamente os direitos e as garantias fundamentais.

2. DO ESTADO DE DEFESA

2.1. Conceito e Hipóteses

O Estado de Defesa é uma medida excepcional menos gravosa que o estado de sítio, **decretado pelo Presidente da República** com **posterior aprovação pelo Congresso Nacional**, com o intuito de **preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados**, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por **grave e iminente instabilidade institucional** ou atingidas por **calamidades de grandes proporções na natureza.**

Assim, as hipóteses previstas para a decretação do estado de defesa são:

a) grave e iminente instabilidade institucional

b) calamidades de grandes proporções na natureza

Frise-se que a titularidade para a decretação do Estado de Defesa é exclusiva do Presidente da República (art. 84, IX c/c art. 136, *caput*, da CF/88).

2.2. Requisitos Formais

Os requisitos formais (ou pressupostos formais) para a decretação do Estado de Defesa são:

a) **Prévia manifestação do Conselho da República** (art. 90, I, da CF/88) **e do Conselho de Defesa Nacional** (art. 91, §1º, II, da CF/88), cujas manifestações têm caráter meramente consultivo e não vinculante;

b) **Decreto do Presidente da República instituindo o Estado de Defesa**. De acordo com §1º do art. 136, o decreto determinará o tempo de duração do Estado de Defesa, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas que devem vigorar durante a sua vigência;

c) **aprovação do decreto instituidor pela maioria absoluta do Congresso Nacional**, consoante §4º do art. 136.

2.3. Procedimento

O procedimento, em síntese, segue o seguinte rito:

I) o Presidente da República determina que sejam **ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional**, que emitirão parecer (meramente opinativo);

II) após o parecer opinativo, o Presidente da República **decide se decreta ou não o Estado de Defesa**. Caso o Presidente decrete o Estado de Defesa, submeterá o ato, com a respectiva justificação, ao Congresso Nacional em 24 horas. Se o Congresso Nacional estiver em recesso, será convocado, extraordinariamente, no prazo de cinco dias. A convocação é feita pelo Presidente do Senado Federal, conforme previsto no art. 57, §6º, I da CF/88;

III) o Congresso Nacional deverá apreciar o decreto dentro de dez dias contados de seu recebimento, sendo que a sua aprovação deverá ser feita por meio da maioria absoluta de seus membros. O Congresso Nacional continuará funcionando enquanto vigorar o Estado de Defesa.

O §7º do art. 136 da CF/88 informa que **o Estado de Defesa deverá cessar imediatamente caso seja rejeitado o decreto.**

2.4. Prazo

O §2º do art. 136 estabelece que **o tempo de duração do Estado de Defesa não será superior a trinta dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período**, se persistirem as razões que justificaram a sua decretação.

O decreto de prorrogação do Estado de Defesa também será submetido à aprovação do Congresso Nacional dentro do prazo de 24 horas, exigindo-se, de igual modo, a aprovação pela maioria absoluta.

O Estado de Defesa só pode ser prorrogado por uma única vez, de modo que, **caso não tenha sido resolvida a situação de anormalidade que ensejou a sua decretação, deverá ser decretado o Estado de Sítio**, conforme será visto adiante.

2.5. Abrangência

A abrangência do Estado de Defesa será sempre em função de **locais restritos e determinados**, não podendo ter abrangência nacional. **O decreto** que instituir o Estado de Defesa **deverá especificar as áreas a serem abrangidas.**

2.6. Controle

O controle do Estado de Defesa poderá ser realizado pelo Congresso Nacional (controle político) ou pelo Poder Judiciário (controle judicial).

Tanto o controle político quanto o controle judicial podem ser realizados de forma imediata, concomitante ou sucessiva. **O controle judicial imediato, contudo, não é pacífico na doutrina**, não havendo manifestação do STF a respeito, diante da ausência de decretação da medida após 1988.

As possibilidades de controle podem ser assim apresentadas:

MOMENTO	CONTROLE POLÍTICO (PELO CONGRESSO NACIONAL)	CONTROLE JUDICIAL (PELO PODER JUDICIÁRIO)
IMEDIATO	O art. 49, IV, da CF/88 estabelece que é competência exclusiva do Congresso Nacional aprovar o Estado de Defesa. Tanto o decreto de instituição quanto eventual decreto de prorrogação da medida devem ser aprovados pelo Congresso Nacional, exigindo-se, para tanto, aprovação por maioria absoluta de seus membros, consoante art. 136, §4º da CF/88.	O controle jurisdicional imediato é defendido por Pedro Lenza (2021, p. 1103), que sustenta a possibilidade de controle judicial do ato político de decretação nas hipóteses de abuso de direito ou desvio de finalidade, devendo o controle ser feito com parcimônia e em hipóteses excepcionais. **O autor reconhece, porém, que o tema é polêmico, não havendo análise específica do STF.**
CONCOMITANTE	De acordo com o art. 140 da CF/88, 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.	Trata-se de um controle de legalidade que deverá recair sobre a execução da medida, sobre as práticas que estão sendo tomadas. No caso de medidas ilegais, poderá ser impetrado *habeas corpus*, mandado de segurança; ou outras medidas jurisdicionais cabíveis. Não há um controle de mérito sobre a medida, pois advém de um juízo de conveniência do Presidente.
SUCESSIVO	O parágrafo único do art. 141 da CF/88 estabelece que, cessado o estado de defesa, 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. O *caput* do artigo informa que os executores ou agentes poderão ser responsabilizados pelos ilícitos cometidos, podendo-se falar, por exemplo, em responsabilização política do Presidente da República por eventual crime de responsabilidade.	Aqui, aplica-se também o art. 141, *caput*, da CF/88, podendo-se reconhecer a responsabilidade administrativa, penal e/ou cível do Presidente, dos executores das medidas, bem como de quaisquer agentes responsáveis pela ilegalidade ou pelo abuso de poder. Obs.: Eduardo dos Santos (2022, p. 1197) enquadra, aqui, a responsabilização política do Presidente da República. Contudo, a responsabilização política do Presidente da República se enquadraria, em verdade, como hipótese de controle político.

2.7. Medidas Coercitivas

O decreto instituidor do Estado de Defesa poderá contemplar medidas coercitivas, previstas no §1º do art. 136, da CF/88 abaixo reproduzido:

> **Art. 136, § 1º, CF/88 -** O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes:

I - restrições aos direitos de:
a) reunião, ainda que exercida no seio das associações;
b) sigilo de correspondência;
c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica;
II - ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes.

Ademais, o §3º do art. 136 estabelece que, na vigência do Estado de Defesa, a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, será por este, comunicada imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se for ilegal, sendo facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial.

A comunicação será acompanhada de declaração, pela autoridade, do estado físico e mental do detido no momento de sua atuação.

A prisão ou detenção de qualquer pessoa não poderá ser superior a dez dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário, sendo vedada a incomunicabilidade do preso.

QUESTÃO DE CONCURSO

(MPDFT – 2021 – MPDFT – Promotor de Justiça Adjunto) Na vigência do estado de defesa, a prisão de qualquer pessoa não poderá ser superior a quinze dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário. **Gabarito: INCORRETO.**

Resolução: de acordo com o inciso III do §3º do art. 136, da CF/88 na vigência do estado de defesa, a prisão ou detenção de qualquer pessoa não poderá ser superior a dez dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário.

3. DO ESTADO DE SÍTIO

3.1. Conceito e Hipóteses

O Estado de Sítio é, também, medida excepcional, porém mais grave que o Estado de Defesa, devendo este ser **decretado pelo Presidente da República** apenas **após a autorização do Congresso Nacional.**

As hipóteses para a decretação do Estado de Sítio são:

a) **comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o Estado de Defesa;**

b) **declaração de estado de guerra** ou **resposta à agressão armada estrangeira**.

Frise-se que a situação pode ser tão grave a ponto de se decretar o Estado de Sítio mesmo sem a decretação de Estado de Defesa previamente.

A titularidade para a decretação do Estado de Sítio é exclusiva do Presidente da República (art. 84, IX c/c art. 137, *caput*, da CF/88).

3.2. Requisitos Formais

Os requisitos formais (ou pressupostos formais) para a decretação do Estado de Sítio são:

a) **Prévia manifestação do Conselho da República** (art. 90, I, da CF/88) **e do Conselho de Defesa Nacional** (art. 91, §1º, II, da CF/88), cujas manifestações têm caráter meramente consultivo e não vinculante;

b) **Autorização do Congresso Nacional pela maioria absoluta de seus membros**, consoante parágrafo único do art. 137 da CF/88, o que se dará por meio de **Decreto Legislativo** (art. 49, IV, da CF/88);

c) **Decreto do Presidente da República instituindo o Estado de Sítio.** De acordo com o art. 138, o decreto indicará sua duração, as normas necessárias à sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas;

d) **Após publicação do Decreto, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas.**

3.3. Procedimento

O procedimento, em síntese, segue o seguinte rito:

I) O Presidente da República determina que sejam **ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional**, que emitirão parecer (meramente opinativo);

II) o Presidente, caso decida instaurar a medida, **solicitará ao Congresso Nacional a autorização para a sua decretação**, relatando os motivos determinantes do pedido. Caso a autorização seja solicitada durante o recesso parlamentar, o Presidente do Senado Federal, de imediato, convocará extraordinariamente o Congresso Nacional para se reunir dentro de cinco dias, a fim de apreciar o pleito;

III) o Congresso Nacional apreciará a solicitação do Presidente da República, decidindo por maioria absoluta dos seus membros. **Caso haja a aprovação, promulgará um Decreto Legislativo autorizando o Presidente a decretar o Estado de Sítio;**

IV) após, **o Presidente da República implementará o Estado de Sítio por meio de Decreto Presidencial.** Conforme art. 138 da CF/88, o decreto do Estado de Sítio indicará a sua duração, as normas necessárias à sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, e, depois de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas;

V) o Congresso Nacional permanecerá em funcionamento até o término das medidas coercitivas, conforme estabelecido no §3º do art. 138 da CF/88.

3.4. Prazo

O prazo de duração do Estado de Sítio dependerá da hipótese que ensejou a sua decretação.

No caso do art. 137, I, da CF/88 (**comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o Estado de Defesa**), o Estado de Sítio **não poderá ser superior a trinta dias, podendo ser prorrogado quantas vezes forem necessárias por no máximo trinta dias cada uma**, caso persistam as razões que ensejaram a sua decretação.

No caso do art. 137, II, da CF/88 (**declaração de estado de guerra ou resposta à agressão armada estrangeira**), o Estado de Sítio **poderá ser decretado por todo o tempo que perdurar a guerra ou a agressão armada estrangeira.**

Assim como o decreto de instituição do Estado de Sítio exige a **autorização prévia do Congresso Nacional, para a sua prorrogação esta também será necessária**, devendo o Presidente da República, ao solicitar a autorização, relatar os motivos determinantes do pedido.

3.5. Abrangência

O Estado de Sítio, ainda que decretado para determinada área específica, apresenta uma **abrangência nacional**, o que a difere do Estado de Defesa, de abrangência local.

3.6. Controle

Assim como ocorre para o Estado de Defesa, o controle do Estado de Sítio também poderá ser realizado pelo Congresso Nacional (controle político) ou pelo Poder Judiciário (controle judicial).

O controle político exercido pelo Congresso Nacional poderá ser prévio, concomitante ou sucessivo. No Estado de Sítio, o controle político é prévio (e não concomitante como no Estado de Defesa) porque o Congresso Nacional deverá autorizar previamente a decretação do Estado de Sítio. No Estado de Defesa, por outro lado, o Presidente da República primeiro decreta, e só depois o Congresso Nacional aprecia.

Quanto ao controle judicial, registre-se a mesma observação realizada quando da análise do Estado de Defesa: **o controle judicial imediato não é tema pacífico na doutrina**, não havendo manifestação do STF a respeito, diante da ausência de decretação da medida após 1988.

As possibilidades de controle podem ser assim apresentadas:

MOMENTO	CONTROLE POLÍTICO (PELO CONGRESSO NACIONAL)	CONTROLE JUDICIAL (PELO PODER JUDICIÁRIO)
PRÉVIO (para o controle político)	O art. 49, IV, da CF/88 estabelece que é competência exclusiva do Congresso Nacional aprovar o Estado de Defesa. Tanto o decreto de instituição quanto eventual decreto de prorrogação da medida devem ser aprovados pelo Congresso Nacional, exigindo-se, para tanto, aprovação por maioria absoluta de seus membros, consoante parágrafo único do art. 137 da CF/88.	**Não há controle judicial prévio para o estado de sítio.** Contudo, Pedro Lenza defende a possibilidade de controle judicial imediato, aplicando-se os mesmos comentários referentes ao estado de defesa.
CONCOMITANTE	De acordo com o art. 140 da CF/88, 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 Sítio.	Trata-se de um controle de legalidade que deverá recair sobre a execução da medida, sobre as práticas que estão sendo tomadas. No caso de medidas ilegais, poderá ser impetrado *habeas corpus*, mandado de segurança; ou outras medidas jurisdicionais cabíveis. Não há um controle de mérito sobre a medida, pois advém de um juízo de conveniência do Presidente.

SUCESSIVO	O parágrafo único do art. 141 da CF/88 estabelece que, cessado o Estado de Sítio, 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. O *caput* do artigo informa que os executores ou agentes poderão ser responsabilizados pelos ilícitos cometidos, podendo-se falar, por exemplo, em responsabilização política do Presidente da República por eventual crime de responsabilidade.	Aqui, aplica-se também o art. 141, *caput*, da CF/88, podendo-se reconhecer a responsabilidade administrativa, penal e/ou cível do Presidente, dos executores das medidas, bem como de quaisquer agentes responsáveis pela ilegalidade ou pelo abuso de poder. Obs.: Eduardo dos Santos (2022, p. 1202) enquadra, nesse caso, a responsabilização política do Presidente da República. Contudo, a responsabilização política do Presidente da República se enquadraria, em verdade, como hipótese de controle político.

3.7. Medidas Coercitivas

O art. 139 da CF/88 estabelece:

> **Art. 139, CF/88 -** Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:
> **I -** obrigação de permanência em localidade determinada;
> **II** - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns;
> **III -** restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;
> **IV** - suspensão da liberdade de reunião;
> **V -** busca e apreensão em domicílio;
> **VI** - intervenção nas empresas de serviços públicos;
> **VII -** requisição de bens.
> **Parágrafo único**. Não se inclui nas restrições do inciso III a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa.

De acordo com o *caput* do art. 139, tais medidas restritivas se aplicam à hipótese de decretação de Estado de Sítio nos casos de comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o Estado de Defesa.

No caso de decretação de Estado de Sítio na hipótese de declaração de estado de guerra ou resposta à agressão armada estrangeira, outros direitos e garantias fundamentais podem ser eventualmente suspensos, devendo-se observar o princípio da necessidade.

Por fim, deve-se atentar para a redação do art. 53, §8º da CF/88:

> **Art. 53, § 8º, CF/88 -** As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida.

4. FORÇAS ARMADAS

As Forças Armadas são constituídas pela **Marinha,** pelo **Exército** e pela **Aeronáutica**, que são **instituições nacionais permanentes e regulares**, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a **autoridade suprema do Presidente da República.** Destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

O art. 84, XIII da CF/88 estabelece que **compete privativamente ao Presidente da República 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 lhe são privativos.**

A CF/88 estabelece ainda que **é de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que versem sobre fixação e modificação dos efetivos dos militares das Forças Armadas, bem como as que versem sobre seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva,** nos termos do art. 61, §1º, I e II, "*f*".

Conforme o §1º do art. 142 da CF/88, lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas.

Aos membros das Forças Armadas, denominados militares, aplicam-se as seguintes disposições, além daquelas que vierem a ser fixadas em lei:

- as patentes, com prerrogativas, direitos e deveres a elas inerentes, são conferidas pelo Presidente da República e asseguradas em 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 será transferido para a reserva, nos termos da lei, ressalvada a possibilidade de acumulação remunerada de dois cargos ou empregos públicos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas, quando houver compatibilidade de horários, com prevalência da atividade militar;
- o militar da ativa das Forças Armadas 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, ressalvada a possibilidade de acumulação remunerada de dois cargos ou empregos públicos privativos de profissionais da saúde, com profissões regulamentadas, quando houver compatibilidade de horários, com prevalência da atividade militar;
- 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 transitada em julgado, será submetido ao julgamento de indignidade;
- aos militares, aplicam-se os seguintes dispositivos: art. 7º, incisos VIII (décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria), XII (salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei), XVII (gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal), XIX (licença-paternidade, nos termos fixados em lei) e XXV (assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até cinco anos de idade em creches e pré-escolas); art. 37, incisos XI (submissão ao teto de subsídios mensal dos ministros do STF), XIII (vedação à vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público), XIV (vedação de cômputo ou acumulação dos acréscimos pecuniários percebidos por servidor público para fins de concessão de acréscimos ulteriores) e XV (irredutibilidade de subsídios e vencimentos); e, na forma da lei e com prevalência da atividade militar, o art. 37, XVI, alínea *c* (vedação de acumulação remunerada de cargos públicos, salvo a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissão regulamentada, quando houver compatibilidade de horários);
- 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.

QUESTÃO DE CONCURSO

(**MPDFT – 2021 – MPDFT – Promotor de Justiça Adjunto)** Segundo a Constituição Federal e o Supremo Tribunal Federal, nos concursos públicos para o Exército, Marinha e Aeronáutica, a fixação de limite de idade tem que ser por lei, em sentido formal, não se admitindo a definição do limite por regulamento ou edital do concurso.

Gabarito: CORRETO.

Ademais, chama-se atenção para a Súmula Vinculante n.º 6/STF:

> **Súmula Vinculante n.º 6, STF -** Não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial.

4.1. *Habeas Corpus* e punições disciplinares militares

O art. 142, §2º da CF/88 estabelece: "Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares".

Contudo, **a jurisprudência do STF admite a possibilidade de impetração de habeas corpus para análise, pelo Judiciário, dos pressupostos de legalidade (hierarquia, poder disciplinar, ato ligado à função e pena suscetível de ser aplicada disciplinarmente), excluídas as questões do mérito da sanção administrativa.**

4.2. Serviço militar obrigatório

O serviço militar é obrigatório, nos termos da lei (art. 143, CF/88). Registre-se, porém, que as mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, contudo, a outros encargos que a lei lhe atribuir (§2º do art. 143 da CF/88).

E no caso de alguém alegar imperativo de consciência para deixar de prestar o serviço militar obrigatório?

Deve-se entender por imperativo de consciência aquele decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, invocados por determinadas pessoas para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.

O art. 5º, VIII, da CF/88 assegura o **direito fundamental à escusa de consciência**, impedindo que o indivíduo seja penalizado com a privação de seus direitos caso não cumpra obrigações legais que atentem contra suas convicções religiosas, políticas ou filosóficas, desde que ele cumpra uma obrigação alternativa prevista em lei.

O §1º do art. 143 da CF/88 estabelece que compete às Forças Armadas, na forma da lei, atribuir **serviço alternativo no caso da escusa de consciência**. A prestação alternativa é regulada pela Lei n.º 8.239/1991.

Mas o que ocorre **se o indivíduo se recusar a cumprir obrigação legal a todos imposta ou prestação alternativa?**

Nesse caso, aplica-se o art. 15, IV da CF/88: **haverá a suspensão dos direitos políticos.**

5. SEGURANÇA PÚBLICA

O art. 144 da CF/88 estabelece:

> **Art. 144, CF/88** - 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, através dos seguintes órgãos:
> **I -** polícia federal;
> **II -** polícia rodoviária federal;
> **III** - polícia ferroviária federal;
> **IV -** polícias civis;
> **V -** polícias militares e corpos de bombeiros militares.
> **VI -** polícias penais federal, estaduais e distrital.

Ao se falar em exercício de poder de polícia pelo Estado, devem-se abordar duas dimensões:

a) **polícia administrativa**, cuja **atuação é preventiva e ostensiva**, que **evita a ocorrência de ilícitos**, no qual se encaixam a Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícia Militar, Polícia Legislativa, Guarda Municipal e a Polícia Penal;

b) **polícia judiciária**, cuja **atuação é repressiva e investigativa**, que **apura os crimes não evitados**, através de investigação policial, no qual se encaixam a Polícia Federal e a Polícia Civil.

O STF entendia que o rol do art. 144 da CF/88 era taxativo e de observância compulsória pelos demais entes federativos. Contudo, **em 2021, o STF mudou seu entendimento, no julgamento da ADI 5.538, ao reconhecer que as guardas municipais – que estão fora do rol do art. 144, mas estão previstas no §8º do dispositivo –, embora não sejam órgãos policiais, são órgãos do Sistema Único de Segurança Pública (SUSP), instituído e regulado pela Lei n.º 13.675/2018. Assim, o rol do art. 144 é exemplificativo.**

QUESTÕES DE CONCURSO

(NC – UFPR – 2021 – PC-PR – Delegado de Polícia) A segurança pública é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Gabarito: CORRETO.

(AOCP – PCGO – 2022 – Delegado de Polícia) Na medida em que a Constituição Federal, nos moldes do Direito Constitucional brasileiro, se dedica ao tratamento jurídico-político de questões tidas como constitucionalmente essenciais para a sociedade, o texto constitucional brasileiro conta com capítulo específico dedicado à Segurança Pública. Nesse particular, a segurança pública é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Em relação a esse tema, assinale a alternativa INCORRETA.

A) A polícia federal e a polícia rodoviária federal destinam-se a exercer as funções de polícia judiciária da União.

B) Incumbe a execução de atividades de defesa civil aos corpos de bombeiros militares.

C) As polícias militares e os corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

D) Compete à polícia federal apurar infrações contra a ordem política bem como exercer funções de polícia marítima.

E) A remuneração dos servidores policiais elencados no art. 144 da Constituição Federal se dá obrigatoriamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação

Gabarito: A

Resolução: conforme analisado acima, a Polícia Federal e a Polícia Civil destinam-se a exercer as funções de polícia judiciária, e não a Polícia Rodoviária Federal, cuja **atuação é preventiva e ostensiva**, que **evita a ocorrência de ilícitos** (art 144, §1º, IV e §4º, da CF/88) .

5.1. Polícias da União

São Polícias da União:

a) **POLÍCIA FEDERAL:** a Polícia Federal é órgão instituído por lei como permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira.

Conforme o §1º do art. 144 da CF/88, a polícia federal 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;

Obs.: nessa situação, não são incluídas as sociedades de economia mista, razão pela qual eventual infração penal em detrimento do Banco do Brasil, por exemplo, encontra-se na esfera de investigação da Polícia Civil.

- 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 política marítima, aeroportuária e de fronteiras;
- exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

COMENTÁRIOS ESPECÍFICOS PARA OS CONCURSOS DA POLÍCIA FEDERAL

1) A Carreira Policial Federal é composta pelos seguintes cargos: Delegado de Polícia Federal; Perito Criminal Federal; Escrivão de Polícia Federal; Papiloscopista Policial Federal; Agente de Polícia Federal. Trata-se de cargos de nível superior, cujo ingresso ocorrerá sempre na terceira classe, mediante concurso público de provas ou de provas e títulos.

2) Os Delegados de Polícia Federal exercem funções de natureza jurídica e, por isso, há alguns requisitos mínimos específicos para o ingresso na carreira: o concurso público será de provas e títulos, com a participação da OAB, sendo exigido 3 anos de atividade jurídica ou policial, que deverão ser comprovados no ato da posse.

3) O cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal é privativo de Delegado da Polícia Federal integrante da classe especial e será nomeado pelo Presidente da República.

Por fim, registre-se que, conforme entendimento do STF no Inq. 4.112 e AC 4.005, **as diligências determinadas pelo Poder Judiciário, em investigações e processos criminais que envolvam o Congresso Nacional e seus membros, devem ser cumpridas pela Polícia Federal, e não pela Polícia Legislativa,** ainda que as diligências sejam realizadas nas instalações físicas das Casas Legislativas, não sendo necessário nem mesmo acompanhamento pela Polícia Legislativa.

b) POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL: a Polícia Rodoviária Federal é órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destinando-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais (art. 144, §2º da CF/88). Não exercem funções de polícia judiciária, pois estas, de acordo com o art. 144, §1º, IV, da CF/88, são exclusivas da Polícia Federal;

c) POLÍCIA FERROVIÁRIA FEDERAL: a Polícia Ferroviária Federal é órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destinando-se, na forma da lei, ao **patrulhamento ostensivo das ferrovias federais** (art. 144, §3º da CF/88).

5.2. Polícias dos Estados

São Polícias dos Estados:

a) **POLÍCIAS CIVIS**: às Polícias Civis incumbem, ressalvada a competência da União, as **funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais**, exceto as militares.

As Polícias Civis são **dirigidas por Delegados de Polícia de carreira.**

Os Delegados de Polícia de carreira podem exercer polícia administrativa. Tal assertiva foi cobrada no concurso para Delegado de Polícia do Rio de Janeiro, em prova elaborada pela CESPE/CEBRASPE, em 2022.

De acordo com o §6º do art. 144 da CF/88, as Polícias Civis **subordinam-se aos Governadores dos Estados.**

COMENTÁRIOS ESPECÍFICOS PARA OS CONCURSOS DA POLÍCIA CIVIL

1) Na ADI 3777/BA, julgada em 19.11.2014, **o STF decidiu que é inconstitucional norma da Constituição Estadual que estabelece a isonomia de vencimentos entre os membros das Polícias Civil e Militar,** por violação ao art. 61, §1º, II, "a" da CF/88 (uma vez que, no âmbito estadual, é de competência privativa dos

Governadores dos Estados o estabelecimento da política remuneratória dos servidores do Poder Executivo Estadual) e do art. 37, XIII, da CF/88 (que proíbe equiparações entre servidores de carreiras distintas);

2) Na ADI 145, julgada em 20.06.2018, **o STF decidiu que é inconstitucional norma de Constituição Estadual que previa que os Delegados de Polícia de classe inicial deveriam receber idêntica remuneração a dos Promotores de Justiça de primeira entrância, prosseguindo na equivalência entre as demais classes pelo escalonamento das entrâncias judiciárias,** por violação do art. 37, XIII, da CF/88 (que proíbe equiparações entre servidores de carreiras distintas);

3) No ARE 654432/GO, julgada em 05.04.2017, **o STF decidiu que, apesar de não haver proibição constitucional expressa, os policiais civis não podem fazer greve**. A Suprema Corte foi além, afirmando que nenhum servidor que exerça sua função ligada diretamente à área de segurança pública pode fazer greve, pois do contrário estaria colocando a segurança pública, a ordem e a paz social em risco;

4) Na ADI 2553/MA, julgada em 15.05.2019, **o STF decidiu que é inconstitucional dispositivo de Constituição Estadual que confere foro por prerrogativa de função, no Tribunal de Justiça, para os delegados de polícia.** De acordo com a Suprema Corte, a CF/88 conferiu prerrogativa de foro, de forma excepcional, para as autoridades federais, estaduais e municipais, não havendo a possibilidade de os Estados, livremente, criarem novas hipóteses de foro por prerrogativa de função;

5) Na ADI 3.614, julgada em 20.09.2007, **o STF entendeu que a polícia de investigação só pode ser exercida pela polícia civil, e não pela polícia militar.** No caso submetido à Suprema Corte, discutia-se sobre a possibilidade de, nos municípios em que o Departamento da Polícia Civil não contasse com servidor de carreira para o desempenho das funções de delegado de polícia de carreira, o atendimento nas delegacias fosse feito por subtenente ou sargento da Polícia Militar. Tal hipótese não é admitida;

6) Nas ADIs 5.573 e 5.579, **o STF entendeu inconstitucional norma estadual que confira independência funcional e autonomia administrativa e financeira à Polícia Civil,** por se tratar de órgão subordinado ao Governador do Estado;

7) Na ADPF 90, **o STF entendeu que é constitucional lei estadual que exija que os policiais civis residam no Município em que prestam serviço ou outro local onde tenha sido permitido.** Decidiu-se, porém, nesta mesma ação, que **é inconstitucional lei estadual que proíba que os policiais civis saiam do Município em que prestam serviço sem prévia autorização superior, salvo para atos e diligências funcionais;**

8) Na ADI 5.039, **o STF entendeu que é inconstitucional norma que preveja a concessão de aposentadoria com paridade e integralidade de proventos a policiais civis, bem como que é inconstitucional norma que preveja a concessão de "adicional de final de carreira" a policiais civis.**

Uma interessante questão envolvendo a segurança pública e polícias civis: **lei estadual pode proibir que os policiais civis promovam ou participem de manifestações de apreço ou desapreço às autoridades ou contra atos da Administração Pública?**

De acordo com recente entendimento do STF, **Sim**. A Suprema Corte afirmou que **é compatível com o sistema normativo-constitucional vigente norma estadual que veda a promoção ou a participação de policiais em manifestações de apreço ou desapreço a quaisquer autoridades ou contra atos da Administração Pública em geral.**

No caso submetido à análise do STF, uma lei estadual pernambucana previa que tais condutas – promover ou participar de manifestações de apreço ou desapreço a quaisquer autoridades; manifestar-se ou participar de manifestações contra atos da Administração Pública em geral – configurariam transgressões disciplinares.

Para o STF, as restrições preconizadas na lei estadual são adequadas, necessárias e proporcionais, especialmente se for levado em conta que os policiais civis são agentes públicos armados cujas manifestações de apreço ou desapreço, relativamente a atos da administração em geral e/ou a autoridades públicas em particular, podem implicar ofensa ao art. 5º, XVI, da Constituição, segundo o qual se reconhece a todos o direito de reunir-se pacificamente e "sem armas", fazendo-se necessária a conciliação entre esses valores constitucionais: de um lado, a liberdade de expressão dos policiais civis; de outro, a segurança e a ordem públicas, bem como a hierarquia e a disciplina que regem as organizações policiais.

b) POLÍCIAS MILITARES: às Polícias Militares cabem a **polícia ostensiva e a preservação da ordem pública.** Assim como as Polícias Civis, elas também estão subordinadas aos Governadores dos Estados;

c) CORPO DE BOMBEIROS MILITARES: aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil. Os corpos de bombeiros militares também estão subordinados aos Governadores dos Estados.

ATENÇÃO

O art. 144, §6º da CF/1988 afirma expressamente que as polícias militares e os corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército subordinam-se, juntamente com as polícias civis e as polícias penais estaduais e distrital, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Frise-se que o Poder Constituinte Derivado Decorrente não pode atribuir autonomia funcional, administrativa ou financeira a órgãos ou instituições que não aquelas que já tenham tal autonomia assegurada na Constituição Federal, sob pena de vício de inconstitucionalidade material, por violação ao princípio da separação dos poderes.

Neste sentido, inclusive, já se manifestou o STF, em caso concreto envolvendo a independência funcional a delegados de polícia assegurada por Constituição Estadual: **É inconstitucional norma estadual que assegure a independência funcional a delegados de polícia, bem como que atribua à polícia civil o caráter de função essencial ao exercício da jurisdição e à defesa da ordem jurídica** (STF, Plenário. ADI 5522/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgados em 18/02/2022, Info. 1044).

Sobre o art. 144, §6º, da CF/88, verifique como ela foi cobrada em concurso:

QUESTÃO DE CONCURSO

(CESPE / CEBRASPE – 2022 – PC – PB – Delegado de Polícia Civil) São consideradas reservas do Exército as polícias militares e os corpos de bombeiros militares.

Gabarito: CORRETO.

Outra importante afirmação que merece atenção dos candidatos por conta da alta incidências nas provas de concursos públicos é a que se refere às competências legislativas dos entes federativos. No caso, chama-se atenção para a seguinte afirmação, recentemente cobrada na prova para Delegado de Polícia do Paraná, em 2021: "**Compete privativamente à União legislar sobre vencimentos dos membros das polícias civil e militar e do corpo de bombeiros militar do Distrito Federal."**

5.3. Polícias Penais Federal, Estaduais e Distrital

A Emenda Constitucional n.º 104/2019 acrescentou, ao art. 144 da CF/88, o §5º-A, nos seguintes termos:

> **Art. 144, § 5º-A, CF/88 -** Às polícias penais, vinculadas ao órgão administrador do sistema penal da unidade federativa a que pertencem, cabe a segurança dos estabelecimentos penais.

A criação das Polícias Penais objetivou a valorização dos agentes penitenciários, conferindo-lhes os direitos inerentes à carreira policial, permitindo uma melhor estruturação da Polícia Penal.

Conforme a EC n.º 104/2019, 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.

5.4. Polícia do Distrito Federal

Conforme o art. 32, §4º da CF/88, as polícias civil, penal, militar e o corpo de bombeiro militar do Distrito Federal são organizados e mantidos pela União. Frise-se, contudo, e nos termos do art. 144, §6º da CF/88, que elas são subordinadas ao Governador do Distrito Federal.

Conforme Bernardo Gonçalves Fernandes (2020, p. 1804), tem-se aqui um hibridismo jurídico, uma vez que as polícias distritais são subordinadas ao governo do DF e se encontram sujeitos à disciplina de lei federal, editada pelo Congresso Nacional, no que concerne à organização e aos vencimentos. Ademais, suas contas são controladas pelo TCU.

Destaca-se, aqui, a redação da Súmula Vinculante n.º 39, do STF:

> **Súmula Vinculante n.º 39, STF -** Compete privativamente à União legislar sobre vencimentos dos membros das polícias civil e militar e do corpo de bombeiros militar do Distrito Federal.

5.5. Polícia dos Municípios

Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à **proteção de seus bens, serviços e instalações,** conforme dispuser a lei (art. 144, §8º, CF/88). Possuem, assim, natureza de **polícia administrativa.**

A regulamentação das guardas municipais é feita pela Lei n.º 13.022/2014 – Estatuto Geral dos Guardas Municipais –, que afirma tratar-se de instituições de caráter civil, uniformizadas e armadas conforme previsão legal, com função de proteção municipal preventiva. São subordinadas aos respectivos Chefes do Poder Executivo Municipal.

No julgamento do RE 658.570/MG, **o STF entendeu que o art. 144, §8º da CF/88 estabeleceu um rol meramente exemplificativo das atribuições das guardas municipais, sendo que a Lei n.º 13.022/2014 trouxe diversas outras atribuições.** Decidiu-se, então, pela **constitucionalidade do exercício do poder de polícia de trânsito pelos guardas municipais, inclusive para imposição de sanções administrativas legalmente previstas.**

QUESTÃO DE CONCURSO

(CESPE / CEBRASPE – 2020 – MPE – CE – Promotor de Justiça de Entrância Inicial) Conforme as previsões constitucionais e a jurisprudência do STF sobre segurança pública, em especial sua estrutura e organização, admite-se que lei municipal constitua guardas municipais destinadas à proteção dos bens, dos serviços e das instalações dos municípios.

Gabarito: CORRETO.

O STF, no julgamento da ADI 5.538, reconheceu que as guardas municipais, embora não sejam órgãos policiais, são órgãos integrantes operacionais do Sistema Único de Segurança Pública (SUSP). Ficou decidido, ademais, que **todos os integrantes das guardas municipais possuem direito a porte de arma de fogo, em serviço ou fora dele, independente do número de habitantes do Município.**

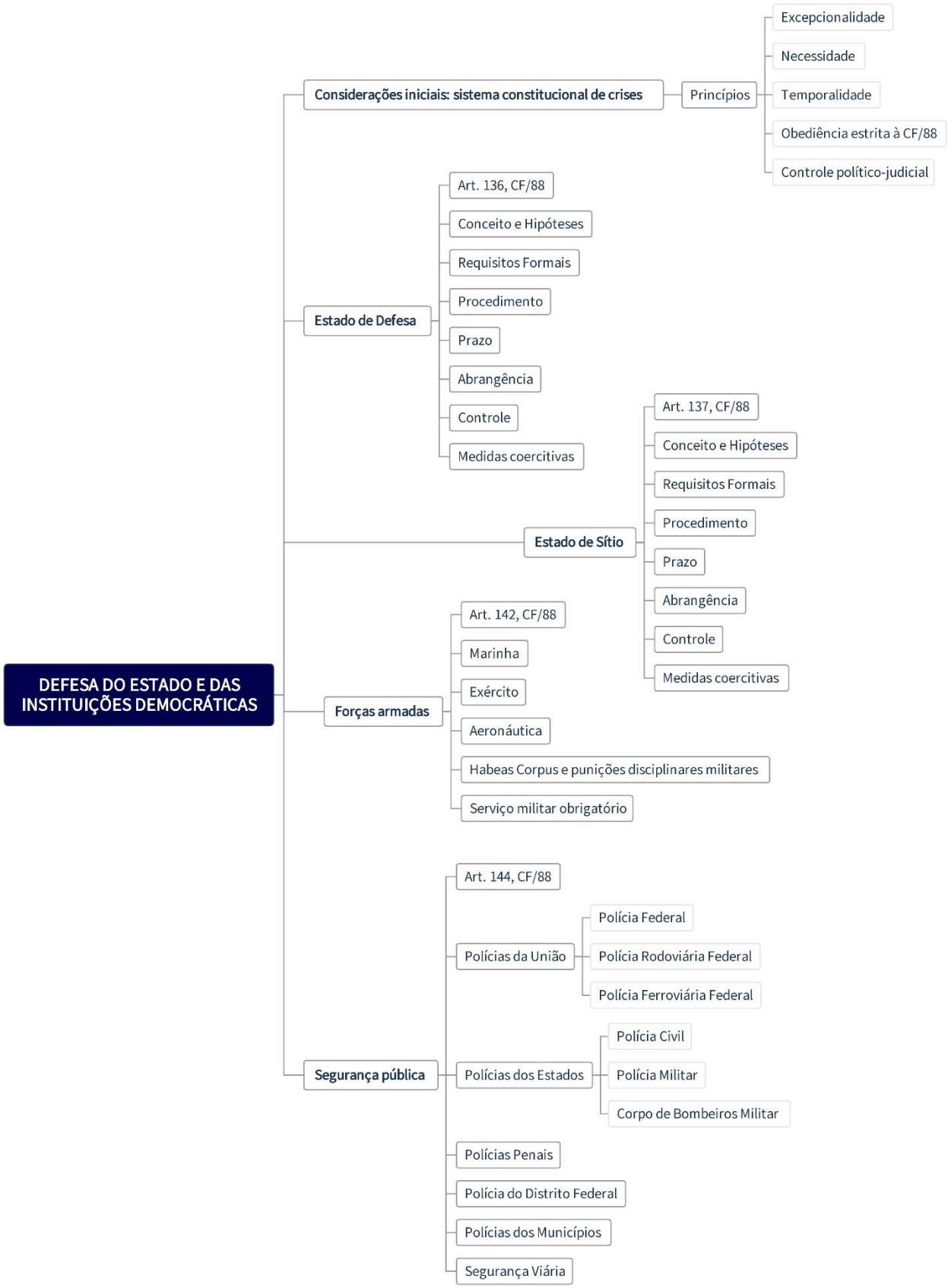
Nos MI 6515/DF, 6770/DF, 6773/DF, 6780/DF e 6874, julgados em 20.06.2018, **o STF entendeu que, diante da ausência de legislação específica, não cabe ao Poder Judiciário garantir aposentadoria especial às guardas municipais.**

Por fim, **o STF considerou inválida a apreensão de entorpecentes por guardas municipais,** conforme julgamento do RE 1.281.774.

5.6. Segurança Viária

A segurança viária, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas, 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.

Ademais, a segurança viária compete, 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 de lei.


DEFESA DO ESTADO E DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS
Considerações iniciais: sistema constitucional de crises
Princípios
Excepcionalidade
Necessidade
Temporalidade
Obediência estrita à CF/88
Controle político-judicial
Estado de Defesa
Art. 136, CF/88
Conceito e Hipóteses
Requisitos Formais
Procedimento
Prazo
Abrangência
Controle
Medidas coercitivas
Estado de Sítio
Art. 137, CF/88
Conceito e Hipóteses
Requisitos Formais
Procedimento
Prazo
Abrangência
Controle
Medidas coercitivas
Forças armadas
Art. 142, CF/88
Marinha
Exército
Aeronáutica
Habeas Corpus e punições disciplinares militares
Serviço militar obrigatório
Segurança pública
Art. 144, CF/88
Polícias da União
Polícia Federal
Polícia Rodoviária Federal
Polícia Ferroviária Federal
Polícias dos Estados
Polícia Civil
Polícia Militar
Corpo de Bombeiros Militar
Polícias Penais
Polícia do Distrito Federal
Polícias dos Municípios
Segurança Viária

23 TRIBUTAÇÃO E ORÇAMENTO

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS: ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS

A Constituição Federal de 1988 disciplina o Sistema Tributário Nacional e diversos temas a ele referentes, além de contemplar regras atinentes às Finanças Públicas. Embora sejam temas que devam ser aprofundadas, respectivamente, no estudo de Direito Tributário e de Direito Financeiro, serão feitas, aqui, algumas importantes considerações, notadamente quanto às regras constitucionais.

Registre-se, inicialmente, que o Código Tributário Nacional, em seu art. 5º, estabelece que os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria, adotando a teoria da tripartição das receitas tributárias.

A CF/88, em seu art. 145, parece seguir a mesma teoria. Contudo, tal dispositivo não restringe as espécies tributárias às três enumeradas, mas apenas agrupa aquelas cuja competência para criação é atribuída simultaneamente aos três entes políticos, tratando-se, assim, de norma atributiva de competência.

O Supremo Tribunal Federal adota a teoria da pentapartição. Ou seja, além dos **impostos, taxas e contribuições de melhoria**, previstos nos incisos I, II e III do art. 145 da CF/88, também devem ser considerados como espécies tributárias os **empréstimos compulsórios** (art. 148) e as **contribuições especiais** (art. 149).

Antes de adentrar no estudo das espécies tributárias, registre-se que foi promulgada, em 20 de dezembro de 2023, a Emenda Constitucional n° 132, que altera o Sistema Tributário Nacional, denominada de “Reforma Tributária”.

Dentre as alterações, importante destacar os §§ 3° e 4° do art. 145, incluidos pela Emenda, cujo texto segue abaixo reproduzido:

> **Art. 145, § 3º, CF/88.** O Sistema Tributário Nacional deve observar os princípios da simplicidade, da transparência, da justiça tributária, da cooperação e da defesa do meio ambiente.
> **Art. 145, § 4º, CF/88.** As alterações na legislação tributária buscarão atenuar efeitos regressivos.

Outras alterações serão apresentadas ao longo do capítulo. O aprofundamento da reforma tributária, contudo, deverá ser estudado em Direito Tributário.

A partir de então, será analisada cada uma das espécies tributárias.

1.1 Impostos

Os impostos são, por definição, **tributos não vinculados** que incidem sobre manifestações de riqueza do sujeito passivo (devedor), sustentando-se sobre a ideia de solidariedade social. Possuem **caráter contributivo**.

Além de serem tributos não vinculados, os impostos são **tributos de arrecadação não vinculada, ou seja**, sua receita presta-se ao financiamento de atividades gerais do Estado, remunerando serviços universais

(*uti universi*), os quais, por não gozarem de referibilidade (especificidade e divisibilidade), não podem ser custeados por intermédio de taxas.

O §1º do art. 145 da CF/88 estabelece:

> **Art. 145, § 1º, CF/88 -** 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.

Verifica-se, aqui, o **princípio da capacidade contributiva**, já que os impostos serão graduados, sempre que possível, segundo a capacidade econômica do contribuinte. A CF/88, contudo, não impõe a aplicação do princípio a todos os tributos, mas apenas aos impostos, e somente quando possível.

QUESTÕES DE CONCURSO

(CESPE – 2002 – Procurador Federal) Embora o princípio da isonomia aplique-se também à esfera tributária e se aproxime em muito do princípio da capacidade contributiva, nem todos os tributos são delineados na lei em função da capacidade econômica dos contribuintes.

Gabarito: CORRETO.

(CESPE – 2002 – DESENBAHIA – Advogado) É certo que o princípio da capacidade contributiva encontra-se intrinsecamente ligado ao da igualdade tributária e aplica-se apenas aos impostos, e não às taxas, empréstimos compulsórios e contribuição de melhoria.

Gabarito: CORRETO.

Registre-se, contudo, que **o STF entende que, apesar de previsto como norma de observância obrigatória apenas na criação dos impostos (sempre que possível), nada impede que o princípio da capacidade contributiva seja levado em consideração na criação de taxas.**

A competência para instituir impostos é atribuída pela Constituição Federal de maneira enumerada e privativa para cada um dos entes federativos, assim distribuídos:

COMPETÊNCIA PARA INSTITUIR IMPOSTOS	
UNIÃO **ART. 153**	Imposto de importação; Imposto de Exportação; Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza; Imposto sobre Produto Industrializado; Imposto de Operações de Crédito, Câmbio e Seguro; Imposto de Propriedade Territorial Rural; Imposto sobre Grandes Fortunas; e Imposto sobre produção, extração, comercialização ou importação de bens e serviços prejudiciais à saúde ou ao meio ambiente, nos termos de lei complementar.
ESTADOS E DF **ART. 155**	Imposto sobre Transmissão Causa *Mortis* e Doação; Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação; Imposto de Propriedade de Veículos Automotores;
MUNICÍPIOS E DF **ART. 156**	Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana; Imposto de Transmissão "Inter Vivos"; Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza.

A EC 132/2023 acresceu, também, o inciso VIII do art. 150, prevendo o imposto sobre produção, extração, comercialização ou importação de bens e serviços prejudiciais à saúde ou ao meio ambiente, nos termos de lei complementar.

Associado ao imposto em questão, a emenda inseriu o §6°, nos seguintes termos:

> **Art. 150, § 6º, CF/88**. O imposto previsto no inciso VIII do caput deste artigo:
> **I -** não incidirá sobre as exportações nem sobre as operações com energia elétrica e com telecomunicações
> **II -** incidirá uma única vez sobre o bem ou serviço;
> **III -** não integrará sua própria base de cálculo;
> **IV -** integrará a base de cálculo dos tributos previstos nos arts. 155, II, 156, III, 156-A e 195, V;
> **V -** poderá ter o mesmo fato gerador e base de cálculo de outros tributos;
> **VI -** terá suas alíquotas fixadas em lei ordinária, podendo ser específicas, por unidade de medida adotada, ou ad valorem;
> **VII -** na extração, o imposto será cobrado independentemente da destinação, caso em que a alíquota máxima corresponderá a 1% (um por cento) do valor de mercado do produto.

Frise-se, contudo, que a União ainda pode instituir, mediante lei complementar, novos impostos, desde que sejam não cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados na Constituição Federal (art. 154, I, da CF/88). Trata-se da **competência tributária residual**, assegurada também para a criação de novas fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social (art. 195, §4º da CF/88). Nos dois casos, necessita-se lei complementar, o que veda a edição de medida provisória, por conta da redação do art. 62, §1º, III da CF/88.

Além da competência residual, a União possui competência também para criar, na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária (art. 154, II, da CF/88).

Assim, a União poderá instituir outros impostos, além dos mencionados no art. 153.

Eis a dicção do art. 154 da CF/88:

> **Art. 154, CF/88 -** A União poderá instituir:
> **I** - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;
> **II** - na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação.

Quanto ao **art. 154, II**, frise-se que no uso dessa competência extraordinária, a União poderá delinear como fato gerador dos Impostos Extraordinários de Guerra – IEG – praticamente qualquer base econômica não imune, inclusive as atribuídas constitucionalmente aos Estados, Municípios e Distrito Federal (arts. 155 e 156). Seria possível, então, em caso de guerra externa ou sua iminência, a instituição, por exemplo, de um ICMS extraordinário federal, sem que implicasse invasão de competência estadual. **Trata-se do único caso de bitributação autorizada pela Constituição.**

Importante registrar que a Constituição Federal não cria tributos, apenas estabelece competências para que os entes federativos o façam, devendo ser editada lei específica para tanto.

No que se refere aos impostos, contudo, a Constituição exige que lei complementar de caráter nacional defina os respectivos fatos geradores, bases de cálculos e contribuintes, consoante art. 146, III, *a*.

Em matéria tributária, aliás, a Constituição contempla um rol de matérias que devem ser tratadas por lei complementar, nos arts. 146 e 146-A. Tendo em vista as recentes alterações promovidas pela EC 132/2023, reproduz-se, na íntegra, os dispositivos:

> **Art. 146, CF/88.** Cabe à lei complementar:
> **I -** dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
> **II -** regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;
> **III -** estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:
> **a)** definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;
> **b)** obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;
> **c)** adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas, inclusive em relação aos tributos previstos nos arts. 156-A e 195, V;
> **d)** definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso dos impostos previstos nos arts. 155, II, e 156-A, das contribuições sociais previstas no art. 195, I e V, e § 12 e da contribuição a que se refere o art. 239.
> **§ 1º** A lei complementar de que trata o inciso III, d, também poderá instituir um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observado que:
> **I -** será opcional para o contribuinte;
> **II -** poderão ser estabelecidas condições de enquadramento diferenciadas por Estado;
> **III -** o recolhimento será unificado e centralizado e a distribuição da parcela de recursos pertencentes aos respectivos entes federados será imediata, vedada qualquer retenção ou condicionamento;
> **IV -** a arrecadação, a fiscalização e a cobrança poderão ser compartilhadas pelos entes federados, adotado cadastro nacional único de contribuintes.
> **§ 2º** É facultado ao optante pelo regime único de que trata o § 1º apurar e recolher os tributos previstos nos arts. 156-A e 195, V, nos termos estabelecidos nesses artigos, hipótese em que as parcelas a eles relativas não serão cobradas pelo regime único.
> **§ 3º** Na hipótese de o recolhimento dos tributos previstos nos arts. 156-A e 195, V, ser realizado por meio do regime único de que trata o § 1º, enquanto perdurar a opção:
> **I -** não será permitida a apropriação de créditos dos tributos previstos nos arts. 156-A e 195, V, pelo contribuinte optante pelo regime único; e
> **II -** será permitida a apropriação de créditos dos tributos previstos nos arts. 156-A e 195, V, pelo adquirente não optante pelo regime único de que trata o § 1º de bens materiais ou imateriais, inclusive direitos, e de serviços do optante, em montante equivalente ao cobrado por meio do regime único.
> **Art. 146-A.** Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo.

Por fim, destaca-se que a Emenda Constituição n° 132/2023 criou, ainda, o **Imposto de Competência Compartilhada entre Estados, Distrito Federal e Municípios**, a ser instituído mediante edição de Lei Complementar, nos termos do art. 156-A e 156-B da CF/88. Trata-se de tema a ser desenvolvido no estudo do Direito Tributário.

1.2 Taxas

A Constituição Federal estabelece que **a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição** (art. 145, II da CF/88).

O ente federativo competente para instituir e cobrar a taxa é aquele que presta o respectivo serviço ou que exerce o respectivo poder de polícia.

Conforme observado por Ricardo Alexandre (2018, p. 63), **como os Estados possuem competência material residual, podendo prestar os serviços públicos não atribuídos expressamente à União ou aos Municípios, pode-se afirmar que, indiretamente, a Constituição Federal atribuiu a competência tributária residual para a instituição de taxas aos Estados.**

As taxas são tributos retributivos ou contraprestacionais, ou seja, só podem ser cobrados se o Estado exercer o poder de polícia ou prestar ao contribuinte, ou coloque à sua disposição, um serviços público específico e divisível.

Assim, podem ensejar a cobrança de taxas:

a) o exercício regular do poder de polícia, podendo ser estabelecidas as **taxas de polícia;**

b) a utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição, podendo ser estabelecidas as **taxas de serviços.**

Em relação às taxas de serviços, a válida instituição e cobrança estão condicionadas a alguns elementos mínimos, a saber:

- o serviço deve ser específico e divisível;
- o destinatário deve utilizar efetiva ou potencialmente o serviço;
- o serviço deve ser prestado ao contribuinte ou posto a sua disposição.

E o que são serviços públicos específicos e divisíveis?

Conforme o Código Tributário Nacional, os serviços são **específicos** quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidade públicas; são divisíveis quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários (art. 79, II e III).

Na explicação didática de Ricardo Alexandre:

> [...] pode-se afirmar que um serviço reúne as características da especificidade e da divisibilidade (podendo ser remunerado por taxa) quando para ele é possível, tanto ao Estado quanto ao contribuinte, a utilização da frase: **"Eu te vejo e tu me vês"**. O contribuinte "vê" o Estado prestando o serviço, pois sabe exatamente por qual serviço está pagando (**especificidade atendida**) e o Estado "vê" o contribuinte, uma vez que consegue precisamente identificar os usuários (**divisibilidade presente**) (2018, p. 66).

Com base nesse raciocínio, o STF editou a Súmula Vinculante 19, sobre a **"taxa de lixo":**

> **Súmula Vinculante n.º 19, STF -** 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.

Para explicação acerca da espécie tributária aplicada – se impostos ou taxas - à remuneração de um serviço público, toma-se por empréstimo as lições dos administrativistas, acerca da classificação dos serviços públicos como *uti universi* (universais, coletivos, gerais) ou *uti singuli* (singulares, individuais):

SERVIÇOS PÚBLICOS "UTI SINGULI"	SERVIÇOS PÚBLICOS "UTI UNIVERSI"
a) São serviços individuais, singulares, que atendem direta e individualmente ao administrado, sendo mensurável a utilização por cada um dos indivíduos;	a) São serviços universais, gerais, que não possuem usuários determinados, prestados para agrupamentos indeterminados de indivíduos, de acordo com opções da Administração;
b) Exemplos: serviços de telefonia, de energia elétrica residencial etc.	b) Exemplos: serviços de iluminação pública, limpeza urbana etc.

Sobre o serviço de iluminação pública, por exemplo, não há como identificar especificamente os seus usuários, nem como mensurar o grau de utilização de cada um. Sendo assim, o serviço não poder ser remunerado mediante taxa, como entendimento esposado pelo STF na Súmula Vinculante 41:

> **Súmula Vinculante n.º 41, STF -** O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa.

Em 2002, foi editada a Emenda Constitucional n.º 39, que inseriu o art. 149-A na Constituição, atribuindo competência aos Municípios e ao Distrito Federal para a instituição de contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública. A partir da edição da EC 132/2023, o artigo passou a ter o seguinte texto:

> **Art. 149-A**. Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio, a expansão e a melhoria do serviço de iluminação pública e de sistemas de monitoramento para segurança e preservação de logradouros públicos, observado o disposto no art. 150, I e III. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 132, de 2023) [88]
> **Parágrafo único.** É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o caput, na fatura de consumo de energia elétrica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 39, de 2002)

Criou-se, com isso, a **contribuição de iluminação pública.**

Em 2017, foi discutida no âmbito do STF a constitucionalidade de taxa de combate a sinistros envolvendo incêndios, cobrada no âmbito do Município de São Paulo. Assentou-se a tese de que **a segurança pública, presentes a prevenção e o combate a incêndios, faz-se, no campo da atividade precípua, pela unidade da Federação e, porque serviço essencial, tem como viabilizá-la a arrecadação de impostos, não cabendo ao Município a criação de taxa para tal fim.**

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE
[...] o serviço de prevenção, combate e extinção de incêndios e de outros sinistros, enquanto prestado pelos corpos de bombeiros militares, órgão de segurança pública a quem incumbe a execução de atividade de defesa civil, é universal e indivisível. [...] E conforme a doutrina majoritária, a segurança pública, por interessar a todos indistintamente, não pode ser custeada por meio de taxa. (STF, Pleno, RE 643.247/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 01.08.2017, DJE 19.12.2017).

Já se afirmou que a cobrança da taxa de serviço pode ser feita em face da disponibilização ao contribuinte de um serviço público específico e divisível.

[88] https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc132.htm#art1

E quanto à utilização efetiva ou potencial de serviços públicos?

Se o serviço é legalmente definido como de utilização compulsória e é posto à disposição do contribuinte mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento, a taxa pode ser cobrada mesmo sem a utilização efetiva do serviço pelo sujeito passivo. O Código Tributário Nacional denomina, no art. 79, I, *b*, de **utilização potencial.**

Isto é, só é possível afirmar que as taxas de serviço podem ser cobradas mesmo que o contribuinte não utilize efetivamente do serviço disponibilizado quando se tratarem de serviços legalmente definidos como de utilização compulsória, o que legitima a cobrança pela utilização potencial. Quanto aos outros serviços, somente é possível a cobrança pela utilização efetiva.

Mas veja: fala-se em potencial utilização do serviço, mas não em potencial disponibilização. Quer dizer: para ser cobrado, o serviço deve estar disponibilizado. Assim, não se pode falar em cobrança de taxa de coleta domiciliar de lixo em locais onde o serviço não é disponibilizado.

Conforme art. 79, II, do CTN, a cobrança de taxa se justifica se o serviço público consistir numa intervenção, fornecer uma utilidade ou atender a uma necessidade do contribuinte. Assim, por exemplo, não é possível a exigência de taxa por emissão de guia ou carnê de cobrança de tributo, uma vez que tal serviço é prestado no exclusivo interesse da própria Administração Tributária, não fazendo sentido o contribuinte ser instado a pagar taxa destinada a custear o serviço de cobrá-lo, conforme já definido pelo STF no RE 789.218/MG.

A Constituição Federal proíbe que as taxas tenham base de cálculo própria de impostos.

Vale salientar que, na maioria dos casos, não é possível apurar com exatidão o custo do serviço prestado a cada contribuinte, de forma a cobrar o mesmo valor a título de taxa, sendo extremamente necessária uma correlação razoável entre esses valores. Se o Estado cobrar um valor acima do que gasta para a consecução da atividade, ocorrerá o enriquecimento sem causa do Estado, o que deve ser evitado pela Administração. Se o tributo é vinculado, sua base de cálculo está ligada ao valor da atividade anteriormente exercida pelo Estado, possibilitando uma mensuração econômica ideal. Se o tributo é não vinculado, contudo, a base de cálculo é uma grandeza econômica desvinculada de qualquer atividade estatal.

Neste sentido, o STF trouxe a Súmula 595:

> **Súmula n.º 595, STF -** É inconstitucional a taxa municipal de conservação de estradas de rodagem cuja base de cálculo seja idêntica a do imposto territoria rural.

A cobrança da taxa de conservação de estradas não seria possível também devido à falta de especificidade e divisibilidade.

Merece transcrição, ainda, a Súmula n.º 667 do STF:

> **Súmula n.º 667, STF -** Viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa.

Ora, as custas judiciais, por serem tributos da espécie taxa, pois visam remunerar a prestação do serviço público específico e divisível da jurisdição, podem ser cobradas tendo por base de cálculo o valor da causa ou da condenação. Contudo, se a alíquota foi excessiva ou se não existir previsão de um teto, elas tornam-se ilegítimas, afetando o princípio do livre acesso à jurisdição.

Um interessante caso submetido à análise do STF foi sobre a possibilidade de instituição de taxa de coleta domiciliar, adotando, para repartição dos custos da prestação do referido serviço entre seus beneficiários, um rateio proporcional à área construída de cada imóvel beneficiado.

Neste caso concreto, a cobrança foi contestada sob a alegação de que não há qualquer correlação entre a área construída de um imóvel e os valores despendidos pelo Estado para nele coletar lixo, ou com grau de utilização do serviço por parte dos respectivos funcionários.

A Suprema Corte, na fundamentação do acórdão, acatou a presunção de que os imóveis maiores produzirão mais lixo que os imóveis menores, sendo justa a cobrança da taxa com valores proporcionais a essa utilização presumida do serviço. Trata-se, assim, de forma de isonomia tributária, que resulta na justiça tributária (art. 150, II). Entendeu ainda que o fato de a alíquota da referida taxa variar em função da metragem da área construída do imóvel – que constitui apenas um dos elementos que integram a base de cálculo do IPTU – não implica identidade com a base de cálculo do IPTU, afastando-se a alegada ofensa ao art. 145, §2º da CF/88.

Neste sentido, fixou-se a Súmula Vinculante n.º 29.

> **Súmula Vinculante n.º 29, STF -** 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.

Por fim, será analisada a distinção entre taxa e preço público.

Já se afirmou que as taxas são cobradas em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição. Daí a existência de taxas de polícia e taxas de serviço.

Porém, os serviços públicos também podem ser remunerados por preços públicos (ou tarifas), podendo haver uma confusão conceitual, já que ambos possuem caráter contraprestacional, remunerando uma atividade prestada pelo Estado.

Deve-se ater, contudo, que o regime jurídico da taxa difere do regime jurídico da tarifa, fixando-se, a partir daí, as demais distinções. Isso porque o preço público origina-se de uma relação contratual, em que é imprescindível a prévia manifestação de vontade do particular para haver o vínculo obrigacional. Um claro exemplo é o caso da utilização do serviço público de telefonia, em que os particulares que desejarem obter a prestação domiciliar do serviço manifestarão sua vontade mediante assinatura de contrato com a concessionária.

As distinções entre taxas e preços públicos seguem abaixo demonstradas:

TAXAS	PREÇOS PÚBLICOS
a) Regime jurídico de direito público (tributário);	**a)** Regime jurídico de direito privado;
b) O vínculo obrigacional é de natureza tributária (legal), não admitindo rescisão;	**b)** O vínculo obrigacional é de natureza contratual, admitindo rescisão;
c) O sujeito ativo é uma pessoa jurídica de direito público;	**c)** O sujeito ativo pode ser uma pessoa jurídica de direito público ou de direito privado;
d) O vínculo nasce independentemente de manifestação de vontade (compulsório);	**d)** Há necessidade de válida manifestação de vontade para surgimento do vínculo (facultativo);

e) Pode ser cobrada em virtude de utilização efetiva ou potencial do serviço público;	**e)** Somente pode ser cobrada em virtude de utilização efetiva do serviço público;
f) A receita arrecadada é derivada, pois se origina do patrimônio do particular;	**f)** A receita arrecadada é orginária, pois se origina do patrimônio do Estado;
g) Sujeitam-se aos princípios tributários (legalidade, anterioridade, noventena etc.).	**g)** Não se sujeita aos princípios tributários.

Em consonância com a distinção, tem-se a Súmula n.º 545 do STF, que afirma, em sua parte inicial, que preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias.

1.3 Contribuições de melhoria

As contribuições de melhoria são tributos vinculados, pois a sua cobrança depende de uma específica atuação estatal, que é a realização de uma obra pública que tenha como consequência um incremento do valor de imóveis pertencentes aos potenciais contribuintes.

Para sua instituição, é fundamental a valorização imobiliária.

Já que a contribuição é decorrente de obra pública e não para a realização de obra pública, não é legítima a sua cobrança com o intuito de obter recursos a serem utilizados em obras futuras. Admite-se, contudo, excepcionalmente, a sua cobrança em face de realização de parte da obra, desde que a parcela realizada tenha gerado inequívoca valorização os imóveis na região.

A base de cálculo da contribuição de melhoria será a diferença do valor do imóvel nos dois momentos: antes da realização da obra pública e após a realização da obra pública.

Para a cobrança do tributo, o Estado deve ater-se a dois limites: um limite total, pelo qual o Estado não pode cobrar mais do que gastou com a obra; e um limite individual, que é o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado. Tais limites são estabelecidos no art. 81 do CTN.

1.4 Empréstimos compulsórios

Os empréstimos compulsórios estão previstos no art. 148 da CF/88:

> **Art. 148.** A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:
> **I -** para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência;
> **II -** no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, "b".
> **Parágrafo único.** A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.

Trata-se de empréstimos forçados, porém restituíveis.

A competência para sua instituição é exclusiva da União e só é possível mediante lei complementar. Sendo assim, leis ordinárias e medidas provisórias não podem criar empréstimos compulsórios.

Além disso, os empréstimos compulsórios são tributos de arrecadação vinculada, ou seja, devem ser necessariamente empregados nas hipóteses delineadas no art. 148 da CF/88.

Por fim, o STF tem entendimento no sentido de que a restituição do valor arrecadado a título de empréstimo compulsório deve ser efetuada na mesma espécie em que recolhido (RE 175.385/CE).

QUESTÃO DE CONCURSO

(CESPE – TRF5ª – 2002 – Juiz Federal Substituto). A União poderá instituir empréstimo compulsório, sempre por lei complementar, vinculando os recursos às despesas que fundamentaram sua instituição, sendo que a restituição deverá ser, necessariamente, em moeda, quando esta for o objeto do empréstimo.

Gabarito: CORRETO.

Excepcionalmente, contudo, no caso do empréstimo compulsório instituído em favor da Eletrobrás, o STF decidiu que o tributo criado havia sido recebido pela Constituição Federal de 1988, acatando a possibilidade de devolução em ações (AGRRE 193.798/PR, Rel. Min. Ilmar Galvão).

1.5 Contribuições especiais

O art. 149 da CF/88 prevê:

> **Art. 149, CF/88 -** Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

Verifica-se, assim, a possibilidade de instituição de três espécies de contribuições:

a) CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS – conforme entendimento do STF, estabelecido no RE 138.284-8/CE, podem ser classificadas em:

a.1) contribuições de seguridade social, quando destinadas a custear os serviços relacionados à saúde, à previdência e à assistência social, tendo como base o art. 195 da CF/88:

> **Art. 195, CF/88** - A seguridade social 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:
> **I** - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:
> **a)** 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;
> **b)** a receita ou o faturamento;
> **c)** o lucro;
> **II** - 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;
> **III** - sobre a receita de concursos de prognósticos.
> **IV** - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar;
> **V** – sobre bens e serviços, nos termos de lei complementar.

a.2) outras contribuições sociais, quando estabelecidos com base no art. 195, §4º, que estabelece:

> **§ 4º** A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.

Conforme já afirmado anteriormente, o art. 154, I da CF/88 autoriza que a União institua, mediante lei complementar, novos impostos, desde que sejam não cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados na Constituição Federal.

Pode-se afirmar, então, que **a União possui duas espécies de competência residual:**

- para instituir novos impostos;
- para instituir novas contribuições sociais de financiamento da seguridade social.

Para os dois casos, são necessárias: instituição via lei complementar; obediência à não cumulatividade; inovação quanto às bases de cálculo e fatos geradores. Quanto a este último ponto, o STF entende que a exigência de inovação só existe dentro da própria espécie tributária, ou seja, "um novo imposto deve possuir base de cálculo e fato gerador diferentes aqueles que servem para incidência de impostos já existentes. Já uma nova contribuição só pode ser criada se o seu fato gerador e sua base de cálculo forem diferentes daqueles definidos para as contribuições já criadas" (ALEXANDRE, 2018, p. 95).

QUESTÃO DE CONCURSO

(CESPE – TRF5ª – 2011 – Juiz Federal Substituto) As contribuições sociais residuais devem ser instituídas por lei complementar, ser não cumulativas e ter bases de cálculo e fatos geradores diferentes dos de outras contribuições sociais.

Gabarito: CORRETO.

ATENÇÃO

A exigência de utilização de lei complementar só é aplicável para a criação de novas contribuições (não previstas expressamente na Constituição Federal). Para a criação daquelas cujas fontes já constam da Constituição, vale a regra geral: utilização da lei ordinária. Trata-se de entendimento pacificado no STF.

Atente-se para o fato de que se tratam de contribuições!

Em relação aos impostos, a instituição dá-se, em regra, por meio de lei ordinária, havendo necessidade de lei complementar apenas para a definição de seus fatos geradores, bases de cálculos e contribuintes, conforme exigência do art. 146, III, *a*, da CF/88. Na maioria dos casos, a função de lei complementar é exercida pelo próprio Código Tributário Nacional.

Já em relação às contribuições, repita-se: se a Constituição Federal já previu a base econômica sobre a qual incidirá determinada contribuição, esta pode ser criada via lei ordinária; se não, a criação só pode ocorrer via lei complementar.

a.3) contribuições sociais gerais, destinadas a atuações da União nas áreas sociais que não sejam passíveis de enquadramento nas áreas da seguridade social (saúde, previdência social e assistência social).

Podem ser mencionados como exemplo:

- contribuição social para o salário-educação, cuja arrecadação é vinculada ao custeio da educação básica pública, conforme art. 212, §5º:

> **Art. 212, § 5º, CF/88 -** A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei.

Frise-se que o STF, na ADC 3, estabeleceu que **apesar de a contribuição do salário educação ser de natureza social geral, ela não é uma outra fonte destinada ao custeio da seguridade social e, portanto, sua criação não depende de lei complementar.**

- Contribuição criada pela Lei Complementar n.º 101/2001;
- contribuições para os serviços sociais autônomos.

b) CONTRIBUIÇÕES DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO (CIDE), que são tributos de natureza extrafiscal, pois a sua finalidade precípua não é arrecadar recursos para os cofres públicos, mas sim intervir numa situação social ou econômica.

Nessa situação, a intervenção ocorre pela destinação do produto da arrecadação a uma determinada atividade, que, por conta de um reforço orçamentário, deve ser incentivada.

Menciona-se como exemplo a CIDE-*royalties* criada pela Lei n.º 10.168/2000, que instituiu o Programa de Estímulo à Interação Universidade–Empresa para o Apoio à Inovação. A aludida lei veio como objetivo de estimular o desenvolvimento tecnológico brasileiro, observando-se o quanto disciplinado no art. 214, V da CF/88, que estabeleceu, dentre outras ações governamentais direcionados ao plano nacional de educação, a promoção científica e tecnológica do país. Com isso, a lei trouxe no seu art. 2º:

> **Art. 2º da Lei n.º 10.168/2000** - Para fins de atendimento ao Programa [...], fica instituída contribuição de intervenção no domínio econômico, devida pela pessoa jurídica detentora de licença de uso ou adquirente de conhecimentos tecnológicos, bem como aquela signatária de contratos que impliquem transferência de tecnologia, firmados com residentes ou domiciliados no exterior.

Outro exemplo é a CIDE-combustivel, mais conhecida, uma vez que é a única com fatos geradores delineados na própria Constituição. Eis a dicção do art. 177, §4º da CF/88:

> **Art. 177, § 4º, CF/88 -** A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos:
> **I** - a alíquota da contribuição poderá ser
> **a)** diferenciada por produto ou uso;
> **b)**reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150,III,b;
> **II -** os recursos arrecadados serão destinados:
> **a)** ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo;
> **b)** ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás;
> **c)** ao financiamento de programas de infra-estrutura de transportes.

A União tem razoável autonomia para instituir as CIDE, devendo observar, contudo, o elemento teleológico que conduziu a sua criação.

c) CONTRIBUIÇÕES DE INTERESSE DAS CATEGORIAS PROFISSIONAIS OU ECONÔMICAS (CORPORTATIVAS), que são contribuições criadas pela União com o objetivo parafiscal de obter recursos destinados a financiar atividades de interesse de instituições representativas ou fiscalizatórias de categorias profissionais ou econômicas (corporações).

Tem-se, por exemplo, a contribuição sindical prevista no art. 8º, IV da CF/88:

> **Art. 8º, IV, CF/88 -** a assembléia 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;

Atenção: o referido dispositivo constitucional prevê a criação de duas contribuições sindicais.

A primeira é uma contribuição fixada pela assembleia-geral para o custeio do sistema confederativo do respectivo sindicato. Essa modalidade é voluntária, só sendo paga pelos trabalhadores que se sindicalizaram. Trata-se, inclusive, de entendimento pacificado pela Súmula Vinculante n.º 40:

> **Súmula Vinculante n.º 40, STF -** A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição Federal, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo.

A segunda é a contribuição fixada em lei, cobrada de todos os trabalhadores. Trata-se, sem dúvida, de um tributo.

Assim, acerca das contribuições especiais, em geral, viu-se até o momento as seguintes espécies e subespécies:

<table>
<tr><th colspan="2">CONTRIBUIÇÕES ESPECIAIS</th></tr>
<tr><td rowspan="3">CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS</td><td>Contribuições Sociais da Seguridade Social</td></tr>
<tr><td>Outras Contribuições Sociais</td></tr>
<tr><td>Contribuições Sociais Gerais</td></tr>
<tr><td colspan="2">CONTRIBUIÇÕES DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO</td></tr>
<tr><td colspan="2">CONTRIBUIÇÕES CORPORATIVAS</td></tr>
</table>

A competência para a criação de tais contribuições (contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas) é exclusiva da União, conforme o caput do art. 149 da CF/88. O §1º deste artigo, contudo, contempla uma exceção:

> **Art. 149, §1º, CF/88 -** 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, que poderão ter alíquotas progressivas de acordo com o valor da base de contribuição ou dos proventos de aposentadoria e de pensões.

Trata-se de redação conferida pela EC n.º 103/2019, sendo necessária atenção quanto ao texto expresso formulado pelo constituinte reformador.

Chama-se atenção, ainda, para os §§1º-A, 1º-B e 1º-C do art. 149, também inseridos pela EC n.º 103/2019 e que estão relacionados com as contribuições para custeio do regime próprio de previdência social em casos de deficit atuarial:

> **Art. 149, § 1º-A, CF/88** - 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.
> **Art. 149, § 1º-B, CF/88 -** Demonstrada a insuficiência da medida prevista no § 1º-A para equacionar o deficit atuarial, é facultada a instituição de contribuição extraordinária, no âmbito da União, dos servidores públicos ativos, dos aposentados e dos pensionistas.
> **Art. 149, § 1º-C, CF/88 -** A contribuição extraordinária de que trata o § 1º-B deverá ser instituída simultaneamente com outras medidas para equacionamento do deficit e vigorará

por período determinado, contado da data de sua instituição.

Por fim, chama-se atenção para uma última espécie de contribuição: a **contribuição de iluminação pública – COSIP**. Uma vez que o serviço de iluminação pública não atende aos requisitos de especificidade e divisibilidade, não pode ser financiado mediante a instituição de taxa.

Neste sentido, a EC 39/2002 inseriu a possibilidade de instituição da COSIP, conforme o art. 149-A, com redação atualizada pela EC 132/2023:

> **Art. 149-A, CF/88 -** Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio, a expansão e a melhoria do serviço de iluminação pública e de sistemas de monitoramento para segurança e preservação de logradouros públicos, observado o disposto no art. 150, I e III.
> **Parágrafo único.** É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o caput, na fatura de consumo de energia elétrica.

2. LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE TRIBUTAR

A Constituição Federal prevê as principais limitações ao exercício da competência tributária no art. 150. Frise-se, de antemão, que se trata de um rol exemplificativo, uma vez que o *caput* do dispositivo já inicia mencionando "sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte".

Neste sentido, pode-se afirmar que **o poder de o Estado criar e cobrar tributos não é ilimitado no Estado Democrático de Direito. No caso brasileiro, esse poder sofre diversas limitações, sendo que boa parte delas, mas nem todas, encontra-se no capítulo que trata do Sistema Tributário Nacional.** Tal afirmação, inclusive, já foi expressamente cobrada no concurso para Advogado da União, realizado pela CESPE, em 2002.

Serão analisadas, a partir de então, cada uma das limitações estabelecidas pela Constituição ao poder de tributar.

2.1. Legalidade

No que se refere à matéria tributária, o princípio da legalidade vem estabelecido no art. 150, I, da CF/88, ao afirmar que **é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.** Trata-se do princípio da legalidade tributária.

O tributo só pode ser criado por lei, seja ordinária ou complementar.

No caso de previsão de lei ordinária, poderá haver a utilização ainda da Medida Provisória, desde que observados os requisitos constitucionais da relevância e urgência.

Lembre-se, contudo, que o art. 62, §1º, III da CF/88 veda a utilização de medidas provisórias sobre matérias reservadas à lei complementar. Não poderá ser utilizada medida provisória, portanto, para os casos de Empréstimos Compulsórios, Imposto sobre Grandes Fortunas e Impostos ou Contribuições Residuais, uma vez que os arts. 148, 153, VII, 154, I e 195, §4º da CF/88 estabelecem que tais espécies deverão ser fixadas por lei complementar.

O art. 97 do CTN elenca um conjunto de matérias submetidas à reserva legal, a saber: instituição de tributos ou a sua extinção; majoração de tributos ou a sua redução; definição do fato gerador da obrigação tributária principal e do seu sujeito passivo; fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo; cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela

definidas; hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.

O STF entende que o art. 97 do CTN foi recepcionado pela CF/88 e que, *a contrario sensu*, as matérias ali constantes não estão abrangidas pelo princípio da legalidade.

Destaca-se, ainda, o art. 150, §6º da CF/88, que trata da **exigência de lei específica para concessão de benefícios fiscais:**

> **Art. 150, § 6º, CF/88 -** Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, §2º, XII, g.

2.2. Isonomia

O art. 150, II, da CF/88, prevê o princípio da isonomia tributária, ao afirmar que **é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.**

Assim, havendo desigualdade relevante, a Constituição não apenas permite a diferenciação, como também a exige, adotando-se a concepção aristotélica de justiça, tratando os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual, na medida das suas desigualdades.

O princípio da isonomia tributária está diretamente relacionado com o princípio da capacidade contributiva, expressamente previsto no art. 145, §1º da CF/88, sendo este uma decorrência direta daquele. Apesar da previsão constitucional de aplicação do princípio da capacidade contributiva apenas aos impostos, o STF entende que nada impede a sua aplicação a outras espécies tributárias.

Um claro exemplo de aplicação dos princípios mencionados (isonomia e capacidade contributiva) é a imposição constitucional de progressividade do imposto de renda.

2.3. Princípio da Não-Surpresa

O princípio da Não-Surpresa é a vertente tributária do princípio da segurança jurídica. Ele se subdivide em três espécies: princípio da irretroatividade; princípio da anterioridade do exercício financeiro; e princípio da noventena (ou anterioridade nonagesimal).

Abaixo, apresenta-se a previsão constitucional de cada um deles:

COMPETÊNCIA PARA INSTITUIR IMPOSTOS	
Princípio da irretroatividade	Art. 150, III, *a* – os entes federativos não podem cobrar tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;
Princípio da anterioridade do exercício (ou anterioridade anual, geral)	Art. 150, III, *b* – os entes federativos não podem cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

Princípio da noventena (ou anterioridade nonagesimal, privilegiada ou qualificada)	Art. 150, III, *c* – os entes federativos não podem cobrar tributos antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o princípio da anterioridade do exercício financeiro. No que se refere às contribuições sociais, o princípio é previsto no art. 195, §6º da CF/88.

Sobre o princípio da anterioridade do exercício financeiro, é importante destacar o entendimento do STF que afirma que **a norma que se restringe a mudar o prazo para pagamento de tributo, mesmo antecipando-o, não agrava a situação do contribuinte, não se sujeitando à regra da anterioridade do exercício.**

Neste sentido, inclusive, é o teor da Súmula Vinculante n.º 50:

> **Súmula Vinculante n.º 50, STF -** Norma legal que altera o prazo de recolhimento de obrigação tributária não se sujeita ao princípio da anterioridade.

Abaixo, outros importantes entendimentos do STF sobre a matéria:

> É aplicável o princípio da anterioridade tributária, geral e nonagesimal, nas hipóteses de redução ou de supressão de benefícios ou de incentivos fiscais, haja vista que tais situações configuram majoração indireta de tributos (STF. Plenário, RE 564225 AgR-EDv-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 20/11/2019);
>
> A redução ou a extinção de desconto para pagamento de tributo sob determinadas condições previstas em lei, como o pagamento antecipado em parcela única, não pode ser equiparada à majoração do tributo (STF, Plenário, ADI 4016 MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 01/08/2008);
>
> A mera atualização monetária do valor do tributo ou da sua base de cálculo, por não significar majoração do mesmo, não deve obediência ao princípio da anterioridade (STF, 2ª T., RE-AgR 200.844/PR, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 25.06.2002, DJ 16.08.2002).

O candidato deve estar atento às exceções estabelecidas pela própria Constituição aos princípios da anterioridade do exercício financeiro e da anterioridade nonagesimal. Nos termos do art. 150, §1º, são elas:

ART. 150, §1º DA CF/88	
Exceções constitucionais à anterioridade do exercício financeiro	- Imposto de Importação, Imposto de Exportação, IPI e IOF; - Impostos Extraordinários de Guerra; - Empréstimos Compulsórios; - Contribuições para Financiamento da Seguridade Social; - ICMS monofásico sobre Combustíveis (exceção parcial, devendo-se consultar o art. 155, §4º, IV da CF/88); - CIDE-Combustível (exceção parcial, devendo-se consultar o art. 177, §4º, I, *b*);

Exceções constitucionais à anterioridade nonagesimal	- Imposto de Importação, Imposto de Exportação e IOF; - Impostos Extraordinários de Guerra; - Empréstimos Compulsórios; - Imposto de Renda; - Base de cálculo do IPTU; - Base de cálculo do IPVA.

2.4. Princípio do Não-Confisco (vedação ao efeito de confisco)

O art. 150, IV da CF/88 prevê que **é vedado aos entes federativos utilizarem tributos com efeito de confisco.**

Trata-se de aplicação do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade da carga tributária.

Conforme Ricardo Alexandre, "o princípio da vedação ao efeito de confisco é expresso em cláusula aberta ou conceito jurídico indeterminado, cabendo ao prudente arbítrio do juiz, em cada caso que lhe for submetido, avaliar a existência ou não de confisco" (2018, p. 179).

Segundo o STF, não se deve analisar, no caso concreto, o tributo isoladamente, uma vez que o seu peso individual pode não gerar o efeito confiscatório. Há situações em que o acréscimo de outros tributos incidentes sobre a mesma manifestação de riqueza e que sejam cobrados pelo mesmo ente torne a situação irrazoável.

Não se deve confundir o confisco com a pena de perdimento de bens, constitucionalmente prevista no art. 5º, XLVI, *b*, da CF/88. Enquanto o tributo não é sanção por ato ilícito, conforme definição legal do art. 3º do CTN, a pena de perdimento de bens tem caráter punitivo. Nada impede, assim, que, em casos de comprovação de graves infrações tributárias, a legislação específica preveja como punição o perdimento de bens.

Frise-se, por fim, que o princípio do não-confisco aplica-se também às multas tributárias.

QUESTÃO DE CONCURSO

(CESPE – 2015 – Advogado Geral da União) O princípio da vedação à utilização de tributo com efeito de confisco, previsto expressamente na CF, aplica-se igualmente às multas tributárias, de modo a limitar, conforme jurisprudência pacífica do STF, o poder do Estado na instituição e cobrança de penalidades. **Gabarito: CORRETO.**

2.5. Princípio da Liberdade de Tráfego

O art. 150, V, da CF/88 estabelece que **é vedado aos entes federativos estabelecerem limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público.**

Ressalte-se, contudo, uma exceção constitucionalmente prevista, que é a possibilidade de cobrança do ICMS interestadual.

2.6. Vedações Específicas à União

A Constituição Federal traz, em seu art. 151, vedações especificamente direcionadas à União, cujo objeto é a proteção do pacto federativo. Tratam-se de regras protegidas por cláusula pétrea, uma vez que se configuram como verdadeiras garantias da Federação, conforme previsão constante no art. 60, §4º, I da CF/88.

Eis a dicção do art. 151 da CF/88:

> **Art. 151, CF/88 -** É vedado à União:
> **I -** instituir 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, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País;
> **II** - tributar a renda das obrigações da dívida pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como a remuneração e os proventos dos respectivos agentes públicos, em níveis superiores aos que fixar para suas obrigações e para seus agentes;
> **III** - instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

O inciso I contempla o **princípio da uniformidade geográfica da tributação.** O dispositivo, contudo, traz uma exceção, ao possibilitar a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do país, como ocorre, por exemplo, com a manutenção da Zona Franca de Manaus, previsto no art. 40 do ADCT.

A diferenciação permitida tem, assim, finalidade extrafiscal de reduzir as diferenças de desenvolvimento socioeconômico entre regiões distintas do país e, enquanto pautada na razoabilidade e proporcionalidade, não se verifica ofensa aos princípios federativos, da isonomia tributária, da uniformidade geográfica dos tributos federais e da livre concorrência.

O inciso II traz o **princípio da uniformidade da tributação da renda.** O objetivo de tal restrição é evitar que a União utilize o tributo como um meio de concorrer deslealmente no mercado de títulos da dívida pública e na seleção de servidores públicos.

A CF/88 impede que a União tribute rendimentos gerados pelos títulos estaduais e municipais de maneira mais gravosa que aqueles gerados pelos títulos que ela mesma emite. Impede, ainda, que a União tribute os rendimentos dos servidores públicos estaduais e municipais de maneira mais gravosa do que aquela estipulada para os servidores públicos federais.

Por fim, o inciso III traz o **princípio da vedação às isenções heterônomas.**

A isenção é forma de exclusão do crédito tributário consistente na dispensa legal do pagamento do tributo. O poder de isentar é natural decorrência do poder de tributar. A regra é que as isenções sejam autônomas, ou seja, concedidas pelo mesmo ente federado que a Constituição atribuiu o poder de instituir o tributo.

Registre-se, porém, que **a própria Constituição estipulou duas exceções, admitindo-se isenções heterônomas nos seguintes casos:**

a) nos termos do art. 155, §2º XII, *e*, da CF/88, **a União pode conceder, por meio de lei complementar, isenção heterônoma do ICMS incidente nas operações com serviços e outros produtos destinados ao exterior, além dos mencionados no art. 155, §2º, X, a, da CF/88.**

Ricardo Alexandre lembra, contudo, que a partir da EC n.º 42/2003, o ICMS deixou de incidir, por expressa disposição constitucional (imunidade), sobre operações que destinem quaisquer mercadorias para o exterior e sobre os serviços prestados a destinatários no exterior. Por isso, a possibilidade de a União conceder isenção do ICMS nas exportações deixou de possuir qualquer utilidade, dada a amplitude da imunidade assegurada pela própria Constituição (2018, p. 191). O dispositivo, contudo, permanece no texto constitucional.

b) **a União pode conceder, também via lei complementar, isenção heterônoma do ISS, da competência dos Municípios, nas exportações de serviços para o exterior** (art. 156, §3º, II).

2.7. Princípio da Não Discriminação baseada em procedência ou destino

Conforme o art. 152 da CF/88, **é 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.**

Lembre-se, contudo, que a União pode estipular tratamento tributário diferenciado entre os Estados da Federação tendo por objetivo a redução das desigualdades socioeconômicas, conforme afirmado anteriormente.

2.8. Imunidades

Imunidades são limitações constitucionais ao poder de tributar consistentes na delimitação da competência tributária constitucionalmente conferida aos entes políticos. Difere da isenção, que é a dispensa legal do pagamento do tributo.

Assim, pode-se afirmar que enquanto a imunidade é sempre prevista na Constituição, a isenção é sempre prevista em lei. Ainda que a Constituição utilize outra terminologia, o caso será de imunidade.

Pode-se mencionar como exemplo a redação do art. 195, §7º da CF/88:

> **Art. 195, §7º, CF/88 -** São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

Embora a utilização da expressão “isentas”, trata-se, na verdade, de uma imunidade estabelecida em favor das entidades beneficentes de assistência social.

As regras sobre imunidade podem suprimir a competência tributária para quaisquer espécies tributárias, desde que haja previsão constitucional. A CF/88, por exemplo, contempla imunidades relativas a taxas (art. 5º, XXXIV), impostos (art. 150, VI) e contribuições para a seguridade social (art. 195, §7º).

As imunidades mais importantes, contudo, são aquelas previstas no art. 150, VI, a seguir relacionadas:

a) Imunidade tributária recíproca – é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros (art. 150, VI, *a*).

Trata-se de cláusula pétrea, uma vez que traz importante regra protetiva do pacto federativo, impedindo a sujeição de um ente federado ao poder de tributar dos demais.

Tal imunidade aplica-se apenas aos impostos, não alcançando as contribuições nem as taxas.

O §2º do art. 150 contempla a **imunidade tributária recíproca extensiva**, ao estendê-la às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e à empresa prestadora de serviço postal, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

Deve-se ter atenção neste ponto: para gozar da imunidade, as autarquias, fundações e empresa pública prestadora de serviço postal precisam manter o seu patrimônio, renda e serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou as delas decorrentes, restrição esta não aplicável aos entes políticos.

Antes da EC 132/2023, o art. 150, §2º da CF/88 previa a imunidade tributária recíproca extensiva apenas para autarquias e fundações públicas. **O STF, contudo, entendia que a regra imunizante também alcançava as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos de prestação obrigatória e exclusiva do Estado.** Para tanto, eram exigidos três requisitos, fixados pela Suprema Corte:

I) a prestação de um serviço público;

II) sem intuito lucrativo (ou seja, sem distribuição de lucros a acionistas privados); e

III) em regime de exclusividade (ou seja, sem concorrência com outras pessoas jurídicas de direito privado ou que não causem danos à concorrência).

Ocorre que a EC 132/2023 (Reforma Tributária), estendeu a regra imunizante à empresa pública prestadora de serviço postal, conforme nova redação do §2° do art. 150 da CF/88.

Ademais, vale destacar recente julgado do STF, referindo-se à sociedade economia mista estadual prestadora exclusiva de serviço público de abastecimento de água potável e coleta e tratamento de esgotos sanitários:

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE

Sociedade de economia mista estadual prestadora exclusiva de serviço público de abastecimento de água potável e coleta e tratamento de esgotos sanitários faz jus à imunidade tributária recíproca sobre impostos federais incidentes sobre patrimônio, renda e serviços.

Vale ressaltar, contudo, que, para a extensão da imunidade tributária recíproca da Fazenda Pública em favor das sociedades de economia mista e empresas públicas, é necessário preencher três requisitos:

(i) a prestação de um serviço público;

(ii) a ausência do intuito de lucro;

(iii) a atuação em regime de exclusividade, ou seja, sem concorrência (STF. Plenário. ACO 3410/SE, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 20/4/2022, Info. 1051).

O assunto já havia sido decidido pelo STF em 2021, no Tema 1140:

As empresas públicas e as sociedades de economia mista delegatárias de serviços públicos essenciais, que não distribuam lucros a acionistas privados nem ofereçam risco ao equilíbrio concorrencial, são beneficiárias da imunidade tributária recíproca prevista no art. 150, VI, a, da Constituição Federal,

independentemente de cobrança de tarifa como contraprestação do serviço. (STF. Plenário. RE 1320054 RG, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 06/05/2021, Repercussão Geral - Tema 1140[89]).

Já o §3º do art. 150, referindo-se tanto aos entes políticos quanto às autarquias, fundações públicas e empresa pública prestadora de serviço postal, exclui expressamente da imunidade o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com a exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário.

b) Imunidade tributária religiosa - aos entes federativos é vedado instituir impostos sobre entidades religiosas e templos de qualquer culto, inclusive suas organizações assistenciais e beneficentes (art. 150, VI, *b*).

Uma vez que a liberdade de culto é direito individual expressamente consagrado e a imunidade religiosa é uma das garantias que protege tal direito, ambos estão protegidos por cláusula pétrea.

Aqui, a imunidade também é aplicável exclusivamente aos impostos, não sendo extensiva, por exemplo, às contribuições sindicais.

O entendimento do STF é pacífico no sentido de afirmar que a tal imunidade deve abranger não somente os prédios destinados ao culto, mas, também, o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades abarcadas.

O STF entende, inclusive, que se um imóvel que pertence a ente imune é alugado, não deixa de estar vinculado às finalidades essenciais do ente, não perdendo a imunidade.

A imunidade aplica-se também aos cemitérios que funcionem como extensões de entidades religiosas, não tenham fins lucrativos e se dediquem exclusivamente à realização de serviços religiosos e funerários. Por outro lado, caso se trate de cemitérios instituídos por particulares com manifesta finalidade lucrativa, não se aplica a imunidade religiosa.

c) Imunidade tributária dos partidos políticos, sindicatos de trabalhadores e entidades educacionais e assistenciais sem fins lucrativos - os entes federativos não podem instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive as suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei (art. 150, VI, *c*).

Ao garantir a imunidade tributária dos partidos políticos e fundações por eles mantidos, a Constituição zela pelo pluralismo político, evitando que o Estado utilize o poder de tributar como pretexto para subjugar partidos políticos cujas concepções contrariem aquelas adotadas por quem esteja no exercício do poder.

Ao imunizar as entidades sindicais dos trabalhadores, pretende-se proteger a liberdade de associação sindical estabelecida no art. 8º da CF/88. A proteção, contudo, somente beneficia os sindicatos de trabalhadores, não abarcando os sindicatos de empregadores (patronais).

Disponível em:

[89]https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6083656&numeroProcesso=1306505&classeProcesso=ARE&numeroTema=1140

Verifica-se que o dispositivo constitucional estabelece a necessidade de regulamentação infraconstitucional subsequente, ao utilizar a expressão "atendidos os requisitos da lei". Isso não significa afirmar que a norma contempla uma isenção. O fato é que a imunidade foi estipulada em norma constitucional de eficácia limitada. Como a lei a ser editada estará regulamentando uma limitação constitucional ao poder de tributar (imunidade), será necessariamente complementar, em virtude da exigência constante no art. 146, II da CF/88.

Neste sentido, inclusive, o STF, no julgamento do RE 566.622/RS, fixou a seguinte tese de repercussão geral: "**Os requisitos para o gozo de imunidade hão de estar previstos em lei complementar."** (STF, Pleno, RE 566.622/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 23.02.2017, DJE 23.08.2017).

Atualmente, o papel de lei complementar é exercido pelo CTN, que contempla, no art. 14, os requisitos para que as entidades em questão gozem da imunidade:

- não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título;
- aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;
- manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar a sua exatidão.

Se a entidade deixar de cumprir qualquer dos requisitos, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício (art. 14, §1º do CTN).

QUESTÃO DE CONCURSO

(FAURGS – 2022 – TJ-RS – Juiz Substituto) O estatuto social de uma instituição de educação sem fins lucrativos prevê que ela poderá auferir receita decorrente da locação de imóveis. Para fins de aplicação da imunidade tributária das instituições de educação e de assistência social sem fins lucrativos, prevista pelo art. 150, VI, 'c', da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988 (CRFB/1988), é correto afirmar que: o imóvel é imune ao imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, desde que a instituição de educação sem fins lucrativos não distribua qualquer parcela de seu patrimônio ou de sua renda, a qualquer título; desde que aplique integralmente, no país, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos sociais; e mantenha escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

Gabarito: CORRETO.

O STF tem entendimento de que milita em favor da entidade imune a presunção de que o seu patrimônio, renda e serviços encontram-se vinculados às suas finalidades essenciais. Assim, para declarar a inaplicabilidade da regra imunizante e lançar os tributos devidos, a autoridade competente deverá afastar a presunção, constituindo prova que demonstre inequivocamente o desvio de finalidade.

O STF reconhece como protegidas pela imunidade as escolas de ensino profissionalizantes mantidas pelos serviços sociais autônomos, como são os casos do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – SENAC e do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – SENAI (RE 235.737/SP).

É pacífico no STF, ainda, o entendimento de que o fato de a entidade utilizar o seu patrimônio em atividade que gere renda e, a rigor, não se enquadrar nas suas finalidades essenciais, não afasta a imunidade, desde que os recursos obtidos sejam destinados a tais finalidades essenciais. Assim, o reinvestimento dos recursos obtidos com a exploração patrimonial garante o vínculo que a Constituição exige entre o patrimônio e as finalidades da entidade.

No que se refere ao aluguel de imóvel integrante do patrimônio de entidade imune, o STF consolidou o seu entendimento na Súmula Vinculante 52:

> **Súmula Vinculante n.º 52, STF -** Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, *c*, da CF, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades para as quais tais entidades foram constituídas.

Mesmo nos casos em que as atividades desenvolvidas pela entidade imune se afastam daquelas que, em uma interpretação estrita, poderiam ser consideradas essenciais, o STF, ressaltando o objetivo de preservar, estimular e proteger as entidades, tem historicamente entendido presente a imunidade.

O STF entendeu aplicável a imunidade nos casos de manutenção por entidade beneficente de uma livraria em imóvel de sua propriedade (RE 345.830/MG) e da venda realizada por serviço social autônomo (SESC) de ingressos de cinema ao público em geral (AI 155.822-AgR/SP).

Questão interessante refere-se ao enquadramento das entidades fechadas de previdência social privada dentro do conceito de entidade assistencial sem fins lucrativos, para fins de reconhecimento de imunidade tributária.

Registre-se, inicialmente, que os planos de previdência privada aberta – que qualquer pessoa pode contratar com uma instituição financeira – possuem, sem dúvidas, finalidade lucrativa, e por isso não estão protegidas por imunidade.

Em relação aos "fundos de pensão", cujos beneficiários fazem parte de um grupo determinado de pessoas (geralmente empregados de uma empresa ou conjunto de empresas), tratam-se de entidades fechadas de previdência privada sem fins lucrativos e que, na sua maioria, cumprem os requisitos do art. 14 do CTN. Tais entidades, contudo, são previdenciárias, e não entidades de assistência social, e por isso, segundo o STF, não são abrangidas pela imunidade. Quando se verifica que são vertidas contribuições ao sistema, observa-se o caráter contributivo e, portanto, previdenciário (não assistencial) do sistema.

Há casos, porém, de entidades fechadas de previdência privada que são verdadeiras benesses do empregador ao empregado, em que os filiados não precisam contribuir para receber os futuros benefícios. Nesse caso, o STF as considera entidade de caráter assistencial, tendo, portanto, imunidade.

Neste sentido, consagrou-se o entendimento da Súmula n.º 730 do STF:

> **Súmula n.º 730, STF -** A imunidade tributária conferida a instituições de assistência social sem fins lucrativos pelo art. 150, VI, *c*, da Constituição, somente alcança as entidades fechadas de previdência social privada se não houver contribuição dos beneficiários.

O art. 202, §3º da CF/88 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, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.

Depreende-se de tal dispositivo constitucional que aqui haverá necessariamente a contribuição do segurado. Por isso, as entidades de previdência privada que tiverem como patrocinadores os entes políticos e as suas entidades da administração indireta jamais serão beneficiados pela imunidade tributária das entidades assistenciais, pois se o patrocinador estatal não pode contribuir com um montante maior que aquele a cargo do beneficiário, também não pode, obviamente, contribuir sozinho.

Por fim, destaca-se recente decisão do STF, no sentido de 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 CF/88, 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** (STF. Plenário. RE 630790/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 18/3/2022, Repercussão Geral – Tema 336, Info. 1047.)

d) Imunidade tributária cultural – os entes federados não podem instituir impostos sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão (art. 150, VI, *d,* CF/88).

Tal imunidade visa facilitar o acesso à cultura, tornando-o menos oneroso. Tal previsão configura cláusula pétrea, pois colabora com a livre manifestação do pensamento, com a liberdade de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação e o acesso à informação.

A imunidade tributária cultural é de natureza objetiva, incidindo sobre os bens listados no dispositivos constitucional, não se estendendo às editoras, autores, empresas jornalísticas ou de publicidade, que permanecem sujeitas à tributação pelas receitas e pelos lucros auferidos.

O STF tem entendimento no sentido de que o constituinte, ao instituir o benefício em questão, não fez ressalva quanto ao valor artístico ou didático, à relevância das informações divulgadas ou à qualidade cultural da publicação.

Outros importantes entendimentos consagrados pelo STF:

- por configurarem um veículo de transmissão de cultura simplificado, **as apostilas também estão protegidas pela imunidade;**
- por não poderem ser considerados como destinados à cultura e à educação, **os encartes com exclusiva finalidade comercial, mesmo que inseridos dentro de jornais, não estão protegidos pela imunidade.** Mas a presença de propaganda no corpo da própria publicação, sendo dela inseparável, não lhe retira a imunidade;
- **o fato de as edições das listas telefônicas veicularem anúncios e publicidade não afasta o benefício constitucional da imunidade;**
- a imunidade é extensível a qualquer material assimilável a papel utilizado no processo de impressão e à própria tinta especial para jornal, mas não é aplicável aos equipamentos do parque gráfico (maquinário), que não são assimiláveis ao papel de impressão, por não guardarem relação direta com a finalidade constitucional do art. 150, VI, *d*, da CF/88.

Sobre o tema da imunidade tributária cultural, deve-se destacar ainda a redação da Súmula Vinculante n.º 57:

> **Súmula Vinculante n.º 57, STF -** 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 funcionalidade acessórias.

e) Imunidade tributária da música nacional - os entes federativos não podem instituir impostos sobre 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, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a *laser*.

Por fonograma musical, entende-se que é o arquivo contendo música.

Por videofonograma musical, entende-se que é o arquivo contendo música e vídeo.

Nos dois casos, não é relevante se a sua apresentação se dá em suporte material (CD, DVD, *blu-ray* etc.) ou se a sua disponibilidade e circulação se dão mediante transferência eletrônica de dados, como os comercializados pela *App Store*, *Google Play* etc.

Para ser abarcado pela imunidade, o fonograma ou videofonograma deve ser necessariamente produzido no Brasil, mas pode ser música nacional (compositor brasileiro) ainda que cantada por estrangeiro ou música estrangeira (compositor estrangeiro) cantada por brasileiro. É o que se extrai da expressão "contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros". Deve-se atentar, porém, que o fonograma ou videofonograma deve ser produzido no Brasil.

Como a imunidade somente se aplica aos impostos, não se impede a cobrança de contribuições como PIS, COFINS, CSLL etc. E somente estão abrangidos os impostos que incidiriam diretamente sobre os fonogramas e videofonogramas, como o IPI e o ICMS.

3. REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS

A repartição constitucional de receitas tributárias é matéria relacionada diretamente à necessidade de manutenção do equilíbrio federativo entre os entes, bem como decorrência da necessidade de manutenção da autonomia destes, uma vez que, para a efetiva observância da autonomia dos entes federativos torna-se necessária a existência de recursos materiais para o desempenho das competências materiais constitucionalmente previstas.

Assim, o legislador constituinte determina que entes federativos maiores entreguem parte da receita arrecadada aos entes federativos menores. A repartição sempre consiste na participação dos entes menores na arrecadação dos entes maiores. Ou seja: a União entrega parcela da sua arrecadação para os Estados, DF e Municípios; os Estados repartem parcela das suas receitas com os Municípios situados nos seus territórios; já os Municípios não fazem repasses. O DF, por não poder ser dividido em municípios (art. 32, *caput*, CF/88), também não possui ente federativo abaixo dele para quem deva repassar receitas.

A repartição constitucional de receitas tributárias ocorre basicamente de duas formas:

- **DIRETA**: o ente beneficiado pela repartição da receita recebe-o diretamente, sem qualquer intermediário e sem que a receita faça parte de qualquer fundo constitucional. Ex.: quando a CF/88 atribui aos Municípios metade do IPVA arrecadado pelos Estados em virtude dos veículos automotores licenciados em seus territórios (art. 158, III);

- **INDIRETA**: os recursos a serem repartidos são destinados a um fundo de participação, cujas receitas são divididas entre os beneficiários, seguindo critérios legais e constitucionais previamente definidos. Ex.: a quota do fundo de participação dos Municípios a que o Município de Salvador faz jus, com base no art. 159, I, *b*, *d, e* e *f,* da CF/88. O repasse é feito após a destinação dos recursos sujeitos à repartição ao citado fundo.

No ordenamento jurídico brasileiro, os únicos tributos cujas receitas estão sujeitas à repartição são os impostos e a CIDE-combustíveis.

Em relação aos impostos, alguns não possuem as suas receitas repartidas. São eles:

a) todos os impostos arrecadados pelos Municípios (ITBI, IPTU e ISS);

b) todos os impostos arrecadados pelo Distrito Federal, dada a impossibilidade de existência de Municípios no âmbito distrital;

c) o imposto estadual sobre transmissão *causa mortis* e doações – ITCD;

d) os impostos federais sobre importação (II), exportação (IE), grandes fortunas (IGF) e os extraordinários de guerra (IEG).

Agora, serão analisados os casos de repartição direta e indireta previstos na CF/88.

3.1. Casos de Repartição Direta previstos na CF/88

São casos de repartição direta de receitas tributárias previstos na Constituição:

a) Repartição direta do IOF-Ouro com o Distrito Federal ou com os Estados e Municípios:

> **Art. 153, § 5º, CF/88 -** O ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial, sujeita-se exclusivamente à incidência do imposto de que trata o inciso V do "caput" deste artigo, devido na operação de origem; a alíquota mínima será de um por cento, assegurada a transferência do montante da arrecadação nos seguintes termos:
> **I -** trinta por cento para o Estado, o Distrito Federal ou o Território, conforme a origem;
> **II -** setenta por cento para o Município de origem.

Assim, quando o ouro é definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial, a União entrega integralmente ao DF (100%) ou aos Estados (30%) e Municípios (70%) o valor do IOF sobre ele incidente.

b) Repartição direta de receitas da União com os Estados e o Distrito Federal:

> **Art. 157, CF/88 -** Pertencem aos Estados e ao Distrito Federal:
> **I** - 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;
> **II** - vinte por cento do produto da arrecadação do imposto que a União instituir no exercício da competência que lhe é atribuída pelo art. 154, I.

Conforme o art. 157, I da CF/88, por exemplo, se o Estado da Bahia paga a um servidor o montante de 10 mil reais a título de remuneração, deverá efetuar a retenção do imposto de renda, pertencendo tal montante ao próprio Estado. A mesma regra se aplica aos valores retidos pelas autarquias e fundações públicas estaduais.

Segundo o art. 157, II da CF/88, se a União resolver utilizar da competência residual que lhe é atribuída pelo texto constitucional (art. 154, I) e criar, por lei complementar, um novo imposto, não cumulativo, com fato gerador e base de cálculo diferentes dos já utilizados pelos impostos já previstos, terá de entregar aos Estados 20% do respectivo produto de arrecadação.

c) Repartição direta de receitas da União com os Municípios:

> **Art. 158, CF/88 -** Pertencem aos Municípios:
> **I** - 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;

II - cinqüenta por cento do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados, cabendo a totalidade na hipótese da opção a que se refere o art. 153, § 4º, III;Nos termos do art. 158, I, da CF/88, se uma autarquia do Município de Goiânia, por exemplo, retiver imposto de renda na fonte incidente sobre um rendimento pago a pessoa que lhe prestou serviço, o valor retido pertencerá ao ente instituidor da Autarquia (município de Goiânia).

Pelo art. 158, II, da CF/88, a União deve repassar aos Municípios e ao DF 50% do produto da arrecadação do ITR relativamente aos imóveis neles situados. Ou seja, metade do que a União arrecadar pela cobrança de ITR relativos aos imóveis rurais situados, por exemplo, nos limites territoriais do Município de Cachoeira/BA, deve ser repassado a este ente. Contudo, caso o Município opte por fiscalizar e cobrar o ITR caberá a ele a totalidade da arrecadação, nos termos do art. 153, §4º, III da CF/88.

d) Repartição direta de receitas da União com os Estados:

> **Art. 158, CF/88** - Pertencem aos Municípios:
> (...)
> **III** – 50% (cinquenta por cento) do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios e, em relação a veículos aquáticos e aéreos, cujos proprietários sejam domiciliados em seus territórios;
> **IV** – 25% (vinte e cinco por cento):
> **a)** 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;
> **b)** do produto da arrecadação do imposto previsto no art. 156-A distribuída aos Estados.

Pelo art. 158, III, da CF/88, se um veículo é licenciado, por exemplo, no Município de São Paulo, metade do IPVA pago pelo seu proprietário deverá ser necessariamente repassado pelo Estado de São Paulo. Atente-se para o fato de que a EC 132/2023 alterou a redação do inciso III, para estender a regra para veículos aquáticos e aéreos, cujos proprietários sejam domiciliados no respectivo Município.

Pelo art. 158, IV, da CF/88, também deve ser repassado ao Município 25% 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 (ICMS), bem como do produto da arrecadação do imposto previsto no art. 156-A distribuída aos Estados.

A participação municipal no montante do ICMS é definido pelos §§1º e 2º do art. 158, devendo-se ter atenção à redação, por ter sido alterada pela EC 132/2023. Eis a dicção do dispositivo:

> **§ 1º** As parcelas de receita pertencentes aos Municípios mencionadas no inciso IV, "a", serão creditadas conforme os seguintes critérios:
> **I -** 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;
> **II -** 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.
> **§ 2º** As parcelas de receita pertencentes aos Municípios mencionadas no inciso IV, "b", serão creditadas conforme os seguintes critérios:
> **I -** 80% (oitenta por cento) na proporção da população;
> **II -** 10% (dez por cento) com base em indicadores de melhoria nos resultados de aprendizagem e de aumento da equidade, considerado o nível socioeconômico dos educandos, de acordo com o que dispuser lei estadual;
> **III -** 5% (cinco por cento) com base em indicadores de preservação ambiental, de acordo com o que dispuser lei estadual;

> **IV -** 5% (cinco por cento) em montantes iguais para todos os Municípios do Estado.

3.2. Casos de Repartição Indireta previstos na CF/88

O sistema constitucional de repartição indireta de receitas tributárias se efetiva por intermédio dos seguintes fundos:

3.2.1. Fundos de participação e de incentivo ao setor produtivo do Norte, Nordeste e Centro Oeste

Os Fundos são formados por 50% da arrecadação do IR e 50% da arrecadação do IPI, nos termos do art. 159 da CF/88:

> **Art. 159, CF/88 -** A União entregará:
> **I** - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados e do imposto previsto no art. 153, VIII, 50% (cinquenta por cento), da seguinte forma:
> **a)** vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;
> **b)** vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios;
> **c)** três por cento, para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurada ao semi-árido do Nordeste a metade dos recursos destinados à Região, na forma que a lei estabelecer;
> **d)** um por cento ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano;
> **e)** 1% (um por cento) ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de julho de cada ano;
> **f)** 1% (um por cento) ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de setembro de cada ano;

Assim, 50% da arrecadação total nacional do IPI são destinados aos fundos constitucionais.

Em relação ao IR, contudo, apesar de ser a mesma regra, deve-se frisar que a base para cálculo é apenas a arrecadação federal, ou seja, aquela efetivamente ingressada nos cofres públicos federais. Isso porque o §1º do art. 159 afirma que, para efeito de cálculo da entrega a ser efetuada, será excluída a parcela da arrecadação do IR pertencente aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, nos termos do disposto nos arts. 157, I e 158, I.

Os recursos dos Fundos são assim repartidos:

a) 21,5% ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;

b) 22,5% ao Fundo de Participação dos Municípios;

c) 3% destinados à aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, por meio de SUS, instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento;

d) 1% destinado ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano;

e) 1% destinado ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de julho de cada ano;

f) 1% destinado ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de setembro de cada ano.

3.2.2. Fundo de compensação à desoneração das exportações

A CF/88, no art. 155, 2º, X, *a*, determina a não incidência (imunidade) do ICMS sobre as exportações de mercadorias e serviços.Trata-se de regra que representa o esforço de exportação do Estado brasileiro, uma vez que desonerar as exportações implica redução de preço, o que consiste em um incentivo.

Contudo, a regra trouxe um prejuízo para os Estados e o Distrito Federal já que, para estes, seria melhor que a circulação de mercadorias tivesse por destinatário alguém domiciliado no país, pois, nestes casos, haveria a incidência do ICMS, com o consequente aumento de arrecadação de recursos para os cofres públicos estaduais e distritais.

Para compensar os Estados pelo prejuízo, a CF/88 criou um fundo de compensação composto por 10% da arrecadação nacional do IPI, previsto no art. 159, II, abaixo transcrito:

> **Art. 159, CF/88 -** A União entregará:
> **II** - do produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados e do imposto previsto no art. 153, VIII, 10% (dez por cento) aos Estados e ao Distrito Federal, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados.

E o §3° do art. 159 prevê:

> **Art. 159, § 3º, CF/88.** Os Estados entregarão aos respectivos Municípios 25% (vinte e cinco por cento) dos recursos que receberem nos termos do inciso II docaputdeste artigo, observados os critérios estabelecidos no art. 158, § 1º, para a parcela relativa ao imposto sobre produtos industrializados, e no art. 158, § 2º, para a parcela relativa ao imposto previsto no art. 153, VIII.

Com o intuito de evitar que a compensação se transmutasse em um instrumento de agravamento das desigualdades regionais, já que quem mais exporta são os Estados mais desenvolvidos, foi estabelecida a regra do §2º do art. 159:

> **Art. 159, § 2º, CF/88 -** A nenhuma unidade federada poderá ser destinada parcela superior a vinte por cento do montante a que se refere o inciso II, devendo o eventual excedente ser distribuído entre os demais participantes, mantido, em relação a esses, o critério de partilha nele estabelecido.

Ou seja, ainda que o Estado seja responsável por mais de 20% das exportações de produtos industrializados no país, ele só receberá 20% do montante do fundo, sendo o excedente redistribuído para os demais Estados e o DF, seguindo o mesmo critério.

4. FINANÇAS PÚBLICAS E ORÇAMENTO

A Constituição Federal dedica um capítulo específico às finanças públicas.

O art. 163 estabelece:

> **Art. 163, CF/88** - Lei complementar disporá sobre:
> **I -** finanças públicas;
> **II** - dívida pública externa e interna, incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público;

> **III** - concessão de garantias pelas entidades públicas;
> **IV** - emissão e resgate de títulos da dívida pública;
> **V** - fiscalização financeira da administração pública direta e indireta;
> **VI** - operações de câmbio realizadas por órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
> **VII** - compatibilização das funções das instituições oficiais de crédito da União, resguardadas as características e condições operacionais plenas das voltadas ao desenvolvimento regional.
> **VIII** - sustentabilidade da dívida, especificando:
> **a)** indicadores de sua apuração;
> **b)** níveis de compatibilidade dos resultados fiscais com a trajetória da dívida;
> **c)** trajetória de convergência do montante da dívida com os limites definidos em legislação;
> **d)** medidas de ajuste, suspensões e vedações;
> **e)** planejamento de alienação de ativos com vistas à redução do montante da dívida.
> **IX –** condições e limites para concessão, ampliação ou prorrogação de incentivo ou benefício de natureza tributária.
> **Parágrafo único.** A lei complementar de que trata o inciso VIII do caput deste artigo pode autorizar a aplicação das vedações previstas no art. 167-A desta Constituição.

O inciso IX do art. 163 da CF/88 foi inserido por meio da EC n° 135/2024.

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disponibilizarão as suas informações e dados contábeis, orçamentários e fiscais, conforme periodicidade, formato e sistema estabelecidos pelo órgão central de contabilidade da União, para garantir a rastreabilidade, a comparabilidade e a publicidade dos dados coletados, os quais deverão ser divulgados em meio eletrônico de amplo acesso público.

Sobre o Banco Central, o art. 164 estabelece:

> **Art. 164, CF/88** - A competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo banco central.
> **§1º** É vedado ao banco central conceder, direta ou indiretamente, empréstimos ao Tesouro Nacional e a qualquer órgão ou entidade que não seja instituição financeira.
> **§2º** O banco central poderá comprar e vender títulos de emissão do Tesouro Nacional, com o objetivo de regular a oferta de moeda ou a taxa de juros.
> **§3º** As disponibilidades de caixa da União serão depositadas no banco central; as dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei.

A Emenda Constitucional n.º 109/2021 acresceu o art. 164-A à CF/88, afirmando que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem conduzir as suas políticas fiscais para manter a dívida pública em níveis sustentáveis, na forma de lei complementar referenciada no inciso VIII do art. 163. Ademais, a elaboração e a execução de planos e orçamentos devem refletir a compatibilidade dos indicadores fiscais com a sustentabilidade da dívida.

4.1. Princípios Constitucionais Orçamentários

Para a melhor compreensão do orçamento, torna-se necessário conhecer os seguintes princípios:

a) princípio da anualidade: o orçamento deve ser elaborado para um exercício financeiro. Não necessariamente coincide com o calendário. No caso do Brasil, atualmente, coincide;

b) princípio da universalidade: o orçamento deve conter todas as receitas e despesas do ente público, inclusive dos fundos e das administrações direta e indireta;

c) princípio da unidade: dispõe que o orçamento é um só para cada ente federado e para cada exercício financeiro. **Não se deve confundir o princípio da unidade com a unidade documental**, eis que é possível ter diversos documentos orçamentários, como o orçamento fiscal, orçamento de investimento, orçamento de seguridade social, etc., pois o orçamento é único;

d) princípio da exclusividade: o art. 165, §8º, CF/88 estabelece 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 da lei;

e) princípio da especificação: é necessário especificar como serão auferidas as receitas, bem como onde haverá despesas, a fim de permitir a transparência e o controle;

f) princípio da não afetação: o art. 167, IV proíbe que haja a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa. Isso porque os impostos têm natureza não vinculada. No entanto, a própria Constituição traz exceções taxativas, em que poderá haver vinculação nos casos de:

- repartição do produto da arrecadação dos impostos;
- destinação de recursos para ações e serviços públicos de saúde, para o ensino e para administração tributária;
- prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita.

4.2. Leis Orçamentárias

A Constituição Federal prevê três leis orçamentárias: o Plano Plurianual (PPA); a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO); e a Lei Orçamentária Anual (LOA). Tratam-se, conforme previsão contida no art. 165, de leis ordinárias de iniciativa privativa do Poder Executivo.

QUESTÃO DE CONCURSO

(MPE-RS – 2021 – MPE–RS – Promotor de Justiça) Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais.

Gabarito: CORRETO.

4.2.1. Plano Plurianual (PPA)

A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as **diretrizes, objetivos e metas** da Administração Pública Federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

O PPA, que tem prazo de quatro anos, consiste em um plano de governo. Ele é elaborado durante o primeiro ano do mandato do chefe do Poder Executivo, devendo entrar em vigor no segundo ano de mandato, o que significa dizer que o Presidente da República seguinte iniciará o seu mandato ainda vinculado ao plano firmado pelo governo anterior. Trata-se de medida que zela pela continuidade dos projetos que contemplem ganhos sociais.

Os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos na Constituição serão elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional.

É a partir das definições estabelecidas no PPA que se fixam a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA).

Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado se não estiver inserido no PPA, pois passaria a ter um caráter continuado, motivo pelo qual deve observar as diretrizes estabelecidas no PPA.

ATENÇÃO

Caracterizará crime de responsabilidade a autorização de determinado investimento que ultrapasse um exercício financeiro sem que tenha sido incluído do PPA.

4.2.2. Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO)

A Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) compreenderá as **metas e prioridades** da Administração Pública Federal, estabelecerá as diretrizes de política fiscal e respectivas metas, em consonância com a 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.

A afirmação acima é transcrição literal do §2º do art. 165, que foi cobrada na prova de Promotor de Justiça do Rio Grande do Sul, aplicada em 2021. Chama-se atenção para o fato de que esta redação foi conferida pela EC n.º 109/2021, o que revela a importância de o candidato estar atento para alterações recentes empreendidas no texto constitucional.

A LDO vem especificar aquilo que está previsto no PPA e busca orientar a elaboração da LOA.

4.2.3. Lei Orçamentária Anual (LOA)

O §5º do art. 165 da CF/88 estabelece:

> **Art. 165, § 5º, CF/88** - A lei orçamentária anual compreenderá:
> I - 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;
> II - o **orçamento de investimento** das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;
> III - 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.

QUESTÃO DE CONCURSO

(**MPE-RS – 2021 – MPE–RS – Promotor de Justiça)** 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.

Gabarito: CORRETO.

Os orçamentos fiscal e de investimento terão entre as suas funções a de reduzir desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional.

A LOA não poderá conter dispositivo estranho à previsão de receita e à fixação de despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação da receita, nos termos da lei.

4.3. Processo Legislativo Orçamentário

As leis orçamentárias são leis ordinárias de iniciativa do Presidente da República.

Assim que o projeto de lei orçamentária é encaminhado ao Congresso Nacional, ele passará por uma Comissão mista permanente de Senadores e Deputados, a quem caberá:

- examinar e emitir parecer sobre os projetos e sobre as contas apresentadas anualmente pelo Presidente da República;
- examinar e emitir parecer sobre os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos na Constituição, e exercer o acompanhamento e a fiscalização orçamentária, sem prejuízo da atuação das demais comissões do Congresso Nacional e de suas Casas, criadas conforme o art. 58.

Após o parecer, **os projetos 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.**

Os projetos de leis orçamentárias podem sofrer emendas, que serão apresentadas na comissão mista, que também emitirá parecer sobre elas, apreciando-se, na forma regimental, pelo Plenário das duas Casas do Congresso Nacional.

Sobre as emendas ao projeto de lei orçamentária anual, o §3º do art. 166 da CF/88 afirma:

> **Art. 166, §3º, CF/88 -** As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso:
> **I -** sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias;
> **II -** indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre:
> **a)** dotações para pessoal e seus encargos;
> **b)** serviço da dívida;
> **c)** transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal; ou
> **III** - sejam relacionadas:
> **a)** com a correção de erros ou omissões; ou
> **b)** com os dispositivos do texto do projeto de lei.

Já em relação às emendas ao projeto de lei de diretrizes orçamentárias, o §4º do art. 166 afirma que não poderão ser aprovadas quando incompatíveis com o plano plurianual.

Atente-se, ainda, para a redação dos §§5º a 8º do art. 166, abaixo transcritos:

> **Art. 166, §§5º a 8º, CF/88 –**
> **§5º** O Presidente da República poderá enviar mensagem ao Congresso Nacional para propor modificação nos projetos a que se refere este artigo enquanto não iniciada a votação, na Comissão mista, da parte cuja alteração é proposta.
> **§6º** Os projetos de lei do plano plurianual, das diretrizes orçamentárias e do orçamento anual serão enviados pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, nos termos da lei complementar a que se refere o art. 165, §9º.
> **§7º** Aplicam-se aos projetos mencionados neste artigo, no que não contrariar o disposto nesta seção, as demais normas relativas ao processo legislativo.
> **§8º** 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.

4.4. Orçamento Impositivo

A doutrina brasileira clássica afirma que o orçamento tem natureza jurídica de lei formal e possui caráter autorizador e não impositivo. Ou seja, apesar de constar o gasto público no orçamento, o gestor não seria obrigado a gastá-lo.

Ocorre que, com o advento de recentes Emendas Constitucionais – dentre elas, a EC n.º 86/15, EC n.º 100/19 e EC n.º 105/2019 –, verificou-se uma mudança no sentido de que o orçamento pode ter caráter impositivo, ou seja, pode impor o seu cumprimento, não havendo margem de discricionariedade para o administrador público.

A EC n.º 86/2015 inseriu o §9º ao art. 166 da CF/88, posteriormente alterado pela EC n.º 126/2022, afirmando 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.**

Registre-se ainda que a EC n.° 126/2022 acrescentou o §9º-A, afirmando que, do limite a que se refere o §9º, 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.

Assim, há um limite para apresentação de emendas, que será de 2% (dois por cento) da receita corrente líquida do exercício anterior ao do encaminhamento do projeto.

Mas é importante se atentar para o quanto disciplinado no §11, também alterado pela EC n.º 126/2022, que afirma ser obrigatória a execução orçamentária e financeira das programações oriundas de emendas individuais, em montante correspondente ao limite a que se refere o §9º, conforme os critérios para a execução equitativa da programação definidos na lei complementar prevista no §9º do art. 165, observado o disposto no §9º-A.

Reproduz-se os §§9º e 11:

> **Art. 166, CF/88 –**
> **§ 9º** 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.
> **§ 9º-A** Do limite a que se refere o § 9º deste artigo, 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.
> (...)
> **§ 11**. É obrigatória a execução orçamentária e financeira das programações oriundas de emendas individuais, em montante correspondente ao limite a que se refere o § 9º deste artigo, conforme os critérios para a execução equitativa da programação definidos na lei complementar prevista no § 9º do art. 165 desta Constituição, observado o disposto no § 9º-A deste artigo.

Assim, metade do valor das emendas parlamentares individuais deve ser destinada a ações e serviços públicos de saúde. Portanto, primeiro há um teto de 2%; após, desse valor, 1% (metade) será destinado a ações e serviços públicos de saúde.

A EC n.º 100/2019 criou, conforme o §12 do art. 166, a emenda de iniciativa de bancada parlamentar, que também são impositivas, afirmando que a garantia de execução de que trata o §11 aplica-se também às programações incluídas por todas essas emendas de iniciativa de bancada de parlamentares de Estado ou do

Distrito Federal, no montante de até 1% (um por cento) da receita corrente líquida realizada no exercício anterior.

As programações orçamentárias previstas nos §§11 e 12 do art. 166 não serão de execução obrigatória nos casos dos impedimentos de ordem técnica.

Por fim, deve-se ter atenção para a redação do art. 166-A:

> **Art. 166-A, CF/88 -** 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:
> **I -** transferência especial; ou
> **II** - transferência com finalidade definida.
> **§1º** Os recursos transferidos na forma do caput deste artigo 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, nos termos do § 16 do art. 166, e de endividamento do ente federado, vedada, em qualquer caso, a aplicação dos recursos a que se refere o caput deste artigo no pagamento de:
> **I** - despesas com pessoal e encargos sociais relativas a ativos e inativos, e com pensionistas; e
> **II -** encargos referentes ao serviço da dívida.
> **§2º** Na transferência especial a que se refere o inciso I do caput deste artigo, os recursos:
> **I** - serão repassados diretamente ao ente federado beneficiado, independentemente de celebração de convênio ou de instrumento congênere;
> **II** - pertencerão ao ente federado no ato da efetiva transferência financeira; e
> **III** - serão aplicadas em programações finalísticas das áreas de competência do Poder Executivo do ente federado beneficiado, observado o disposto no § 5º deste artigo.
> **§3º** O ente federado beneficiado da transferência especial a que se refere o inciso I do caput deste artigo poderá firmar contratos de cooperação técnica para fins de subsidiar o acompanhamento da execução orçamentária na aplicação dos recursos.
> **§4º** Na transferência com finalidade definida a que se refere o inciso II do caput deste artigo, os recursos serão:
> **I -** vinculados à programação estabelecida na emenda parlamentar; e
> **II -** aplicados nas áreas de competência constitucional da União.
> **§5º** Pelo menos 70% (setenta por cento) das transferências especiais de que trata o inciso I do caput deste artigo deverão ser aplicadas em despesas de capital, observada a restrição a que se refere o inciso II do § 1º deste artigo.

4.5. Créditos Adicionais

Os créditos adicionais podem ter três espécies:

crédito suplementar: visa suplementar ou reforçar a dotação orçamentária. Ou seja, o quantitativo autorizado é insuficiente, devendo haver um reforço;

crédito especial: não houve dotação orçamentária, mas é necessário fazer a despesa que não está prevista no orçamento;

crédito extraordinário: trata-se de situação excepcional para atender despesas imprevisíveis e urgentes, como aquelas decorrente de guerra, comoção interna e calamidade pública.

Os créditos suplementar e especial devem ser autorizados por lei e, após isso, devem receber um decreto do Executivo. Essa autorização legal é necessária, ainda que haja recursos disponíveis.

O crédito extraordinário não é autorizado por lei, sendo deliberado por meio de medida provisória. As situações que autorizam o crédito extraordinário são exemplificativas. Se for no âmbito estadual, será por

meio de medida provisória. Caso não haja a disposição de medida provisória, a abertura de crédito extraordinário será feita por meio decreto do Poder Executivo.

Em razão desse caráter personalíssimo, a abertura de crédito extraordinário não exige a disponibilidade de recursos.

Os créditos especiais e extraordinários têm vigência no exercício financeiro em que forem autorizados. A exceção é de que se eles forem autorizados nos últimos quatro meses do exercício financeiro, hipótese em que serão abertos no exercício financeiro seguinte, com o restante que não foi executado. Ou seja, **o limite de saldo não executado será incorporado ao exercício financeiro seguinte**. Essa possibilidade só alcança créditos especiais e extraordinários, não alcançando créditos suplementares.

Por fim, os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, quando forem destinados aos órgãos do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, serão entregues a eles, até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, §9º da CF/88. Trata-se de redação fixada pela EC n.º 45/2004.

QUESTÃO DE CONCURSO

(FCC – 2022 – DPE-PB – SC – Defensor Público) A Emenda Constitucional n.º 45/2004, que ficou conhecida como Reforma do Judiciário, promoveu diversas alterações constitucionais que tiveram por objetivo o aperfeiçoamento do sistema de justiça, inclusive da Defensoria Pública, dentre as quais se destaca a entrega em duodécimos, até o dia 20 de cada mês, dos recursos correspondentes à dotação orçamentária da Defensoria Pública.

Gabarito: CORRETO.

4.6. Limites para despesas com pessoal

A despesa com pessoal ativo e inativo e pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não pode exceder os limites estabelecidos em lei complementar, conforme o *caput* do art. 169 da CF/88.

O §1º do art. 169 estabelece:

> **Art. 169, § 1º, CF/88 -** A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:
> **I -** se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;
> **II -** se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

A lei complementar fixará o limite, dando um prazo para que as unidades federativas realizem as adaptações trazidas pela lei. Caso ultrapasse o prazo e não sejam realizadas tais adaptações, serão suspensos todos os repasses de verbas federais ou estaduais aos Estados ou Municípios que não observarem tais limites.

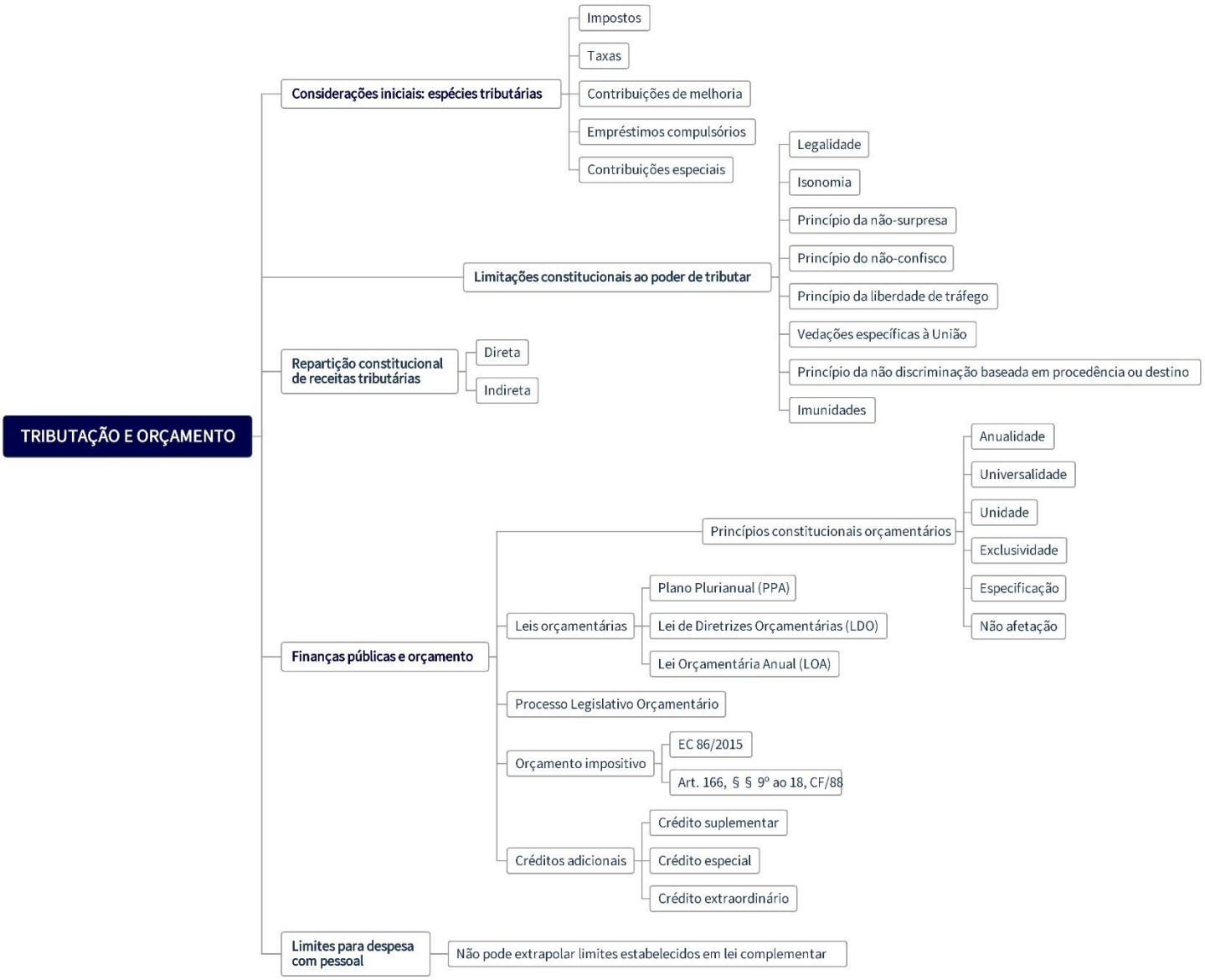
Para cumprir esses limites, deverão ser, se houver a necessidade, **adotadas as seguintes providências**:

- redução em pelo menos 20% das despesas com cargo em comissão e funções de confiança;

- exoneração dos servidores não estáveis;

Se tais medidas não forem suficientes, 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.

Neste caso, o servidor estável fará jus a uma indenização correspondente a um mês de remuneração para um ano de serviço. O cargo objeto da redução prevista será considerado extinto, vedada a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou assemelhadas pelo prazo de quatro anos.



24 ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O art. 170 da CF/1988 enuncia os fundamentos e princípios da ordem econômica:

> **Art. 170, CF/88 -** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
> **I –** soberania nacional;
> **II** – propriedade privada;
> **III –** função social da propriedade;
> **IV** – livre concorrência;
> **V** – defesa do consumidor;
> **VI** – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
> **VII** – redução das desigualdades regionais e sociais;
> **VIII** – busca do pleno emprego;
> **IX** – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.
> **Parágrafo único.** É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Acerca dos fundamentos da ordem econômica, pode-se afirmar que **a valorização do trabalho humano assenta-se no paradigma do Estado Social de Direito**, enquanto **a liberdade de iniciativa assenta-se no paradigma do Estado Liberal de Direito.**

Dirley da Cunha Jr. afirma:

> [...] malgrado tenha a Constituição de 1988 consagrado uma economia de livre mercado, de natureza capitalista – porque instrumentalizou uma ordem econômica apoiada na apropriação privada dos meios de produção e na livre iniciativa econômica privada –, instituiu ela numerosos princípios limitando e condicionando o processo econômico, no intuito de direcioná-lo a proporcionar o bem-estar social ou melhoria da qualidade de vida. O primeiro – e de todos o mais importante –, em direção ao qual todos os demais princípios se encaminha e se encontram, está consubstanciado como o próprio *fim* da ordem econômica: *assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social* (2019, p. 1.218).

A Constituição, desse modo, para a realização dos fins a que se propõe, conjuga um modelo capitalista a um perfil intervencionista de Estado, que podem se apresentar sob diversas formas.

Bernardo Gonçalves Fernandes (2020, p. 2.049-2.056) e Dirley da Cunha Jr. (2019, p. 1.218-1.221), por exemplo, apresentam três formas de intervenção estatal na economia:

FORMAS DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA	
INTERVENÇÃO DIRETA	Tem como fundamento o art. 173 da CF/88, ao prever que o Estado pode realizar a **exploração direta de atividade econômica quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.** Nestes casos, o Estado se utilizará das **empresas públicas** ou das **sociedades de economia mista**, pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Pública Indireta. Atualmente, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias são reguladas pela Lei n.º 13.303/2016, sendo tema afeto ao Direito Administrativo.
INTERVENÇÃO INDIRETA	Tem como fundamento o art. 174 da CF/88, ao prever que o Estado, como **agente normativo e regulador da atividade econômica,** 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.**
INTERVENÇÃO POR MONOPÓLIO	Tem como fundamento o art. 177 da CF/88; deve-se atentar para o fato de que a Constituição impede o livre desenvolvimento de determinadas atividadse econômicas, fixando para o Estado a sua exclusiva exploração. Constituem **monopólio da União:** a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades descritas anteriormente; o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas *b* e *c* do inciso XXIII do *caput* do art. 21 desta Constituição Federal.

Há ainda doutrinadores, como Eros Grau (2015, p. 143), que trabalham com as seguintes modalidades/formas de intervenção:

INTERVENÇÃO DIRETA: quando o Estado atua no domínio econômico:

a) Intervenção direta por participação: o Estado atua na economia como mais um sujeito econômico, concorrendo com os particulares que exploram a mesma atividade econômica.

b) Intervenção direta por absorção: o Estado atua na economia isoladamente, sem concorrência com os particulares, exercendo o monopólio de determinadas atividades econômicas;

INTERVENÇÃO INDIRETA: quando o Estado atua sobre o domínio econômico:

c) Intervenção indireta por direção: o Estado regula, fiscaliza e controla determinadas atividades econômicas, estabelecendo normas de cumprimento obrigatório pela iniciativa privada;

d) Intervenção indireta por indução: o Estado incentiva e estimula a atividade econômica, quando, por exemplo, estabelece políticas de benefícios fiscais ou tributários para os agentes do setor privado.

2. DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

Sobre os **princípios gerais aplicáveis à ordem econômica**, seguem os comentários:

I – SOBERANIA NACIONAL – em uma visão clássica, designa um poder político supremo (não é limitado na ordem interna) e independente (em igualdade com os poderes soberanos de outros povos, sem se sujeitar a nenhuma norma internacional que não seja aceita de forma voluntária). Divide-se em: soberania externa, referindo-se à representação do Estado na ordem internacional, afirmando que o Estado não se submete a nenhum outro Estado ou organismo internacional; soberania interna, referindo-se à supremacia do Estado em face dos seus cidadãos.

Contemporaneamente, a soberania nacional é relativizada e passa por um processo de releitura, notadamente, a partir dos princípios da democracia, da soberania popular, do pluralismo político e da dignidade da pessoa humana, bem como diante da globalização econômica e dos novos arranjos globais que se desenharam.

No plano interno, a soberania do Estado encontra legitimidade na soberania popular, uma vez que ele é o meio para a persecução do bem comum de todos, devendo proteger e promover a pessoa humana.

No plano externo, diante do avanço do processo de globalização política e econômica, verifica-se uma flexibilização das normas internas em face de uma normatização internacional, submetendo os Estados soberanos a órgãos internacionais.

II – PROPRIEDADE PRIVADA – trata-se de um direito fundamental constitucionalmente assegurado e implica no poder de possuir, usar, gozar, dispor, reivindicar e explorar bens materiais e imateriais, móveis e imóveis;

III – FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE – a propriedade privada não é um direito absoluto e, por isso, pode sofrer limitações. A função social é uma limitação constitucional ao exercício do direito de propriedade e, caso não seja cumprida a função social, a própria Constituição Federal estabelecerá restrições, a partir, por exemplo, da desapropriação;

IV – LIVRE CONCORRÊNCIA – trata-se de um desdobramento da livre iniciativa, que é necessária ao desenvolvimento de economias capitalistas e ao cumprimento da função social da atividade empresarial. Assegura-se, por um lado, que diversos agentes econômicos possam competir no mercado de forma justa e, por outro lado, que o maior número de agentes exerçam atividades econômicas, concorrendo entre si. Sobre o tema, importante destacar o entendimento do STF, na ADPF 449, ao decidir que **é inconstitucional a proibição ou restrição da atividade de transporte privado individual por motorista cadastrado em aplicativo, por violação aos princípios da livre iniciativa e livre concorrência;**

Destaca-se, ainda, a redação da Súmula Vinculante n.º 49, do STF:

> **Súmula Vinculante n.º 49, STF -** Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinadas áreas.

V – DEFESA DO CONSUMIDOR – verifica-se a clara intenção do constituinte em alçar a proteção dos direitos do consumidor à categoria fundamental (de natureza coletiva), diante da sua importância nas sociedades de consumo atuais. Frise-se que, nas relações consumeristas, o consumidor é hipossuficiente;

VI – DEFESA DO MEIO AMBIENTE, INCLUSIVE MEDIANTE TRATAMENTO DIFERENCIADO CONFORME O IMPACTO AMBIENTAL DOS PRODUTOS E SERVIÇOS E DE SEUS PROCESSOS DE ELABORAÇÃO E

PRESTAÇÃO – o meio ambiente é um direito fundamental difuso de terceira dimensão e está assegurado no art. 225 da CF/88.

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE

O **STF**, na ADI 3.540-MC, assentou que a defesa do meio ambiente, enquanto princípio da ordem econômica, implica reconhecer que a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a defesa do meio ambiente, que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral.

O **STF**, na ADPF 101, declarou constitucionais normas que vedam a importação de pneus usados, por considerar essa atividade econômica lesiva ao meio ambiente.

VII – REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS E REGIONAIS – deve-se atentar que tal princípio funda-se na ideia de Estado Social. Um dos exemplos práticos da aplicação do princípio em tela foi a criação dos órgãos SUDENE – Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste –, e SUDAM – Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia –, além de programas de caráter assistencial, como o Bolsa Família e o Fome Zero.

VIII – BUSCA DO PLENO EMPREGO – tal princípio decorre da valorização do trabalho, intrinsecamente relacionado à dignidade da pessoa humana, exigindo-se que o Estado estimule atividades econômicas que propiciem a criação de vagas de trabalho e o empreendedorismo;

IX – TRATAMENTO FAVORECIDO PARA AS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE CONSTITUÍDAS SOB AS LEIS BRASILEIRAS E QUE TENHAM SUA SEDE E ADMINISTRAÇÃO NO PAÍS – princípio decorrente do primado da igualdade material. Uma vez que as microempresas e empresas de pequeno porte encontram-se em situação de inferioridade real de mercado frente às médias e grandes empresas, o constituinte optou por favorecer as pequenas empresas para que elas possam ter plenas condições de ingresso, desenvolvimento e permanência no mercado econômico.

Neste sentido, inclusive, destaca-se a redação do art. 179 da CF/88, cuja literalidade foi recentemente cobrada na prova para Promotor de Justiça do MPE-PE, elaborada pela FCC, em 2022:

> **Art. 179, CF/88 -** A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

3. DAS FORMAS DE ATUAÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA

3.1. Atuação do Estado como agente econômico em sentido estrito

Quanto ao tema, recomenda-se a leitura atenta do art. 173 da CF/88, com alta incidência em provas de concursos públicos:

> **Art. 173, CF/88** - Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.
> **§ 1º** A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia

> mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:
> **I -** sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;
> **II** - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;
> **III** - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;
> **IV -** a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;
> **V** - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.
> **§ 2º** As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.
> **§ 3º** A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.
> **§ 4º** A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.
> **§ 5º** A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Verifica-se, nesse contexto, a aplicação do **princípio da subsidiariedade**, pois o Estado somente atuará como empresário em casos excepcionais (quando necessário aos imperativos de segurança nacional ou em casos de relevante interesse coletivo). Para tanto, o Estado constituirá pessoas jurídicas com a finalidade de exercer atividades econômicas, que poderão ser **empresas públicas** ou **sociedades de economia mista.**

Como já afirmado anteriormente, o estatuto jurídico das empresas públicas, das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias é a Lei n.º 13.303/2016, que dispõem sobre os temas elencados nos incisos do §1º do art. 173 da CF/88.

Frise-se que **as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas possuem responsabilidade civil subjetiva, salvo nos casos de defesa de consumidor, quando será objetiva.** Por outro lado, se as empresas públicas e as sociedades de economia mista forem prestadoras de serviços públicos, incide a responsabilidade civil objetiva, aplicando-se o art. 37, §6º da CF/88. O tema deverá ser aprofundado no estudo de Direito Administrativo.

3.2. Atuação do Estado como agente regulador

O art. 174 da CF/88 estabelece:

> **Art. 174, CF/88 -** 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.
> **§1º** A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.
> **§2º** A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.
> **§3º** O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.
> **§4º** As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

A função de fiscalização do Estado dá-se através do exercício do poder de polícia, como ocorre, por exemplo, no ato de fiscalização de funcionamento de um supermercado.

A função de incentivo, por sua vez, ocorre quando o Estado subsidia, financia, fomenta a iniciativa privada, consistindo em medidas de indução positiva, a exemplo da criação da Zona Franca de Manaus.

Por fim, o Estado exerce a função de **planejamento** quando adota, por exemplo, planos econômicos, que serão de **observância obrigatória ao setor público** e apenas **indicativo para o setor privado**, devendo o candidato estar atento a essa distinção.

Aqui, verifica-se que o Estado não atua diretamente na economia, mas sim indiretamente.

3.3. Atuação do Estado como prestador de serviços públicos

A Constituição Federal regulamenta a prestação de serviços públicos pelo Estado, que poderá ser direta ou indiretamente, nos seguintes termos:

> **Art. 175, CF/88** - Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.
> **Parágrafo único**. A lei disporá sobre:
> **I -** o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
> **II** - os direitos dos usuários;
> **III** - política tarifária;
> **IV -** a obrigação de manter serviço adequado.

O Estado, além de poder prestar serviços públicos de forma direta, pode realizá-lo de forma indireta, por meio de pessoas particulares já existentes, as quais, após participação em processo licitatório, sagram-se vencedoras e celebram, assim, contratos de concessão ou permissão de serviços públicos.

A concessão e a permissão de serviço público são regulamentadas pela Lei n.º 8.987/95.

Frise-se que **a titularidade do serviço público será do Poder Público,** e não do particular. Ao particular é possibilitado apenas o seu exercício.

No Brasil, vale lembrar, adota-se a concepção formal de serviço público, configurando-se como tal uma prestação material concreta (fruível) que se sujeita ao regime jurídico de direito público.

Há atividades que devem ser prestadas pelo Estado, mas cuja exploração é autorizada aos particulares, como é o caso dos serviços de saúde e ensino. Ou seja: são deveres do Estado a sua prestação, mas é possível a exploração pelo particular, como os hospitais e escolas particulares.

3.4. Exploração de recursos minerais e potenciais de energia hidráulica

O art. 176 da CF/88 estabelece:

> **Art. 176, CF/88 - As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.**
> **§1º** A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo **somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País,** na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.
> **§2º** É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e

no valor que dispuser a lei.
§3º A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente.
§4º Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida.

QUESTÃO DE CONCURSO

(FGV – 2022 – TJ-MG. Juiz de Direito Substituto) A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica somente poderão ser concedidos, ou autorizados, no interesse nacional, aos brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no país.

Gabarito: CORRETO.

3.5. Atuação do Estado como agente econômico em regime de monopólio

Fala-se em monopólio quando a atividade é exercida por uma única pessoa. A liberdade de iniciativa é regra. Contudo, em algumas situações, a Constituição Federal fixou o monopólio da União, que consiste em uma forma de atuação direta do Estado na economia.

Eis a dicção do art. 177 da CF/88:

Art. 177, CF/88 - Constituem monopólio da União:
I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;
II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;
III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;
IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;
V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.

O rol de atividades em regime de monopólio é taxativo.

O §1º do art. 177 estabelece que a União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV, observadas condições previstas em lei, sendo que tal lei deverá dispor sobre: a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional; as condições de contratação; a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.

Ademais, de acordo com o §3º do art. 177 da CF/88, a lei disporá sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional.

Por fim, chama-se atenção para a redação do §4º do art. 177, que trata da denominada CIDE combustível, nos seguintes termos:

Art. 177, §4º, CF/88 - A lei que instituir **contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível** deverá atender aos seguintes requisitos:
I - a alíquota da contribuição poderá ser:
a) diferenciada por produto ou uso;

> **b)**reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150,III,b;
> **II** - os recursos arrecadados serão destinados:
> **a)** ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo;
> **b)** ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás;
> **c)** ao financiamento de programas de infra-estrutura de transportes;
> **d)** ao pagamento de subsídios e tarifas de transporte público coletivo de passageiros.

4. DA POLÍTICA URBANA

A política de desenvolvimento urbano é executada pelo Poder Público municipal, de acordo com diretrizes gerais fixadas em lei, e tem por objetivo **ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos seus habitantes.** Cita-se, como exemplo, a Lei n.º 13.311/2016, que institui normas gerais para a ocupação e utilização da área pública urbana por equipamentos urbanos do tipo quiosque, *trailer*, feira e banca de venda de jornais e revistas.

Atualmente, é o **Estatuto das Cidades** – Lei n.º 10.257/2001 – que fixa as diretrizes gerais da política nacional de desenvolvimento urbano, estabelecendo normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, assim como do equilíbrio ambiental.

O instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana é o **plano diretor**, que é aprovado pela Câmara Municipal, sendo obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes. Nele são estabelecidas normas sobre zoneamento, edificação, sistema viário, bem como diversas outras matérias relacionadas à ordenação das cidades e ao bem-estar dos seus habitantes.

Já se estudou que o direito à propriedade, atualmente, está condicionado ao cumprimento de sua função social. Segundo o §2º do art. 182 da CF/88, **a propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.**

No caso de inadequado aproveitamento do solo urbano, deve-se atentar para a aplicação do §4º do art. 182 da CF/88, que estabelece:

> **Art. 182, §4º, CF/88 -** É facultado 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:
> **I** - parcelamento ou edificação compulsórios;
> **II -** imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;
> **III -** 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.

Aqui, chama-se atenção para o fato de que **o Poder Público municipal só pode lançar mão da desapropriação após a adoção, sucessiva, do parcelamento ou edificação compulsórios e da implementação do IPTU progressivo.**

Ademais, embora as desapropriações de imóveis urbanos sejam feitas, em regra, com prévia e justa indenização em dinheiro (art. 182, §3º e art. 5, XXIV da CF/88), neste caso será realizada com **pagamento mediante títulos da dívida pública** (art. 182, §4º, III, CF/88).

QUESTÃO DE CONCURSO

(INSTITUTO AOCP – 2022 – DPE-PR – Defensor Público) O Poder Público Municipal, mediante lei específica, para área incluída no Plano Diretor, pode determinar, nos termos de lei federal, que proprietário de solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado promova seu adequado aproveitamento, sob pena de, sucessivamente: parcelamento ou edificação compulsórios, IPTU progressivo no tempo e desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até 10 anos.

Gabarito: CORRETO.

Outro instituto apto a instrumentalizar a função social da propriedade urbana é a **usucapião especial urbana (usucapião *pro moradia*),** previsto no art. 183 da CF/88, nos seguintes termos:

> **Art. 183, CF/88 - Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinqüenta 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.
> **§1º** O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.
> **§2º** Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.
> **§3º** Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Conforme o STF, no julgamento do RE 422.349, **a legislação infraconstitucional não pode exigir outros requisitos para o reconhecimento da usucapião além dos exigidos pela própria Constituição.**

O STJ, no julgamento do REsp 1777404-TO, em 05/05/2020, fixou que **o uso misto da área a ser adquirida por meio de usucapião especial urbana não impede o seu reconhecimento judicial, se a porção utilizada comercialmente é destinada à obtenção do sustento do usucapiente e de sua família.** Assim, o fato de o autor da ação de usucapião utilizar uma parte do imóvel para uma atividade comercial que serve ao sustento da família domiciliada no imóvel não inviabiliza a prescrição aquisitiva buscada (Info. 671, STJ).

Registre-se, por fim, que **o Estatuto da Cidade, no art. 12, §2º, estabeleceu uma presunção relativa de que o autor da ação de usucapião especial urbana é hipossuficiente, ao fixar que ele terá os benefícios da justiça e da assistência judiciária gratuita, inclusive perante o cartório de registro de imóveis** (STJ, 3ª Turma, REsp 1517822-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 21/2/2017, Info. 599).

5. DA POLÍTICA AGRÁRIA E FUNDIÁRIA E DA REFORMA AGRÁRIA

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:

> **Art. 187, I -** os instrumentos creditícios e fiscais;
> **II -** os preços compatíveis com os custos de produção e a garantia de comercialização;
> **III -** o incentivo à pesquisa e à tecnologia;
> **IV -** a assistência técnica e extensão rural;
> **V -** o seguro agrícola;
> **VI -** o cooperativismo;
> **VII -** a eletrificação rural e irrigação;
> **VIII -** a habitação para o trabalhador rural.

No planejamento agrícola, estão incluídas as atividades agroindustriais, agropecuárias, pesqueiras e florestais.

As ações de política agrícola e de reforma agrária devem ser compatibilizadas.

O art. 188 da CF/88 estabelece que a destinação de terras públicas e devolutas será compatibilizada com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária, sendo que **a alienação ou a concessão, a qualquer título, de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares a pessoa física ou jurídica, ainda que por interposta pessoa, dependerá de prévia aprovação do Congresso Nacional, com exceção das alienações e concessões de terras públicas para fins de reforma agrária.**

5.1. Desapropriação para fins de reforma agrária

O art. 184 da CF/88 prevê:

> **Art. 184, CF/88 -** Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante **prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos,** a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

A **função social da propriedade rural** é cumprida quando esta atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

> **I -** aproveitamento racional e adequado;
> **II -** utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
> **III -** observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
> **IV -** exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Vê-se que, no caso da desapropriação para fins de reforma agrária, a indenização dá-se em títulos da dívida agrária, nos termos do *caput* do art. 184. Contudo, **as benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.**

A competência para tal modalidade de desapropriação é da União e, embora a competência seja federal, o constituinte estabeleceu que **as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária são isentas de impostos, tanto federais, como estaduais e municipais.**

O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação, cabendo à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação.

Importante destacar que há precedente do STF segundo o qual **não cabe aos estados-membros ou aos municípios, a pretexto de se utilizarem da desapropriação por interesse social contemplada no art. 5º, XXIV, da CF/88, implementarem projetos que visem o estabelecimento de colônias agrícolas e assentamentos rurais, cujos fins são inerentes à reforma agrária** (RE 482452, AgR, DJe 10/05/2016).

O constituinte estabeleceu 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.

Nem todas as propriedades são suscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária. Neste sentido, deve-se ter atenção para a redação do art. 185 da CF/88:

> **Art. 185, CF/88** - São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:
> **I -** a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;
> **II** - a propriedade produtiva.

> **Parágrafo único.** A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.

A Constituição Federal não define o que seja pequena propriedade rural, tendo o STF já afirmado que se deve aplicar a definição prevista no art. 4º, II, *a* da Lei n.º 8.629/93 (Lei de Reforma Agrária), que delimita a pequena propriedade rural como sendo aquela com área igual ou inferior a quatro módulos fiscais. A extensão do módulo fiscal varia de município para município, cabendo ao INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária) estabelecer o seu conceito.

Um questionamento: **é possível falar em impenhorabilidade mesmo que a família seja proprietária de mais de um imóvel rural?**

A resposta é SIM. Mesmo que o grupo familiar seja proprietário de mais de um imóvel, para fins de impenhorabilidade, é suficiente que a soma das áreas não ultrapasse o limite de extensão de quatro módulos fiscais. O fato de serem dois imóveis de propriedade da família não descaracteriza a figura da impenhorabilidade, pois são terrenos contínuos, anexos um ao outro. Nestes termos, **o STF fixou a tese de que é impenhorável a pequena propriedade rural familiar constituída de mais de 1 (um) terreno, desde que contínuos e com área total inferior a 4 (quatro) módulos fiscais do município de localização** (STF. Plenário. ARE 1038507, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 18/12/200, Repercussão Geral, Tema 961, Inf. 1003).

QUESTÃO DE CONCURSO

(CESPE/CEBRASPE – 2022 – DPE-PA – Defensor Público) No que concerne à interpretação das regras constitucionais e legais referentes ao imóvel rural, o STF entende que é impenhorável para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva pequena propriedade rural familiar constituída de mais de um terreno, desde que contínuos e com área total inferior a quatro módulos fiscais do município de localização. **CORRETO.**

E no caso de o devedor ter dado o bem em garantia, isso representa renúncia à garantia da impenhorabilidade?

NÃO. De acordo com o STJ, a pequena propriedade rural é impenhorável por determinação constitucional, sendo um direito fundamental indisponível, pouco importanto que o bem tenha sido dado em hipoteca (STJ. 4ª Turma. AgInt no Resp 1177643/PR, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 21/11/2019).

Os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de dez anos, que serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil, nos termos e condições previstas em lei.

A lei regulará e limitará a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira e estabelecerá os casos que dependerão de autorização do Congresso Nacional.

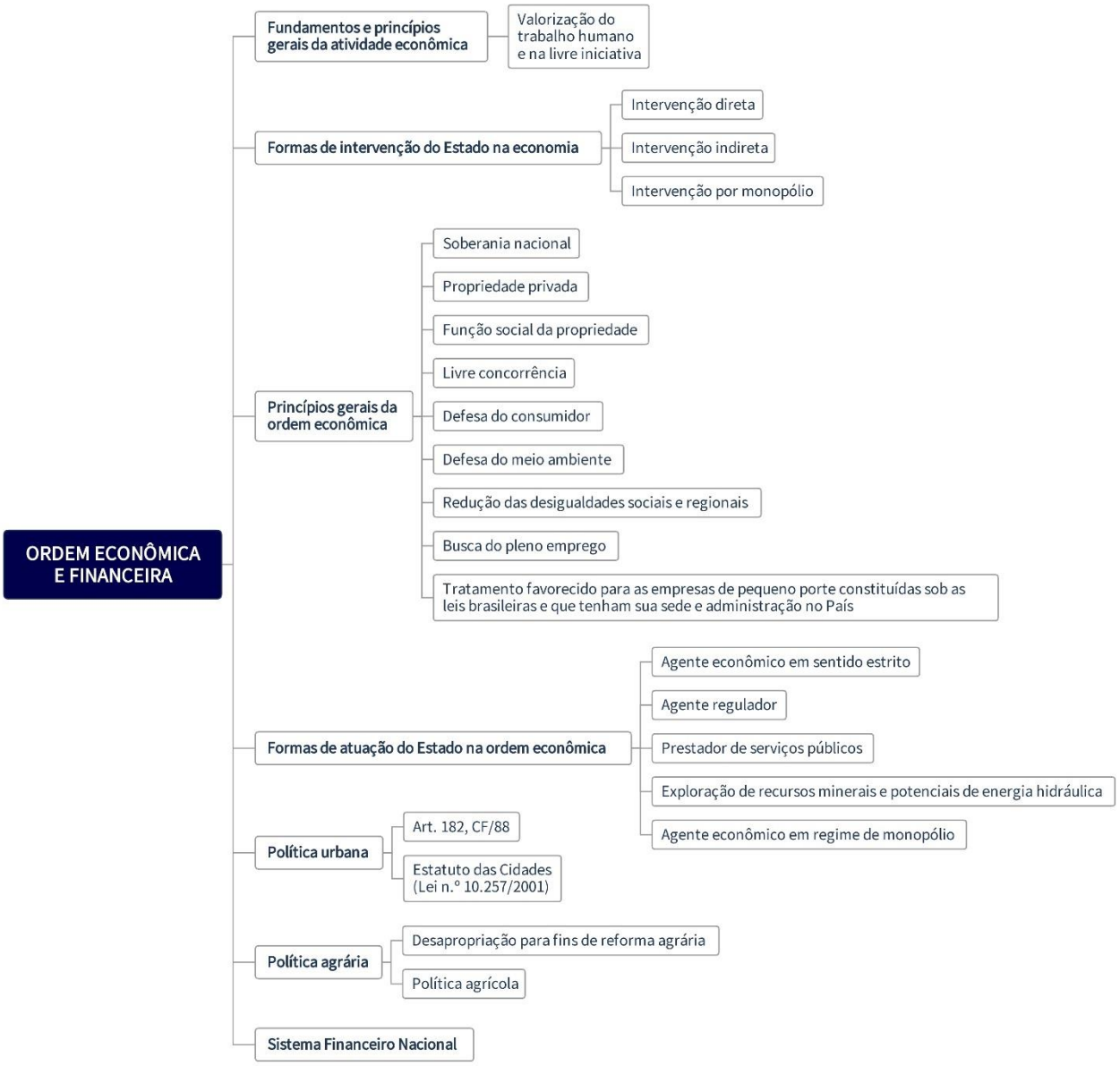
Por fim, destaca-se que a Constituição Federal estabeleceu a **usucapião especial rural (usucapião *pro labore*)**, nos termos do art. 191:

> **Art. 191, CF/88 -** Aquele 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 cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.
> **Parágrafo único.** Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

6. DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

O Sistema Financeiro Nacional, de acordo com Dirley da Cunha Jr., "consiste num conjunto de normas que disciplinam as instituições financeiras (públicas e privadas), compreendendo os estabelecimentos de seguro, previdência (privada) e capitalização, e as atividades por elas desenvolvidas" (2019, p. 1.233).

De acordo com o art. 192 da CF/88, o sistema financeiro nacional, estruturado para promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.



25 ORDEM SOCIAL

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Conforme Dirley da Cunha Jr., "a constitucionalização da ordem social foi obra do **constitucionalismo social** do final da Primeira Guerra Mundial, motivada pela necessidade de redefinição do papel do Estado e de sua transformação em instrumento garantidor do bem-estar social e da justiça social" (2020, p. 1237).

A Constituição Federal de 1934 foi a primeira a dispor sobre a ordem social, tendo sido fortemente influenciada pela Constituição de Weimar, de 1919.

A ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais, cabendo ao Estado 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 (art. 193, CF/88).

A Constituição Federal de 1988 reservou o Título VIII para disciplinar a ordem social, compreendendo os seguintes temas: Seguridade Social, que abrange a saúde, a previdência e a assistência social; a educação, cultura e desporto; a ciência, tecnologia e inovação; a comunicação social; o meio ambiente; a família, criança, adolescente, jovem e idoso; e, por fim, mas não menos importante, os índios, povos originários que merecem proteção e respeito.

Será visto, assim, cada um dos tópicos mencionados.

2. SEGURIDADE SOCIAL

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 (art. 194, CF/88).

Um dos mais importantes princípios que regem a seguridade social é o **princípio da solidariedade**, cuja base é a proteção da sociedade, por meio da previsão de um sistema solidário, alinhado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

De acordo com o parágrafo único do art. 194 da CF/88, compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

a) universalidade da cobertura e do atendimento – a seguridade social deve compreender o maior número de acontecimentos e riscos sociais, tais como doenças, enfermidades, morte, pobreza, etc., bem como as variadas ações necessárias à cobertura dessas contingências. Neste aspecto, pode-falar em **universalidade subjetiva** (abranger o maior número possível de pessoas, nacionais ou estrangeiras, residentes ou em trânsito no país) e **universalidade objetiva** (abranger o maior número de contingências);

b) uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais – a Constituição dispensa uma proteção social isonômica entre as pessoas que vivem no meio urbano (trabalhadores urbanos) e aquelas que vivem no meio rural (trabalhadores rurais). Registre-se, contudo, que

a própria Constituição prevê um tratamento especial aos trabalhadores rurais, levando-se em consideração os segurados especiais, como a redução de cinco anos para a aposentadoria por idade a este grupo;

c) seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços – a seletividade orienta o legislador na escolha dos riscos sociais que serão cobertos pela seguridade social, enquanto a distributividade diz respeito à repartição desses benefícios e serviços, buscando-se atender prioritariamente as pessoas mais necessitadas;

d) irredutibilidade do valor dos benefícios – diz respeito à impossibilidade de redução nominal dos benefícios sociais. Em relação aos benefícios previdenciários, contudo, além da garantia de irredutibilidade do valor nominal, o §4º do art. 201 da CF/88 assegura o reajustamento com vistas à preservação, em caráter permanente, do valor real, conforme critérios definidos em lei (irredutibilidade real);

e) equidade na forma de participação no custeio – aplica-se apenas à previdência social, devendo o segurado contribuir com o custeio do sistema conforme a sua capacidade contributiva. Quem aufere maior renda, deve verter maiores contribuições ao sistema;

f) 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 – o art. 195 da CF/88 estabelece que a seguridade social 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:

> **I -** do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:
> **a)** a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer títtulo, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;
> **b)** a receita ou o faturamento;
> **c)** o lucro;
> **II -** 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;
> **III -** sobre a receita de concursos de prognósticos.
> **IV** - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar;
> **V –** sobre bens e serviços, nos termos da lei complementar.

O inciso V (contribuições sociais sobre bens e serviços) foi incluído pela EC 132/2023.

Sobre tal contribuição social, deve-se atentar para a redação dos §§ 15 a 19 do art. 195 da CF/88, também inseridos pela referida emenda:

> **Art. 195, §§ 15° a 19°, CF/88.**
> **§15°..** A contribuição prevista no inciso V do caput poderá ter sua alíquota fixada em lei ordinária.
> **§ 16.** Aplica-se à contribuição prevista no inciso V do caput o disposto no art. 156-A, § 1º, I a VI, VIII, X a XIII, § 3º, § 5º, II a VI e IX, e §§ 6º a 11 e 13.
> **§ 17.** A contribuição prevista no inciso V do caput não integrará sua própria base de cálculo nem a dos tributos previstos nos arts. 153, VIII, 156-A e 195, I, "b", e IV, e da contribuição para o Programa de Integração Social de que trata o art. 239.
> **§ 18.** Lei estabelecerá as hipóteses de devolução da contribuição prevista no inciso V do caput a pessoas físicas, inclusive em relação a limites e beneficiários, com o objetivo de reduzir as desigualdades de renda.
> **§ 19.** A devolução de que trata o § 18 não será computada na receita corrente líquida da

> União para os fins do disposto nos arts. 100, § 15, 166, §§ 9º, 12 e 17, e 198, § 2º.

g) caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados – a Constituição valoriza a participação efetiva dos trabalhadores, empregados e aposentados nos colegiados dos órgãos públicos que administram a seguridade social. Estes, em atuação conjunta com o Governo, realizam uma gestão quadripartite da seguridade social (caráter democrático).

O caráter descentralizado, por sua vez, estabelece que a administração da seguridade social esteja distribuída de modo que esteja próxima aos atendidos, assistidos e beneficiados pela seguridade social, devendo-se observar as peculiaridades locais na tomada de decisões. O intuito é facilitar o acesso à seguridade social àqueles que dela necessitem.

QUESTÃO DE CONCURSO

(FGV – 2022 – TJ-MG – Juiz de Direito Substituto) Os direitos sociais abrangem os benefícios previdenciários que se baseiam, entre outros, nos princípios da solidariedade, universalidade do atendimento, integralidade e fonte de custeio. Na Constituição Federal de 1988, é cabível afirmar que o princípio da solidariedade tem como base a proteção da sociedade, através de um sistema solidário, em consonância com a dignidade humana, eixo axiológico da Constituição Federal de 1988.

Gabarito: CORRETO.

2.1. Considerações complementares sobre o custeio da seguridade social

Além do quanto previsto do *caput* do art. 195 da CF/88, já indicado acima, deve-se destacar a redação dos §§1º ao 5º, abaixo reproduzidos:

> **Art. 195, §§1º ao 5º, CF/88.**
> **§1º** - As receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinadas à seguridade social constarão dos respectivos orçamentos, não integrando o orçamento da União.
> **§2º** A proposta de orçamento da seguridade social será elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, assegurada a cada área a gestão de seus recursos.
> **§3º** A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.
> **§4º** A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.
> **§5º** Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

O candidato deve estar atendo à eventual cobrança da literalidade do texto destes parágrafos, com alta chance de incidência em provas de concursos públicos, como aconteceu recentemente, por exemplo, com a prova para Defensor Público do Piauí, aplicada em 2022, em que a CESPE/CEBRASPE exigiu o conhecimento literal do §3º do art. 195.

3. SAÚDE

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 às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196, CF/88).

Trata-se de um **direito fundamental social, de segunda dimensão/geração, um direito público subjetivo oponível ao Estado.**

As ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre a sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo a sua execução ser feita diretamente ou por meio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (art. 197, CF/88).

Quanto a este ponto, foi promulgada, em 19.09.1990, a Lei n.º 8.080, dispondo sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. A lei regulou, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado.

No contexto da classificação das normas constitucionais quanto à eficácia, verifica-se que o direito à saúde é enquadrado como **norma constitucional de eficácia limitada (norma programática)**, o que demanda a atuação do legislador infraconstitucional e a implementação de políticas públicas para ser plenamente efetivado.

Frise-se que o dever do Estado em prover as condições indispensáveis ao pleno exercício do direito à saúde não exclui o dever das pessoas, da família, das empresas e da sociedade, conforme previsto, inclusive, no §2º do art. 2º da Lei n.º 8.080/90.

Segundo o art. 198 da CF/88, as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um **sistema único**, organizado conforme as seguintes **diretrizes:**

DIRETRIZES DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE
1) descentralização, com direção única em cada esfera de governo, o que reflete o federalismo de cooperação entre os entes estatais;
2) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais, o que revela o caráter prioritário da garantia do direito à saúde;
3) participação da comunidade, o que revela o caráter democrático que inspira toda a seguridade social.

Já o art. 200 da CF/88 estabelece algumas competências do Sistema Único de Saúde:

> **Art. 200, CF/88 -** Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:
> **I -** controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
> **II** - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
> **III** - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
> **IV** - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
> **V** - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;
> **VI** - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
> **VII -** participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
> **VIII** - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

3.1. Custeio do Sistema Único de Saúde

O financiamento do SUS se dará nos termos dos arts. 195 e 198, §1º da CF/88, a partir de recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

A UNIÃO, OS ESTADOS, O DISTRITO FEDERAL E OS MUNICÍPIOS APLICARÃO, ANUALMENTE, EM AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE RECURSOS MÍNIMOS DERIVADOS DA APLICAÇÃO DE PERCENTUAIS CALCULADOS SOBRE:	
NO CASO DA UNIÃO	A receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15%;
NO CASO DOS ESTADOS E DO DF	O produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 155 e 156-A e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea *a*, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;
NO CASO DOS MUNICÍPIOS E DO DF	O produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 156 e 156-A e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, I, alínea *b* e §3º.

Nos termos do §3º do art. 198, lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

- os percentuais que definem os recursos mínimos que devem ser aplicados, pelos Estados, pelo DF e Municípios, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde;
- os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;
- as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal.

3.2. Dos agentes comunitários de saúde e agente de combate às endemias

A Constituição Federal estabelece que os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, conforme a natureza e complexidade das suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação (art. 198, §4º).

O regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades destes profissionais serão estabelecidos em lei federal, competindo à União, nos termos da aludida lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial (art. 198, §5º).

O servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo nos seguintes casos:

- no caso de servidor estável, devem-se observar as hipóteses do art. 41, §1º da CF/88 (em virtude de sentença judicial transitada em julgado; mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; e mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa) e o quanto disposto no art. 169, §4º (para cumprimento de limite prudencial de despesas com pessoal ativo e inativo estabelecidos em lei complementar, caso as medidas constantes no §3º do art. 169 da CF/88 não forem suficientes);
- e no caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o exercício das funções (art. 198, §6º).

As Emendas Constitucionais n.º 120 e 124, promulgadas em 2022, acresceram os §7º ao 13º ao art. 198, devendo o candidato estar atento a sua redação:

> **Art. 198, §§7º ao 13º, CF/88 –**
> **§7º** 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.
> **§8º** 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.
> **§9º** 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.
> **§10.** 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.
> **§11.** 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.
> **§12**. 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.
> **§13**. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, até o final do exercício financeiro em que for publicada a lei de que trata o § 12 deste artigo, adequarão a remuneração dos cargos ou dos respectivos planos de carreiras, quando houver, de modo a atender aos pisos estabelecidos para cada categoria profissional.

Chama-se atenção, ainda, para a promulgação da EC n.º 127/2022, de 22/12/2022, que acrescentou os §§14º e 15º ao art. 198 da CF/88, nos seguintes termos:

> **Art. 198, §14 e §15, CF/88 –**
> **§ 14.** 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 pisos salariais de que trata o § 12 deste artigo.
> **§ 15.** 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 pisos salariais de que trata o § 12 deste artigo serão consignados no orçamento geral da União com dotação própria e exclusiva.

3.3. A assistência à saúde pela iniciativa privada

Afirmou-se anteriormente que, conforme previsto no §2º do art. 2º da Lei n.º 8.080/90, o dever do Estado em prover as condições indispensáveis ao pleno exercício do direito à saúde não exclui o dever das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

O art. 199 da CF/88 afirma que **a assistência à saúde é livre à iniciativa privada**, sendo que as instituições privadas poderão participar 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.**

QUESTÃO DE CONCURSO

(INSTITUTO AOCP – 2022 – DPE-PR – Defensor Público) As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou privado, tendo preferência as fundações e as entidades sem fins lucrativos.

Gabarito: INCORRETO.

Resolução: de acordo com a CF/88, a participação das instituições privadas de forma complementar ao SUS poderá ser feito por contrato de direito público ou convênio, não sendo abarcado pelo texto constitucional a possibilidade de contrato de direito privado.

As instituições privadas com fins lucrativos, embora possam celebrar contrato de direito público ou convênio para atuar de forma complementar ao SUS, **não podem receber recursos públicos para auxílio ou subvenções** (art. 199, §2º, CF/88).

É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo em casos previstos em lei (art. 199, §3º, CF/88).

Ademais, o §4º do art. 199 estabelece que a lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e os seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Questão interessante é a previsão do art. 32 da Lei n.º 9.656/98, que estabeleceu que, se um cliente do plano de saúde utilizar dos serviços do SUS, o Poder Público poderá cobrar do referido plano o ressarcimento das despesas que ele teve. É o chamado **"ressarcimento ao SUS"**, pelo qual **as operadoras de plano privado de assistência à saúde estão obrigadas a restituir as despesas que o SUS teve ao atender uma pessoa que seja cliente e que esteja coberta por esses planos.**

As operadoras privadas de plano de saúde ingressaram com ações judiciais questionando a validade do art. 32 da Lei n.º 9.656/98, defendendo que não caberia a elas o ressarcimento das despesas, uma vez que o dever primário de garantir o direito à saúde era constitucionalmente atribuído aos entes federativos. Ademais, alegavam que o dispositivo legal representaria a instituição de uma nova fonte de custeio para a seguridade social, o que somente seria viável por meio de lei complementar, conforme art. 195, §4º da CF/88.

Contudo, no julgamento da RE 597064/RJ, em 07.02.2018, **o STF entendeu que o art. 32 da Lei n.º 9.656/98 é constitucional**, afirmando que se o Poder Público atende um usuário do Plano de Saúde, o SUS deve ser ressarcido, assim como ocorreria se tivesse sido atendido em um hospital particular. Segundo a Suprema Corte, trata-se da **aplicação do princípio da vedação ao enriquecimento ilícito das empresas de plano de saúde**. Ressalta-se, contudo, que o STF afirmou que o dispositivo só é aplicável aos procedimentos posteriores a 04.06.1998, data de publicação da lei.

E no caso de um hospital particular não conveniado ao SUS ser condenado judicialmente a internar um determinado paciente para, posteriormente, tais despesas serem ressarcidas pelo Estado, como se dará o ressarcimento: com base na tabela do SUS, com base nos valores de mercado ou com base na tabela da ANS?

O caso foi submetido ao STF via Recurso Extraordinário, que assim se manifestou:

A tabela da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) deve servir de parâmetro para o pagamento dos serviços de saúde prestados por hospital particular, em cumprimento de ordem judicial, em favor de paciente do SUS.

Foi fixada a seguinte tese:

> **Tese 1033, STF**[90] – O ressarcimento de serviços de saúde prestados por unidade privada em favor de paciente do Sistema Único de Saúde, em cumprimento de ordem judicial, deve utilizar como critério o mesmo que é adotado para o ressarcimento do Sistema Único de Saúde por serviços prestados a beneficiários de planos de saúde (STF. Plenário. RE 666094/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 30/09/2021 (Repercussão Geral – Tema 1033, Info. 1032).

É necessário compreender que a prestação de serviço de saúde por agente privado em cumprimento de ordem judicial não é um ato negocial, consistindo em espécie de intervenção do Estado na propriedade privada, excepcionalmente admitida, quando há necessidade de atendimento de interesse público concreto.

Trata-se de uma espécie de requisição judicial, ordenada pelo Estado-Juiz, em razão de falha concreta da política de saúde e da existência de perigo iminente à saúde do paciente. Aqui, remanesce o dever de indenizar, justamente por se tratar de uma obrigação de fazer restritiva da atividade privada. E não seria correto impor à unidade privada de saúde a tabela do SUS, que é praticada caso o hospital resolva negociar e aceitar, voluntariamente, atender pelo SUS.

3.4. A judicialização da saúde e o fornecimento de medicamentos

Uma das questões mais debatidas no âmbito dos Tribunais Superiores sobre o direito à saúde é aquela que envolve condenações judiciais para o fornecimento de medicamentos.

O tema passou por recente atualização na jurisprudência do STF e merece atenção especial.

Inicialmente, questiona-se: **as ações que pedem o fornecimento de medicamentos do Poder Público devem ser obrigatoriamente propostas contra a União e processadas na Justiça Federal?**

Em 22/5/2019, a Suprema Corte estabeleceu o **Tema 500**, que fixou a seguinte tese: **as ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União** (STF, Plenário, RE 657.718/MG, Info 941). Tal entendimento continua válido!

Disponível em:

[90]https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4178086&numeroProcesso=666094&classeProcesso=RE&numeroTema=1033

Em 16/9/2024, o STF fixou entendimentos a partir do Tema 1.234 (que não prejudicou o Tema 500), que serão explicados em tópicos.

Primeiro, explica-se que há medicamentos que são destinados à atenção primária da saúde, outros que são destinados para tratamento de doenças raras, outros para controle de doenças de perfil endêmico, etc. Assim, **o SUS agrupou os medicamentos em três componentes**, de acordo com a sua finalidade principal:

a) **Componente Básico da Assistência Farmacêutica (CBAF)**, destinado ao fornecimento de medicamentos e insumos para a Atenção Primária à Saúde;
b) **Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (CEAF)**, destinado ao fornecimento de medicamentos necessários para a integralidade do tratamento medicamentoso, em nível ambulatorial, segundo definições constantes nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT), publicados pelo Ministério da Saúde. Os medicamentos que fazem parte do CEAF estão divididos em três grupos, com características, responsabilidades e formas de organização distintas, segundo os seguintes critérios: complexidade do tratamento da doença; garantia da integralidade do tratamento da docença no âmbito da linha de cuidado; e manutenção do equilíbrio financeiro entre as esferas de gestão do SUS. Nesta linha, tem-se o GRUPO 1A do CEAF, GRUPO 1B do CEAF, GRUPO 2 do CEAF e GRUPO 3 do CEAF;
c) **Componente Estratégico da Assistência Farmacèutica (CESAF)**, destinado ao fornecimento de medicamentos e insumos para prevenção, diagnóstico, tratamento e controle de doenças e agravos de perfil endêmico, com importância epidemiológica, impacto socioeconômico ou que acometem populações vulneráveis.

Em se tratando de medicamento incorporado na política pública do SUS, a responsabilidade pelo seu fornecimento e a competência para julgar as ações dependerá do tipo de medicamento e seu enquadramento em alguns dos componentes do SUS, a saber:

a) A **responsabilidade** pela aquisição e fornecimento dos **medicamentos do CBAF** é dos **Municípios** e a **competência para julgar as ações é da Justiça Estadual**, uma vez que a regra de repartição de competências do SUS atribui aos Municípios a aquisição, programação, distribuição e dispensação;
b) Quanto aos **medicamentos do CEAF**, deve-se identificar em qual grupo eles se encontram:
- **GRUPO 1A do CEAF** – compete à **Justiça Federal** julgar as ações, havendo **responsabilidade de custeio total da União**, com posterior ressarcimento integral aos demais entes federativos que tenham suportado o ônus financeiro no processo, salvo se tratar de ato atribuído aos Estados na programação, distribuição ou dispensação;
- **GRUPO 1B do CEAF** – compete à **Justiça Estadual** julgar as ações, **ficando os Estados responsáveis por adquirir tais medicamentos mediante transferência de recursos do Ministério da Saúde para as Secretariais Estaduais de Saúde**. Caso o juiz redirecione o fornecimento para o Município, deverá haver o ressarcimento posterior a ser feito pelo Estado-membro;
- **GRUPO 2 do CEAF** – compete à **Justiça Estadual** julgar as ações, **sendo do Estado-membro a responsabilidade de custeio total**. Caso o juiz redirecione o fornecimento para o Município, deverá haver o ressarcimento posterior a ser feito pelo Estado-membro;
- **GRUPO 3 do CEAF** – compete **à Justiça Estadual** julgar as ações, **sendo dos Municípios a responsabilidade pela aquisição, programação, distribuição e dispensação desses medicamentos.**
c) Quanto aos **medicamentos do CESAF**, as ações são de competência da **Justiça Federal**, com ressarcimento posterior pela **União**, caso os demais entes federativos sejam responsabilizados

pelo fornecimento do medicamento no processo judicial, salvo se se tratar de ato atribuído aos estados e municípios (parte da distribuição e dispensação).

Caso a ação seja proposta contra mais um ente, o juízo deverá determinar o fornecimento em face de qual ente público deverá prestá-lo, seguindo a linha de entendimento estabelecida pelo STF, verificando-se o fluxo acordado pelos entes federativos.



ATENÇÃO

No caso de fornecimento de medicamentos à população indígena, a responsabilidade será da União, independentemente do grupo de enquadramento do medicamento.

Em julgamento de 26/9/2024, **a Suprema Corte decidiu que, apenas em caráter excepcional – e desde que atendidos os parâmetros fixados pelo STF –, uma decisão judicial pode determinar o fornecimento de medicamento registrado na ANVISA, mas não incluído nas listas do SUS.**

Assim, serão de competência da Justiça Federal as ações nas quais se pleiteia:

a) medicamentos do grupo 1A (Componente Especializado);
b) **medicamentos do Componente Estratégico; e**
c) **medicamentos para a população indígena.**

Nestas situações, o custeio será integralmente da União. Verificando-se, no caso concreto, a impossibilidade de cumprimento pela União, o juiz poderá incluir, de ofício, o Estado ou o Município no polo passivo e aplicar uma condenação supletiva contra esses entes para garantir a efetividade da medida. Neste caso, a União deverá ressarcir o Estado ou o Município que realizou a despesa, o que será feito mediante repassa do Fundo Nacional da Saúde para os Fundos Estadual ou Municipal. Se o Estado ou o Município integrar o polo passivo na Justiça Federal, eles não serão condenados a pagar ônus de sucumbência e deverão ser ressarcidos pela União caso tenham tido custo financeiro.

Toda análise até então leva em consideração medicamentos incorporados na política pública do SUS.

E se o medicamento não estiver incorporado na política pública do SUS?

O julgado estabelece quatro situações distintas de medicamentos não incorporados:

i. Medicamentos que não constam nas listas do SUS (não possaram pelo processo de avaliação da CONITEC ou, mesmo que tenham sido avaliados, não foram incluídos nas listas)
ii. Medicamentos previstos nos PCDTs para outras finalidades (estão incorporados ao SUS, mas para tratamento de doenças distintas daquela para a qual estão sendo solicitados)
iii. Medicamentos sem registro na ANVISA (não possuem autorização para serem comercializados no Brasil)
iv. Medicamentos *off label* sem PCDT ou que não integram listas do componente básico (utilizados para fins diferentes daqueles aprovados pela ANVISA, sem protocolo clínico que recomende esse uso).

No caso de fornecimento de medicamento não incorporado e sem registro na ANVISA, a ação deverá ser proposta contra a União, na Justiça Federal, conforme estabelecido no já mencionado Tema 500, que continua válido;

No caso de fornecimento de medicamento não incorporado, mas com registro na ANVISA, deverá avaliar, no caso concreto, o valor do tratamento:

- se o **valor anual do tratamento for igual ou superior a 210 salários-mínimos**, a competência será da **Justiça Federal** e o custeio será integralmente da **União**;

- se o **valor anual do tratamento for superior a 7 e inferior a 210 salários-mínimos**, a competência será da **Justiça Estadual** e o custeio será feito pelo **Estado-Membro**, com **ressarcimento parcial pago pela União** nos seguintes percentuais: 65% para medicamentos não incorporados em geral; 80% para medicamentos oncológicos não incorporados, no caso de ações ajuizadas antes de 10 de junho de 2024);

- se o **valor anual do tratamento foi inferior a 7 salários-mínimos**, a competência será da **Justiça Estadual** e o custeio será feito pelo **Estado, com possível ressarcimento ao Município**.

Recomenda-se a leitura integral das teses fixadas pelo STF no RE 1.366.243/SC, Tema 1.234:

> **I – Competência.**
> **1)** Para fins de fixação de competência, as demandas relativas a medicamentos não incorporados na política pública do SUS, mas com registro na ANVISA, tramitarão perante a Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal, quando o valor do tratamento anual específico do fármaco ou do princípio ativo, com base no Preço Máximo de Venda do Governo (PMVG – situado na alíquota zero), divulgado pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED - Lei 10.742/2003), for igual ou superior ao valor de 210 salários mínimos, na forma do art. 292 do CPC.
> **1.1)** Existindo mais de um medicamento do mesmo princípio ativo e não sendo solicitado um fármaco específico, considera-se, para efeito de competência, aquele listado no menor valor na lista CMED (PMVG, situado na alíquota zero).
> **1.2)** No caso de inexistir valor fixado na lista CMED, considera-se o valor do tratamento anual do medicamento solicitado na demanda, podendo o magistrado, em caso de impugnação pela parte requerida, solicitar auxílio à CMED, na forma do art. 7º da Lei 10.742/2003.
> **1.3)** Caso inexista resposta em tempo hábil da CMED, o juiz analisará de acordo com o orçamento trazido pela parte autora.
> **1.4)** No caso de cumulação de pedidos, para fins de competência, será considerado apenas o valor do(s) medicamento(s) não incorporado(s) que deverá(ão) ser somado(s), independentemente da existência de cumulação alternativa de outros pedidos envolvendo obrigação de fazer, pagar ou de entregar coisa certa.
> **II –** Definição de Medicamentos Não Incorporados.
> **2.1)** Consideram-se medicamentos não incorporados aqueles que não constam na política pública do SUS; medicamentos previstos nos PCDTs para outras finalidades; medicamentos sem registro na ANVISA; e medicamentos off label sem PCDT ou que não integrem listas do componente básico.
> **2.1.1)** Conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal na tese fixada no tema 500 da sistemática da repercussão geral, é mantida a competência da Justiça Federal em relação às ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa, as quais deverão necessariamente ser propostas em face da União, observadas as especificidades já definidas no aludido tema.
> **III –** Custeio.
> **3)** As ações de fornecimento de medicamentos incorporados ou não incorporados, que se inserirem na competência da Justiça Federal, serão custeadas integralmente pela União, cabendo, em caso de haver condenação supletiva dos Estados e do Distrito Federal, o ressarcimento integral pela União, via repasses Fundo a Fundo (FNS ao FES), na situação de ocorrer redirecionamento pela impossibilidade de cumprimento por aquela, a ser implementado mediante ato do Ministério da Saúde, previamente pactuado em instância tripartite, no prazo de até 90 dias.
> **3.1)** Figurando somente a União no polo passivo, cabe ao magistrado, se necessário, promover a inclusão do Estado ou Município para possibilitar o cumprimento efetivo da decisão, o que não importará em responsabilidade financeira nem em ônus de sucumbência, devendo ser realizado o ressarcimento pela via acima indicada em caso de eventual custo financeiro ser arcado pelos referidos entes.
> **3.2)** Na determinação judicial de fornecimento do medicamento, o magistrado deverá

estabelecer que o valor de venda do medicamento seja limitado ao preço com desconto, proposto no processo de incorporação na Conitec (se for o caso, considerando o venire contra factum proprium/tu quoque e observado o índice de reajuste anual de preço de medicamentos definido pela CMED), ou valor já praticado pelo ente em compra pública, aquele que seja identificado como menor valor, tal como previsto na parte final do art. 9º na Recomendação 146, de 28.11.2023, do CNJ. Sob nenhuma hipótese, poderá haver pagamento judicial às pessoas físicas/jurídicas acima descritas em valor superior ao teto do PMVG, devendo ser operacionalizado pela serventia judicial junto ao fabricante ou distribuidor.

3.3) As ações que permanecerem na Justiça Estadual e cuidarem de medicamentos não incorporados, as quais impuserem condenações aos Estados e Municípios, serão ressarcidas pela União, via repasses Fundo a Fundo (FNS ao FES ou ao FMS). Figurando somente um dos entes no polo passivo, cabe ao magistrado, se necessário, promover a inclusão do outro para possibilitar o cumprimento efetivo da decisão.

3.3.1) O ressarcimento descrito no item 3.3 ocorrerá no percentual de 65% (sessenta e cinco por cento) dos desembolsos decorrentes de condenações oriundas de ações cujo valor da causa seja superior a 7 (sete) e inferior a 210 (duzentos e dez) salários mínimos, a ser implementado mediante ato do Ministério da Saúde, previamente pactuado em instância tripartite, no prazo de até 90 dias.

3.4) Para fins de ressarcimento interfederativo, quanto aos medicamentos para tratamento oncológico, as ações ajuizadas previamente a 10 de junho de 2024 serão ressarcidas pela União na proporção de 80% (oitenta por cento) do valor total pago por Estados e por Municípios, independentemente do trânsito em julgado da decisão, a ser implementado mediante ato do Ministério da Saúde, previamente pactuado em instância tripartite, no prazo de até 90 dias. O ressarcimento para os casos posteriores a 10 de junho de 2024 deverá ser pactuado na CIT, no mesmo prazo.

IV – Análise judicial do ato administrativo de indeferimento de medicamento pelo SUS.

4) Sob pena de nulidade do ato jurisdicional (art. 489, § 1º, V e VI, c/c art. 927, III, § 1º, ambos do CPC), o Poder Judiciário, ao apreciar pedido de concessão de medicamentos não incorporados, deverá obrigatoriamente analisar o ato administrativo comissivo ou omissivo da não incorporação pela Conitec e da negativa de fornecimento na via administrativa, tal como acordado entre os Entes Federativos em autocomposição no Supremo Tribunal Federal.

4.1) No exercício do controle de legalidade, o Poder Judiciário não pode substituir a vontade do administrador, mas tão somente verificar se o ato administrativo específico daquele caso concreto está em conformidade com as balizas presentes na Constituição Federal, na legislação de regência e na política pública no SUS.

4.2) A análise jurisdicional do ato administrativo que indefere o fornecimento de medicamento não incorporado restringe-se ao exame da regularidade do procedimento e da legalidade do ato de não incorporação e do ato administrativo questionado, à luz do controle de legalidade e da teoria dos motivos determinantes, não sendo possível incursão no mérito administrativo, ressalvada a cognição do ato administrativo discricionário, o qual se vincula à existência, à veracidade e à legitimidade dos motivos apontados como fundamentos para a sua adoção, a sujeitar o ente público aos seus termos.

4.3) Tratando-se de medicamento não incorporado, é do autor da ação o ônus de demonstrar, com fundamento na Medicina Baseada em Evidências, a segurança e a eficácia do fármaco, bem como a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS.

4.4) Conforme decisão da STA 175-AgR, não basta a simples alegação de necessidade do medicamento, mesmo que acompanhada de relatório médico, sendo necessária a demonstração de que a opinião do profissional encontra respaldo em evidências científicas de alto nível, ou seja, unicamente ensaios clínicos randomizados, revisão sistemática ou meta-análise.

V – Plataforma Nacional.

5) Os Entes Federativos, em governança colaborativa com o Poder Judiciário, implementarão uma plataforma nacional que centralize todas as informações relativas às demandas administrativas e judiciais de acesso a fármaco, de fácil consulta e informação ao cidadão, na qual constarão dados básicos para possibilitar a análise e eventual resolução administrativa, além de posterior controle judicial.

5.1) A porta de ingresso à plataforma será via prescrições eletrônicas, devidamente

certificadas, possibilitando o controle ético da prescrição, a posteriori, mediante ofício do Ente Federativo ao respectivo conselho profissional.
5.2) A plataforma nacional visa a orientar todos os atores ligados ao sistema público de saúde, possibilitando a eficiência da análise pelo Poder Público e compartilhamento de informações com o Poder Judiciário, mediante a criação de fluxos de atendimento diferenciado, a depender de a solicitação estar ou não incluída na política pública de assistência farmacêutica do SUS e de acordo com os fluxos administrativos aprovados pelos próprios Entes Federativos em autocomposição.
5.3) A plataforma, entre outras medidas, deverá identificar quem é o responsável pelo custeio e fornecimento administrativo entre os Entes Federativos, com base nas responsabilidades e fluxos definidos em autocomposição entre todos os Entes Federativos, além de possibilitar o monitoramento dos pacientes beneficiários de decisões judiciais, com permissão de consulta virtual dos dados centralizados nacionalmente, pela simples consulta pelo CPF, nome de medicamento, CID, entre outros, com a observância da Lei Geral de Proteção da Dados e demais legislações quanto ao tratamento de dados pessoais sensíveis.
5.4) O serviço de saúde cujo profissional prescrever medicamento não incorporado ao SUS deverá assumir a responsabilidade contínua pelo acompanhamento clínico do paciente, apresentando, periodicamente, relatório atualizado do estado clínico do paciente, com informações detalhadas sobre o progresso do tratamento, incluindo melhorias, estabilizações ou deteriorações no estado de saúde do paciente, assim como qualquer mudança relevante no plano terapêutico.
VI – Medicamentos incorporados.
6) Em relação aos medicamentos incorporados, conforme conceituação estabelecida no âmbito da Comissão Especial e constante do Anexo I, os Entes concordam em seguir o fluxo administrativo e judicial detalhado no Anexo I, inclusive em relação à competência judicial para apreciação das demandas e forma de ressarcimento entre os Entes, quando devido.
6.1) A(o) magistrada(o) deverá determinar o fornecimento em face de qual ente público deve prestá-lo (União, estado, Distrito Federal ou Município), nas hipóteses previstas no próprio fluxo acordado pelos Entes Federativos, anexados ao presente acórdão.
STF. Plenário. RE 1.366.243/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 16/09/2024 (Repercussão Geral – Tema 1.234) (Info 1150).

Para complementar o tema, transcreve-se, também, as teses fixadas pelo STF em julgamento de 26/9/2024:

1. A ausência de inclusão de medicamento nas listas de dispensação do Sistema Único de Saúde - SUS (RENAME, RESME, REMUME, entre outras) impede, como regra geral, o fornecimento do fármaco por decisão judicial, independentemente do custo.
2. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento registrado na ANVISA, mas não incorporado às listas de dispensação do Sistema Único de Saúde, desde que preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos, cujo ônus probatório incumbe ao autor da ação:
(a) negativa de fornecimento do medicamento na via administrativa, nos termos do item '4' do Tema 1.234 da repercussão geral;
(b) ilegalidade do ato de não incorporação do medicamento pela Conitec, ausência de pedido de incorporação ou da mora na sua apreciação, tendo em vista os prazos e critérios previstos nos artigos 19-Q e 19-R da Lei nº 8.080/1990 e no Decreto nº 7.646/2011;
(c) impossibilidade de substituição por outro medicamento constante das listas do SUS e dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas;
(d) comprovação, à luz da medicina baseada em evidências, da eficácia, acurácia, efetividade e segurança do fármaco, necessariamente respaldadas por evidências científicas de alto nível, ou seja, unicamente ensaios clínicos randomizados e revisão sistemática ou meta-análise;
(e) imprescindibilidade clínica do tratamento, comprovada mediante laudo médico fundamentado, descrevendo inclusive qual o tratamento já realizado; e
(f) incapacidade financeira de arcar com o custeio do medicamento.
3. Sob pena de nulidade da decisão judicial, nos termos do artigo 489, § 1º, incisos V e VI, e

> artigo 927, inciso III, § 1º, ambos do Código de Processo Civil, o Poder Judiciário, ao apreciar pedido de concessão de medicamentos não incorporados, deverá obrigatoriamente: (a) analisar o ato administrativo comissivo ou omissivo de não incorporação pela Conitec ou da negativa de fornecimento da via administrativa, à luz das circunstâncias do caso concreto e da legislação de regência, especialmente a política pública do SUS, não sendo possível a incursão no mérito do ato administrativo; (b) aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento, previstos no item 2, a partir da prévia consulta ao Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NATJUS), sempre que disponível na respectiva jurisdição, ou a entes ou pessoas com expertise técnica na área, não podendo fundamentar a sua decisão unicamente em prescrição, relatório ou laudo médico juntado aos autos pelo autor da ação; e (c) no caso de deferimento judicial do fármaco, oficiar aos órgãos competentes para avaliarem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS. STF. Plenário. RE 566.471/RN, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 26/09/2024 (Repercussão Geral – Tema 6) (Info 1152).

Assim, **a regra é que não se deve conceder medicamentos fora da lista do SUS, independentemente do custo.**

A decisão citou, exemplificativamente, três listas:

a) RENAME (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais), que é uma lista elaborada pelo Ministério da Saúde que elenca os medicamentos considerados essenciais para a saúde pública, servindo como um guia para a disponibilização de medicamentos no SUS;
b) RESME (Relação Estadual de Medicamentos), que é uma lista que inclui medicamentos e insumos selecionados para atender necessidades específicas de saúde de cada Estado, baseada na RENAME elaborada pelo Ministério da Saúde;
c) REMUNE (Relação Municipal de Medicamentos Essenciais), que é uma lista que reúne os medicamentos considerados essenciais para a saúde da população em nível municial, sendo um instrumento fundamental para a Assistência Farmacêutica Municipal, e serve para orientar o processo de seleção até a utilização dos medicamentos dentro do SUS.

Apenas em casos excepcionais é permitida a concessão judicial de medicamento registrado na ANVISA, mas não presente nas listas do SUS, devendo-se obedecer aos seguintes **requisitos**:

a) o medicamento deve estar registrado na ANVISA;
b) o requerente deve comprovar seis requisitos cumulativos:

I. deve ter havido a **negativa de fornecimento do medicamento na via administrativa**, nos termos do item 4 do Tema 1.234 da repercussão geral, que segue abaixo reproduzido:

> **4)** Sob pena de nulidade do ato jurisdicional (art. 489, § 1º, V e VI, c/c art. 927, III, § 1º, ambos do CPC), o Poder Judiciário, ao apreciar pedido de concessão de medicamentos não incorporados, deverá obrigatoriamente analisar o ato administrativo comissivo ou omissivo da não incorporação pela Conitec e da negativa de fornecimento na via administrativa, tal como acordado entre os Entes Federativos em autocomposição no Supremo Tribunal Federal.
> **4.1)** No exercício do controle de legalidade, o Poder Judiciário não pode substituir a vontade do administrador, mas tão somente verificar se o ato administrativo específico daquele caso concreto está em conformidade com as balizas presentes na Constituição Federal, na legislação de regência e na política pública no SUS.
> **4.2)** A análise jurisdicional do ato administrativo que indefere o fornecimento de medicamento não incorporado restringe-se ao exame da regularidade do procedimento e da legalidade do ato de não incorporação e do ato administrativo questionado, à luz do controle de legalidade e da teoria dos motivos determinantes, não sendo possível incursão no mérito administrativo, ressalvada a cognição do ato

> administrativo discricionário, o qual se vincula à existência, à veracidade e à legitimidade dos motivos apontados como fundamentos para a sua adoção, a sujeitar o ente público aos seus termos.
> **4.3)** Tratando-se de medicamento não incorporado, é do autor da ação o ônus de demonstrar, com fundamento na Medicina Baseada em Evidências, a segurança e a eficácia do fármaco, bem como a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS.
> **4.4)** Conforme decisão da STA 175-AgR, não basta a simples alegação de necessidade do medicamento, mesmo que acompanhada de relatório médico, sendo necessária a demonstração de que a opinião do profissional encontra respaldo em evidências científicas de alto nível, ou seja, unicamente ensaios clínicos randomizados, revisão sistemática ou meta-análise.

II. ilegalidade do ato de não incorporação, ausência de pedido ou mora na sua apreciação;

III. impossibilidade de substituição por outro medicamento constante das listas do SUS e dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas;

IV. comprovação, à luz da medicina baseada em evidências, da eficácia, acurária, efetividade e segurança do fármaco, necessariamente respaldadas por evidências científicas de alto nível, ou seja, unicamente ensaios clínicos randomizados e revisão sistemática ou meta-análise;
V. Imprescindibilidade clínica do tratamento, comprovada mediante laudo médico fundamentado, descrevendo, inclusive, qual o tratamento já realizado;

VI. Incapacidade financeira de arcar com custeio o medicamento.

O entendimento do STF fixa, ainda, os critérios que o juiz deve adotar para apreciar o pedido. **Sob pena de nulidade da decisão, o Poder Judiciário deverá, obrigatoriamente**:

a) **analisar o ato administrativo comissivo ou omissivo de não incorporação pela CONITEC** (Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologia no SUS) **ou da negativa de fornecimento da via administrativa, à luiz das circunstâncias do caso concreto e da legislação de regência**, notadamente a política pública do SUS. A CONITEC é o órgão responsável por recomendar quais medicamentos devem ser incorporados ao SUS e o Poder Judiciário não fará análise quanto ao mérito do ato administrativo;
b) **aferir a presença dos seis requisitos já analisados, o que será feito a partir da prévia consulta ao NAT-Jus** (Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário), sempre que disponível na respectiva jurisdição, **ou a entes ou pessoas com expertise técnica na área**. O NAT-Jus é um órgão criado pelo CNJ que atua no suporte técnico aos magistrados em questões relacionadas à saúde, notadamente na análise de pedidos judiciais envolvendo medicamentos, insumos e procedimentos médicos;
c) em havendo deferimento judicial do medicamento, deverá **oficiar aos órgãos competentes para avaliarem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS.**

Acerca do tema, inclusive, e com vistas a ampliar a eficácia da decisão, o STF aprovou a Súmula Vnculante 61:

> **Súmula Vinculante n.º 61/STF -** A concessão judicial de medicamento registrado na ANVISA, mas não incorporado às listas de dispensação do Sistema ùnico de Saúde, deve observar as teses firmadas no julgamento do Tema 6 da Repercussão Geral (RE 566.471).

3.5. Outras decisões relacionadas ao direito à saúde

a) É possível a condenação judicial do Estado e do Município a investir na saúde os valores mínimos que não foram aplicados em anos anteriores;

b) É constitucional a regra que veda, no âmbito do SUS, a internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado por médico do próprio SUS, ou por médico conveniado, mediante o pagamento da diferença dos valores correspondentes;

c) A pulverização aérea de inseticida contra *Aedes Aegypti* demanda autorização prévia de autoridade sanitária e ambiental e comprovação científica da medida;

d) Decisões judiciais que determinam a constrição de verbas públicas oriundas de Fundo Estadual de Saúde – que devem ter aplicação compulsória na área de saúde – para atendimento de outras finalidades específicas são inconstitucionais.

Por fim, importante destacar que, **de acordo com o STF, o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, uma vez que se trata de responsabilidade solidária dos entes federativos. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isolada ou conjuntamente.** Tal afirmação foi, inclusive, alvo de cobrança na prova de Defensor Público do Paraná, realizada pelo Instituto AOCP, em 2022.

4. PREVIDÊNCIA SOCIAL

A previdência social é uma espécie de **seguro social compulsório** e de **caráter contributivo** cujo objetivo é garantir meios de subsistência para as pessoas que forem acometidas por determinados **riscos sociais**, como a incapacidade permanente ou temporária, a idade avançada, a morte etc.

A previdência social é financiada por toda a sociedade (**princípio da responsabilidade**), seja por meio de recursos públicos ou privados. Deve-se buscar ainda o equilíbrio entre os benefícios e serviços oferecidos por este sistema de seguro com as respectivas fontes de custeio (**princípio do equilíbrio financeiro atuarial**).

Nestes termos, o art. 201 da CF/88 estabelece que a previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: 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 previdência social brasileira é composta por três regimes:

REGIMES DA PREVIDÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA	
REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL (RGPS)	É operado pelo INSS, possui caráter contributivo e é de filiação obrigatória, abarcando, dentre os contribuintes, os empregados assalariados, domésticos, autônomos, contribuintes individuais, trabalhadores rurais e empregadores.
REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (RPPS)	É o regime de previdência dos servidores públicos, instituído por cada ente federativo, sendo obrigatória a filiação do servidor público ao respectivo RPPS, quando este for instituído pelo seu ente federativo.

REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR	É regulado pelas Leis Complementares n.ºs 108 e 109/2001 e não possui caráter compulsório. Trata-se de regime privado, operado por Entidades Abertas de Previdência Complementar (EAPC) ou Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC), com o intuito de proporcionar ao trabalhador uma renda complementar àquela oferecida pelo RGPS ou RPPS.

O art. 201, §5º, da CF/88 veda a filiação ao regime geral de previdência social, na qualidade de segurado facultativo, de pessoa participante de regime próprio de previdência. Por exemplo: um servidor público federal do Poder Judiciário, integrante do RPPS, não poderá integrar o RGPS como segurado facultativo. Ele poderá integrar o RGPS, contudo, como segurado obrigatório. Ele poderá, por exemplo, além de ser servidor público federal, ministrar aulas em um estabelecimento de ensino particular, com registro em carteira de trabalho. Neste vínculo empregatício, haverá retenções de contribuição previdenciária para o INSS, e ele integrará obrigatoriamente o RGPS. Ele cumulará, portanto, os benefícios previdenciários dos dois regimes.

Conforme o §1º do art. 201 da CF/88, é 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:

> **Art. 201, § 1º, I -** com deficiência, previamente submetidos a avaliação biopsicossocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar;
> **II -** 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.

Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo. Salário de contribuição é o valor utilizado como base de incidência das alíquotas das contribuições previdenciárias. A partir dele, apura-se o montante da contribuição a ser recolhida para a Previdência Social. O seu estudo pertence ao campo do Direito Previdenciário. Chama-se atenção, contudo, ao fato de que **a Constituição veda a contagem de tempo de contribuição fictício para efeito de concessão dos benefícios previdenciários e de contagem recíproca (art. 201, §14).**

A Constituição Federal assegura que **todos os salários de contribuição considerados para o cálculo de benefício serão devidamente atualizados, na forma da lei** (art. 201, §3º).

É assegurado, também, o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei (art. 201, §4º).

A gratificação natalina dos aposentados e pensionistas terá por base o valor dos proventos do mês de dezembro de cada ano (art. 201, §6º).

Ademais, **os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e consequente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei** (art. 201, §11).

A Emenda Constitucional n.º 103/2019 trouxe significativas alterações para a previdência social ("Reforma da Previdência").

Destacam-se as seguintes regras para a aposentadoria no RGPS:

> **Art. 201, §§7º ao 10º, CF/88 –**
> **§7º** É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:
> **I -** 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, observado tempo mínimo de contribuição;
> **II -** 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.
> **§8º** O requisito de idade a que se refere o inciso I do § 7º 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.
> **§9º** 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.
> **§9º**-A. O tempo de serviço militar exercido nas atividades de que tratam os arts. 42, 142 e 143 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.
> **§10**. Lei complementar poderá disciplinar a cobertura de benefícios não programados, inclusive os decorrentes de acidente do trabalho, a ser atendida concorrentemente pelo Regime Geral de Previdência Social e pelo setor privado.

A Constituição estabelece que **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.** Nestes casos, a aposentadoria terá valor de **um salário-mínimo.**

O art. 201, §15 da CF/88 dispõe que **lei complementar estabelecerá vedações, regras e condições para a acumulação de benefícios previdenciários.**

Por fim, registre-se que a Constituição prevê que os empregados públicos dos consórcios públicos, das empresas públicas, das sociedades de economia mista e das suas subsidiárias serão aposentados compulsoriamente, observado o cumprimento do tempo mínimo de contribuição, ao atingir a idade máxima de que trata o art. 40, §1º, II, da CF/88 (aposentadoria compulsória com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 anos, ou aos 75 anos de idade).

4.1. Previdência Privada

O regime de previdência privada, de caráter permanente e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar, a qual assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão dos seus respectivos planos.

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.

A Constituição Federal veda o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição norma poderá exceder a do segurado.

O art. 202, §4º da CF/88, com redação alterada pela EC n.º 103/2019, estabelece que lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadores de planos de benefícios previdenciários, e as entidades de previdência complementar. Tal lei complementar será aplicada, 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.

Por fim, a CF/88 dispõe, no art. 202, §6º, que lei complementar estabelecerá os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência complementar instituídas pela Administração Direta e Indireta dos entes federados enquanto patrocinadores de planos de benefícios previdenciários e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação.

5. ASSISTÊNCIA SOCIAL

A assistência social consiste em um conjunto de ações e serviços sociais destinados a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos, consoante os incisos do art. 203 da CF/88:

> **CF/88, Art. 203, I -** a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
> **II** - o amparo às crianças e adolescentes carentes;
> **III -** a promoção da integração ao mercado de trabalho;
> **IV** - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
> **V** - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.
> **VI** - a redução da vulnerabilidade socioeconômica de famílias em situação de pobreza ou de extrema pobreza.

Dentre os temas que merecem atenção, destaque-se o importante objetivo da habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária, notadamente quanto à necessidade de o Poder Público adotar medidas que facilitem a acessibilidade, para uma completa integração à sociedade.

QUESTÃO DE CONCURSO

(CESPE/CEBRASPE – 2022 – DPE-PI – Defensor Público) O Poder Judiciário poderá, em caráter excepcional, determinar à administração pública a realização de obras de acessibilidade em espaços públicos, para assegurar às pessoas com deficiência o exercício de direitos reconhecidos na CF e nos instrumentos internacionais de direitos humanos adotados pelo Brasil.

Gabarito: CORRETO.

Deve-se atentar para a informação de que benefícios de caráter assistencial não exigem contraprestação por parte do beneficiado, **o que o diferencia dos benefícios de caráter previdenciário, os quais exigem que sejam vertidas contribuições previdenciárias como um dos requisitos.**

Dentre os benefícios de caráter assistencial, destaca-se o **benefício de amparo assistencial** (benefício de prestação continuada, muitas vezes denominado simplesmente de LOAS), disciplinado no art. 203, V, da CF/88, bem como na **Lei Orgânica de Assistência Social (Lei n.º 8.742/1993)**, sobre o qual serão tecidos comentários específicos em tópico à parte.

As ações governamentais na área de assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195 da CF/88, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - 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;

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Ademais, a Constituição faculta 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.

Por fim, registre-se que **o STF determinou, em sede de mandado de injunção, que o governo federal implementasse, a partir de 2022, o programa de renda básica de cidadania, previsto na Lei n.º 10.835/2004.**

A aludida lei instituiu um programa denominado **"renda básica da cidadania"**, segundo o qual **todas as pessoas residentes no Brasil, não importando a sua condição socioeconômica, deverão receber um benefício cujo valor deve ser fixado pelo Poder Executivo.** O pagamento do benefício deverá ser de igual valor para todos, e suficiente para atender às despesas mínimas de cada pessoa com alimentação, educação e saúde. Como tal programa ainda não havia sido implementado, o Defensor Público-Geral Federal ajuizou, em 2020, mandado de injunção contra o Presidente da República. A Suprema Corte definiu que, como está presente estado de mora inconstitucional, deve ser fixado o valor da renda básica de cidadania para o estrato da população brasileira em condição de vulnerabilidade socioeconômica – pobreza e extrema pobreza – a ser efetivado, pelo Presidente da República, no exercício fiscal seguinte ao da conclusão do julgamento de mérito (STF. Plenário. MI 7300/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 26/4/2021, Info. 1014, STF).

5.1. Considerações sobre o Benefício de Amparo Assistencial (LOAS)

O Benefício de Amparo Assistencial (LOAS ou, simplesmente, benefício assistencial) consiste na garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Embora o benefício de amparo assistencial não tenha natureza de benefício previdenciário, ele é concedido e administrado pelo INSS, mas os recursos necessários ao seu pagamento são fornecidos pela União. A competência para julgar ações que discutam tal benefício é da Justiça Federal.

A pessoa que recebe o benefício de amparo assistencial não pode receber ao mesmo tempo outro benefício no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo assistência médica e pensão especial de natureza indenizatória, consoante art. 20, §4º da Lei n.º 8.742/93.

Conforme redação legal, considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja igual ou inferior a ¼ do salário mínimo. Frise-se, contudo, que a Lei n.º 13.982/2020 acrescentou o art. 20-A à Lei n.º 8.742/93 prevendo a possibilidade de se ampliar o máximo de renda mensal *per capita* para concessão do benefício, durante o período de pandemia do Covid-19, nos seguintes termos:

> **Art. 20-A, Lei n.º 8.742/93** - Em razão do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo n.º 6 de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19), o critério de aferição da renda familiar mensal per capita previsto no inciso I do §3º do art. 20 poderá ser ampliado para até ½ (meio) salário mínimo.

Ressalte-se, contudo, que **o critério de ¼ do salário mínimo não é absoluto.** O Plenário do STF declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do §3º do art. 20 da Lei n.º 8.742/93 (sem pronúncia de nulidade) por considerar que o referido critério está defasado para caracterizar a situação de miserabilidade. A Suprema Corte afirmou que, para aferir que o idoso ou a pessoa com deficiência não tem meios de se manter, o juiz está livre para se valer de outros parâmetros, não estando vinculado ao critério da renda *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo (STF. Plenário. RE 567985/MT e RE 580963/PR, red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, julgados em 17 e 18/4/2013, Info. 702).

Assim, como a declaração de inconstitucionalidade ocorreu sem a pronúncia de nulidade, o critério estabelecido no art. 20, §3º da Lei n.º 8.742/93 continua existindo no ordenamento jurídico, mas agora deve ser interpretado como um indicativo objetivo que não exclui a possibilidade de o juiz verificar a hipossuficiência econômica do postulante do benefício por outros meios de prova (STF. 1ª Turma. ARE 834476 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 03/03/2015).

Tal entendimento jurisprudencial motivou o legislador, inclusive, a inserir o §11 ao art. 20 da Lei n.º 8.742/93, que afirma:

> **Lei nº 8.742/93, Art. 20, §11** Para concessão do benefício de que trata o caput deste artigo, poderão ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, conforme regulamento.

O benefício de prestação continuada ou o benefício previdenciário no valor de até 1 (um) salário-mínimo concedido ao idoso acima de 65 anos de idade ou pessoa com deficiência não será computado, para fins de concessão do benefício de prestação continuada a outro idoso ou pessoa com deficiência da mesma família, no cálculo da renda mensal *per capita*.

Ademais, o benefício de prestação continuada será devido a mais de um membro da mesma família enquanto atendidos os requisitos exigidos na Lei.

Para fins de apuração da renda familiar, deve-se entender por família a entidade composta pelo requerente, cônjuge ou companheiro, pais e, na ausência de um deles, madrasta ou padrasto, irmãos solteiros, filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

O STF possui importante julgado a respeito da possibilidade de os estrangeiros residentes no Brasil terem direito ao benefício de amparo assistencial. Segundo a Suprema Corte, **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. Plenário. RE 587970/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 19 e 20/4/2017, repercussão geral, Info. 861). Mas deve-se atentar para o fato de que apenas os

estrangeiros residentes no país podem usufruir do benefício, **não sendo abrangidos os estrangeiros sem residência fixa ou os estrangeiros em situação irregular no Brasil.**

6. EDUCAÇÃO

A educação é direito de todos e dever do Estado e da família e será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, com vistas ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Conforme o art. 206 da CF/88, o ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

> **Art. 206, CF/88.**
> **I** - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
> **II** - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
> **III** - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
> **IV** - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
> **V** - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;
> **VI** - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;
> **VII** - garantia de padrão de qualidade;
> **VIII** - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal;
> **IX** - garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida.

Acerca do pluralismo de ideias e concepções pedagógicas, o concurso para Promotor de Justiça Substituto de São Paulo, em 2022, utilizou o seguinte texto para representá-lo:

> Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins ensinam que **a liberdade de ensino possibilita e garante um desenvolvimento amplo da ciência e da pesquisa no país. Essa liberdade, frisamos, visa a exterminar qualquer tipo de autoritarismo e de manipulação que a educação possa sofrer. A liberdade de ensino pressupõe, antes de tudo, a ideia de que os professores podem trabalhar segundo suas convicções, não estando obrigados a ensinar o que os outros impõem.**

Já em relação à gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, deve-se destacar a redação da Súmula Vinculante n.º 12:

> **Súmula Vinculante n.º 12/STF -** A cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal.

Contudo, no RE 597.854, julgado em 26/04/2017, o STF entendeu que:

> **RE 597.854[91], STF -** POR INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO. CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA GRATUIDADE DO ENSINO EM ESTABALECIMENTOS OFICIAIS. INOCORRÊNCIA. 1. A garantia constitucional da gratuidade de ensino não obsta a cobrança, por universidades públicas, de mensalidade em curso de

Disponível em:

[91] https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13642927

especialização.

O princípio da gratuidade não obriga as universidades a terem os recursos públicos como única fonte de financiamento.

QUESTÕES DE CONCURSO

(FAURGS – 2022 – TJ-RS – Juiz Substituto) É inconstitucional a cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas.

Gabarito: CORRETO.

(FAURGS – 2022 – TJ-RS – Juiz Substituto) A garantia constitucional da gratuidade de ensino impede a cobrança, por universidades públicas, de mensalidade em curso de especialização.

Gabarito: INCORRETO.

Resolução: conforme afirmado anteriormente, o STF, no RE 597.854, julgado em 26/04/2017, definiu que a garantia constitucional da gratuidade de ensino não obsta a cobrança por universidades públicas de mensalidade em cursos de especialização.

O parágrafo único do art. 206 da CF/88 estabelece 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 dos seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

ATENÇÃO

Importante questão decidida pelo STF, no RE 888.815, foi acerca do *homeschooling*, que consiste na prática por meio da qual os pais ou responsáveis pela criança ou adolescente assumem a obrigação pela sua escolarização formal, deixando de delegá-la às instituições oficiais de ensino.

Segundo a Suprema Corte, a CF/88 não prevê a possibilidade de ensino domiciliar, mas também não traz vedação absoluta à tal prática. Contudo, **o *homeschooling* não pode ser atualmente exercido porque não há legislação que regulamente os preceitos e as regras aplicáveis a essa modalidade de ensino. Há requisitos que devem ser necessariamente aplicados, independente do modelo de ensino a ser trilhado: a necessidade de ensino básico obrigatório entre quatro e dezessete anos (art. 208, I); a existência de núcleo mínimo curricular (art. 210); e a observância de convivência familiar e comunitária (art. 227). O homeschooling carece de regulamentação prévia por parte do Congresso Nacional, regulamentação esta que deverá prever mecanismos de avaliação e fiscalização que estejam de acordo com os mandamentos constitucionais.**

QUESTÕES DE CONCURSO

(FAURGS – 2022 – TJ-RS – Juiz Substituto) A Constituição veda qualquer espécie de ensino domiciliar que não respeite o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes.

Gabarito: CORRETO.

(FGV – 2022 – MPE-GO – Promotor de Justiça) A educação básica obrigatória é direito indisponível assegurado em sede constitucional a crianças e adolescentes em idade escolar (art. 208, I, da Constituição

da República de 1988). Nesse particular, à luz da interpretação empreendida pelo Supremo Tribunal Federal, é correto afirmar que o ensino domiciliar não é um direito público subjetivo do aluno ou de sua família, porém não é vedada a sua criação por meio de lei federal, editada pelo Congresso Nacional, na modalidade "utilitarista" ou "por conveniência circunstancial", desde que observadas as exigências constitucionais relativas à educação.

Gabarito: CORRETO.

6.1. Autonomia das universidades

As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial.

A **autonomia didático-científica** é a essência da Universidade, que representa um espaço para o exercício da liberdade de pensamento, propiciando a discussão e rediscussão de ideias e ideais, além de produzir conhecimento e ciência, impulsionando a justiça social e o desenvolvimento nacional.

A partir da autonomia didático-científica, tem-se um duplo dever do Estado: de um lado, o dever de respeitar tal autonomia, não podendo violá-la; de outro, o dever de garantir ações positivas que possibilitem o emprego de recursos suficientes para a efetivação de suas garantias.

A **autonomia administrativa** representa a garantia de que as providências administrativas necessárias à efetivação da liberdade acadêmica possam ser adotadas sem a indevida interferência estatal.

A **autonomia de gestão financeira e patrimonial** implica reconhecer a possibilidade de as universidades gerirem os recursos colocados à sua disposição, executando e reestruturando orçamentos, constituindo patrimônio, com a possibilidade de dele livremente dispor.

O STF, em 21/5/2021, no julgamento da ADI 5946/RR, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, definiu que:

> **Info. 1018, STF**. a) é inconstitucional emenda à Constituição Estadual que confere autonomia financeira e orçamentária próprias de órgãos de Poder à universidade estadual; b) é constitucional o repasse de recursos orçamentários para universidade estadual na forma de duodécimos; c) não pode o Estado-membro, por meio de sua Constituição ou legislação, instituir procuradoria jurídica própria para universidade estadual; d) é inconstitucional dispositivo da Constituição Estadual que preveja que a Universidade Estadual escolherá seu reitor sem qualquer participação do Chefe do Poder Executivo no processo; e) é inconstitucional dispositivo da Constituição Estadual que preveja iniciativa privativa da Universidade Estadual para propor projeto de lei que disponha sobre sua estrutura e funcionamento administrativo, bem como sobre suas atividades pedagógicas (Info. 1018).[92]

As universidades obedecerão ao princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão. É facultado às universidades admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, nos termos da lei.

Tais preceitos aplicam-se também às instituições de pesquisa científica e tecnológica.

Disponível em:

[92] https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1018.pdf

A Lei n.º 5.540/68, que fixa normas de organização e funcionamento do ensino superior e a sua articulação com a escola média, com redação dada pela Lei n.º 9.192/95, estabelece que a Universidade, por meio do seu colegiado máximo, encaminhará ao Presidente da República uma lista com três nomes de professores da instituição, a partir da qual o Presidente da República escolherá um nome, nomeando-o para um mandato de 4 anos.

Segundo o STF, a opção legal pela escolha dos dirigentes máximos das universidades em ato complexo não ofende a autonomia universitária, prevista no art. 207 da CF/88, por não significar um instrumento de implantação de políticas específicas determinadas pelo chefe do Poder Executivo, nem indicar mecanismo de controle externo à autonomia universitária. Trata-se de discricionariedade mitigada que, a partir de requisitos objetivamente previstos pela legislação federal, exige que a escolha do chefe do Poder Executivo recaia sobre um dos três nomes eleitos pela universidade (STF, Plenário. ADPF 759 MC-Ref/DF, Rel. Min. Edson Fachin, redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgado em 6/2/2021, Info. 1004).

Por fim, destaca-se que **o STF julgou inconstitucional Decreto que autoriza o Ministério da Educação a nomear diretor interino de centros técnicos federais sem observância do processo eleitoral que conta com a participação da comunidade escolar.** Segundo a Suprema Corte, a previsão de nomeação "pro tempore", pelo Ministro da Educação, de dirigentes de instituições de ensino federais **viola os princípios da isonomia, da impessoalidade, da proporcionalidade, da autonomia e da gestão democrática do ensino público.** (STF. Plenário. ADI 6543/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 26/3/2021, Info. 1011).

6.2. Deveres do Estado em relação à educação

De acordo com o art. 208 da CF/88, o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

> **Art. 208, CF/88 –**
> **I** - 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;
> **II** - progressiva universalização do ensino médio gratuito;
> **III** - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
> **IV** - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;
> **V** - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
> **VI** - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
> **VII** - 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. De acordo com o art. 212, §4º da CF/88, estes programas suplementares de alimentação e assistência à saúde serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários.

O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo, sendo que o não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa em responsabilidade da autoridade competente.

Ao Poder Público compete recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência escolar.

Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

O ensino religioso será de matrícula facultativa, constituindo disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

ATENÇÃO

O STF, no julgamento da ADI 4439[93], em 27/09/2017, decidiu que **o ensino religioso nas escolas públicas brasileiras pode ter natureza confessional, ou seja, pode ser vinculado a religiões específicas.**

A Suprema Corte entendeu que, **a partir da conjugação do binômio laicidade do Estado (art. 19, I, CF/88) e liberdade religiosa (art. 5º, VI da CF/88), o Estado deverá assegurar o cumprimento do art. 210, §1º da CF/88, autorizando na rede pública, em igualdade de condições, o oferecimento de ensino confessional das diversas crenças, mediante requisitos formais previamente fixados pelo Ministério da Educação.**

Assim, será permitido aos alunos 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, por integrantes dela, devidamente credenciados a partir de chamamento público já estabelecido em lei para hipóteses semelhantes (Lei n.º 13.204/2015) e, preferencialmente, sem qualquer ônus para o Poder Público.

Por fim, deve-se registrar que o ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, **assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.**

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE

Importante registrar que **o STF, no julgamento da ADPF 292/DF[94], em 01/08/2018, afirmou a constitucionalidade da exigência de idade mínima de quatro e seis anos para ingresso, respectivamente, na educação infantil e no ensino fundamental, bem como a fixação de data-limite de 31 de março para que referidas idades estejam completas.** É o chamado corte etário.

Transcreve-se a ementa oficial do julgado:

> 1. As Resoluções CNE/CEB nº 1/2010 e 6/2010, ao estabelecerem um critério único e objetivo para o ingresso às séries iniciais da Educação Infantil e do Ensino Fundamental da criança que tenha, respectivamente, quatro e seis anos de idade, completos até o dia 31 de março do ano em que ocorrer a matrícula, não violam os princípios da isonomia, da proporcionalidade e do acesso à educação.
> 2. A efetividade das normas consagradoras do direito à educação encontrou suporte nas alterações promovidas pelo constituinte derivado, por meio das Emendas Constitucionais nº 53/2006 e 59/2009, que ampliaram a educação obrigatória a partir dos quatro anos de idade e substituíram o critério da etapa de ensino pelo critério da idade do aluno.
> 3. A democratização do acesso à leitura, à escrita e ao conhecimento, na primeira infância, acarreta diversos benefícios individuais e sociais, como melhores resultados no desempenho acadêmico, produtividade econômica, cidadania responsável e combate à miséria intelectual intergeracional.
> 4. A faixa etária não é estabelecida entre as etapas do sistema de ensino porque o que

Disponível em:

[93] https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3926392

Disponível em:

[94] https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753327262

importa é que à criança entre quatro e dezessete anos seja assegurado o acesso à educação, de acordo com sua capacidade, o que não gera inconstitucionalidade na regulamentação da transição entre as etapas de ensino (art. 208, I e IV, da CRFB).
5. Cabe ao poder público desenhar as políticas educacionais conforme sua expertise, estabelecidas as balizas pretendidas pelo constituinte.
5.1 A uniformização da política instituída visa a permitir um percurso escolar contínuo entre os diversos sistemas de ensino e, consoante refletem diversos estudos pedagógicos específicos, permite à criança vivenciar cada etapa de acordo com sua faixa etária.
5.2 Os critérios universalizáveis para o ingresso no ensino fundamental, de cunho impessoal e genérico, são imperiosos em sede de política pública.
5.3 É que a tomada de decisão baseada em regras considera a possibilidade de erros de subinclusão e sobreinclusão e prestigia a teoria da segunda melhor opção (second best), que preserva as virtudes de certeza, segurança, previsibilidade, eficiência, separação de poderes e prevenção de erros de decisão.
6. O corte etário, mercê de não ser a única solução constitucionalmente possível, insere-se no espaço de conformação do administrador, sobretudo em razão da expertise do Conselho Nacional de Educação e de as resoluções terem sido expedidas com ampla participação técnica e social, em respeito à gestão democrática do ensino público (art. 206, VI, da CRFB).
7. As regras objetivas encerram notável segurança jurídica, por isso que a expressão "completos" é inerente a qualquer referência etária, sem que o esforço exegético de se complementar o que já está semanticamente definido possa desvirtuar a objetivação decorrente do emprego de número.
8. O acesso aos níveis mais elevados do ensino, segundo a capacidade de cada um, pode justificar o afastamento da regra em casos bastante excepcionais, a critério exclusivo da equipe pedagógica diretamente responsável pelo aluno, o que se mostra consentâneo com a "valorização dos profissionais da educação escolar" (art. 208, V, da CRFB e art. 206, V, da CRFB) e o apreço à pluralidade de níveis cognitivo-comportamentais em sala de aula.
9. In casu, não se faz necessário verificar a compatibilidade das resoluções expedidas pela Câmara de Educação Básica (CEB) do Conselho Nacional da Educação (CNE) com nenhuma outra norma infraconstitucional, senão diretamente com os parâmetros constitucionais de controle, sendo certo que os dispositivos legais a que fazem remissão apenas atribuem ao Poder Executivo poderes normativos para disciplinar o tema.

6.3. O ensino pela iniciativa privada

O art. 209 da CF/88 afirma que 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.

Vê-se, assim, que a educação é um serviço público não exclusivo do Estado.

6.4. Organização do sistema de ensino em regime de colaboração

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão, em regime de colaboração, seus sistemas de ensino.

O regime de colaboração é organizado nos seguintes moldes:

ORGANIZAÇÃO DO SISTEMA DE ENSINO EM REGIME DE COLABORAÇÃO	
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, para 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;

ESTADOS E DF	Atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio;
MUNICÍPIOS	Atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

Na organização de seus sistemas de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão formas de colaboração, para assegurar a universalização, a qualidade e a equidade do ensino obrigatório.

A Constituição afirma que a educação básica pública atenderá prioritariamente ao ensino regular.

Segundo o §6º do art. 211, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão ação redistributiva em relação a suas escolas.

Por fim, registre-se que o padrão mínimo de qualidade do ensino considerará as condições adequadas de oferta e terá como referência o Custo Aluno Qualidade (CAQ), pactuados em regime de colaboração na forma disposta em lei complementar, conforme o parágrafo único do art. 23 da Constituição.

6.5. Custeio da educação e aplicação dos recursos públicos na manutenção e desenvolvimento do ensino

O art. 212 da CF/88 explicita que **a União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.** Para efeito do cumprimento desta norma, serão considerados os sistemas de ensino federal, estadual e municipal e os recursos aplicados na forma do art. 213 da CF/88, que estabelece:

> **Art. 213, CF/88 -** Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que:
> **I -** comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação;
> **II** - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades.
> **§ 1º** Os recursos de que trata este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade.
> **§ 2º** As atividades de pesquisa, de extensão e de estímulo e fomento à inovação realizadas por universidades e/ou por instituições de educação profissional e tecnológica poderão receber apoio financeiro do Poder Público.

Ademais, a parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não é considerada, para efeito do cálculo, receita do governo que a transferir.

A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei, sendo que as cotas estaduais e municipais da arrecadação da contribuição social do salário educação serão distribuídas proporcionalmente ao número de alunos matriculados na educação básica nas respectivas redes públicas de ensino.

Frise-se que **é vedada a utilização dos recursos advindos da contribuição social do salário-educação, bem como dos recursos referidos do caput do art. 212, para pagamento de aposentadorias e de pensões.**

Frise-se que **o STF considerou inconstitucional lei estadual que inclua no conceito de "manutenção e desenvolvimento do ensino", para os fins do art. 212 da CF/88, o pagamento dos servidores inativos da área de educação, em arrepio às disposições da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Informativo 990, STF).**

A destinação dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, no que se refere a universalização, garantia de padrão de qualidade e equidade, nos termos do plano nacional de educação.

O §9º do art. 212 estabelece que a lei disporá sobre normas de fiscalização, de avaliação e de controle das despesas com educação nas esferas estadual, distrital e municipal.

O art. 212-A, por sua vez, afirma que **os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão parte dos recursos a que se refere o caput do art. 212 à manutenção e ao desenvolvimento do ensino na educação básica e à remuneração condigna de seus profissionais.**

Aqui, chama-se atenção à existência do FUNDEB – Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação –, que se trata de um fundo especial, de natureza contábil e de âmbito estadual, formado, em quase sua totalidade, por recursos provenientes dos impostos e transferências dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

O FUNDEB entrou em vigor em janeiro de 2007 e seu termo final seria 2020. Contudo, **a EC 108/2020, que acresceu o art. 212-A, previu que o FUNDEB passaria a ser permanente**, e tal fundo passou a ser regulamentado pela Lei n.º 14.113/2020.

Registre-se que há expressa vedação para a utilização dos recursos do FUNDEB em atividades distintas da educação, tratando-se, assim, de verba constitucionalmente vinculada à manutenção e desenvolvimento do ensino básico.

Em julgamento de 18/2/2022, inclusive, o STF afirmou que não é possível utilizar verbas do FUNDEB para combater a pandemia da COVID-19, ainda que se reconheça a sua gravidade e os seus impactos na economia e nas finanças públicas:

> **Info. 1044, STF** - É vedada a utilização, ainda que em caráter excepcional, de recursos vinculados ao FUNDEB para ações de combate à pandemia do novo coronavírus (STF, Plenário. ADI 6940/PI, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 18/02/2022, Info. 1044). [95]

Outra questão interessante sobre a educação recentemente enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal foi a concessão de descontos nas mensalidades das faculdades privadas na pandemia da Covid-19.

Sobre o tema, a Suprema Corte fixou a seguinte tese:

> **Info. 1038, STF** - É inconstitucional decisão judicial que, sem considerar as circunstâncias fáticas efetivamente demonstradas, deixa de sopesar os reais efeitos da pandemia em ambas as partes contratuais, e determina a concessão de descontos lineares em mensalidades de cursos prestados por instituições de ensino superior (STF, Plenário. ADPF

Disponível em:

[95] https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo1044.htm

706/DF e ADPF 713/DF, Rel. Min. Rosa Weber, julgados em 17 e 18/11/2021, Info. 1038).

Considerou-se que a interferência em todos os contratos de modo linear, geral e abstrato, sem a apreciação das peculiaridades de cada avença, a fim de verificar a real configuração de abusividade ou desequilíbrio por fato imprevisível e externo à relação contratual, ofende a livre iniciativa.

Há ofensa, ainda, ao princípio da isonomia, uma vez que os atos decisórios deferiam descontos gerais e lineares, com disciplinas díspares e percentuais diversos, quebrando-se a uniformidade do direito contratual em apreço. Cabe ao juiz, diante de cada caso concreto, realizar as ponderações necessárias.

6.6. Plano Nacional de Educação

Nos termos do art. 214 da CF/88, a lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, visando 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:

> **Art. 214, CF/88.**
> **I** - erradicação do analfabetismo;
> **II -** universalização do atendimento escolar;
> **III** - melhoria da qualidade do ensino;
> **IV** - formação para o trabalho;
> **V** - promoção humanística, científica e tecnológica do País.
> **VI** - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto.

6.7. Judicialização da educação e principais decisões dos tribunais superiores

Além das decisões já mencionadas ao longo do tópico referente à educação, podem ser destacados os seguintes posicionamentos do STF:

a) **O Poder Judiciário pode obrigar o Município a fornecer vaga em creche a criança de até 5 anos de idade;**

A educação infantil, em creche e pré-escola, representa prerrogativa constitucional indisponível garantida às crianças de até 5 anos, sendo um dever do Estado (art. 208, V, da CF/88).

Conforme o STF, os Municípios, que têm o dever de atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil (art. 211, §2º da CF/88), não podem se recusar a cumprir este mandato constitucional, juridicamente vinculante (STF. Decisão monocrática. RE 956475, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 12/05/2016).

Frise-se que, neste sentido, em 22/09/2022, o STF decidiu que **o dever constitucional do Estado de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de até 5 anos é de aplicação direta e imediata, sem a necessidade de regulamentação pelo Congresso Nacional.** Fixou-se, ainda, que **a oferta de vagas para a educação básica pode ser reivindicada na Justiça por meio de ações individuais.**

O Ministro Luís Roberto Barroso, afirmou que o direito à educação básica é uma norma constitucional de aplicação direta e que uma decisão judicial determinando o cumprimento dessa obrigação não pode ser considerada uma intromissão em outra esfera de poder, notadamente pelo fato de que já se passaram mais de três décadas desde a promulgação da Constituição.

A Ministra Rosa Weber, sob a ótica do constitucionalismo feminista, frisou que a oferta de creche e pré-escola é imprescindível para assegurar às mães segurança no exercício do direito ao trabalho e à família, em razão da maior vulnerabilidade das trabalhadoras na relação de emprego, devido às dificuldades para a conciliação dos projetos de vida pessoal, familiar e laboral. Destacou, assim, que esse direito social tem correlação com os da liberdade e da igualdade de gênero, pois proporciona à mulher a possibilidade de ingressar ou retornar ao mercado de trabalho. Para a Ministra, o direito à educação básica não pode ser interpretado como discricionariedade e sim como obrigação estatal, imposta sem condicionantes, configurando omissão a falta da sua prestação.

O STF fixou, assim, a seguinte tese em sede de repercussão geral:

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE

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 0 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 (Recurso Extraordinário nº 1008166[96]).

b) No julgamento da ADI 5357 MC-Ref/DF, em 9/6/2016, o STF afirmou que **são constitucionais as normas que determinam que as escolas privadas ofereçam atendimento educacional adequado e inclusivo às pessoas com deficiência, sem que possam cobrar valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas para cumprimento dessa obrigação.** No caso, tratavam-se do arts. 28, §1º e 30 da Lei n.º 13.146/2015.

> **ADI 5357, STF -** O tema nesta Ação Direta de Inconstitucionalidade é a obrigatoriedade das escolas privadas de oferecer atendimento educacional adequado e inclusivo às pessoas com deficiência. Em apertada síntese, a requerente afirma que a Lei nº 13.146/2015 estabelece medidas de alto custo para as escolas privadas, violando os dispositivos constitucionais supra mencionados, o que levaria ao encerramento das atividades de muitas delas. [97]

c) No julgamento da ADPF 548 MC-Ref/DF, em 31/10/2018, **o STF afirmou que são inconstitucionais os atos judiciais ou administrativos que determinem ou promovam: o ingresso de agentes públicos em universidades públicas e privadas; o recolhimento de documentos, como panfletos; a interrupção de aulas, debates ou manifestações de docentes e discentes universitários; a realização de atividade disciplinar docente e discente e a coleta irregular de depoimentos desses cidadãos pela prática de manifestação livre de ideias e divulgação do pensamento nos ambientes universitários ou em equipamentos sob a administração de universidades públicas e privadas.**

> **ADPF 548, STF.** 2. Suspensos os efeitos de atos judiciais ou administrativos, emanados de autoridade pública que possibilitem, pelos quais se determinem ou promovam o ingresso

Disponível em:

[96] https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5085176

[97] https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12012290

> 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 nos ambientes universitários. [98]

No caso, a Suprema Corte entendeu que os atos questionados violam os princípios constitucionais que asseguram a liberdade de manifestação e pensamento e as garantias inerentes à autonomia universitária.

d) No julgamento das ADPFs 706[99] e 713[100], **o STF afirmou que é inconstitucional decisão judicial que, sem considerar as circunstâncias fáticas efetivamente demonstradas, deixa de sopesar os reais efeitos da pandemia da COVID-19 em ambas as partes contratuais, e determina a concessão de descontos lineares em mensalidades de cursos prestados por instituições de ensino superior;**

e) **O STF julgou constitucional a Lei n.º 14.172/2021, que determinou à União a transferência aos Estados e ao Distrito Federal de R$ 3,5 bilhões para garantir acesso à internet, com fins educacionais, a professores e alunos da rede de educação básica pública.** Para a Suprema Corte, a lei está em consonância com o art. 205 da CF/88, que afirma que a educação é um direito social, bem como em harmonia com o art. 206, I da CF/88, o qual afirma que o ensino deve ser ministrado em "igualdade de condições para acesso e permanência na escola", pois objetiva garantir a conectividade a alunos e professores da rede pública de ensino no contexto da pandemia da Covid-19.

A Lei n.º 14.172/2021 está de acordo, ainda, quanto ao aspecto formal, já que a norma não prevê disposição que implique criação de órgãos da Administração Pública Federal, na sua reorganização ou na alteração de suas atribuições, bem como a sua aprovação foi precedida da demonstração de viabilidade financeira e orçamentária (STF. Plenário. ADI 6.926/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 1/7/2022, Info. 1061).

7. CULTURA

O acesso à cultura é um **direito fundamental social de segunda dimensão (geração)**, devendo o Estado garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, apoiando e incentivando a valorização e a difusão das manifestações culturais.

O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional, devendo a lei dispor sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

[98] https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606689&ext=.pdf

[99] https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5950544

[100] https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5955074

QUESTÃO DE CONCURSO

(FCC – 2022 – MPE-PE – Promotor de Justiça) O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional, e a lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

Gabarito: CORRETO.

De acordo com o art. 215, §3º da CF/88, a lei estabelecerá o **Plano Nacional de Cultura**, de duração plurianual, com vistas ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

- defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;
- produção, promoção e difusão de bens culturais;
- formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões;
- democratização do acesso aos bens de cultura;
- valorização da diversidade étnica e regional.

A Lei n.º 12.343/2010 instituiu o Plano Nacional de Cultura e criou o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais.

O art. 216, por sua vez, trata do **patrimônio cultural brasileiro**, nos seguintes termos:

> **Art. 216, CF/88.** Constituem patrimônio cultural brasileiro 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, nos quais se incluem:
> **I -** as formas de expressão;
> **II** - os modos de criar, fazer e viver;
> **III** - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
> **IV** - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
> **V** - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

O **inventário** é um instrumento de proteção que consiste em uma lista de bens culturais, materiais ou imateriais, em que os bens são descritos e identificados de maneira pormenorizada, podendo o bem, posteriormente, ser alvo de registro, tombamento ou desapropriação.

A **vigilância** consiste em instrumento, ou mecanismo, de proteção do patrimônio cultural brasileiro, podendo-se mencionar como exemplo a contratação de pessoas com vistas à prevenção de danos em edifícios privados.

O registro é o instrumento de tutela de bens culturais imateriais. No âmbito federal, foi regulamentado pelo Decreto n.º 3.551/2000, tendo como referência a continuidade histórica do bem e a sua relevância nacional para a memória, a identidade e a formação da sociedade brasileira, sendo criados pelo

decreto quatro livros de registros (rol exemplificativo): Livro de Registro dos Saberes; Livro de Registro das Celebrações; Livros de Registro das Formas de Expressão; e Livro de Registro dos Lugares.

Sobre o registro, decidirá o Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural, com prévio parecer do IPHAN e, uma vez realizado, o bem receberá o título de "Patrimônio Nacional do Brasil". O IPHAN fará a revalidação dos bens culturais registrados, pelo menos a cada dez anos, encaminhando ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural para decidir sobre a revalidação do título de "Patrimônio Cultural do Brasil". Caso seja negada a revalidação, será mantido apenas o registro, como referência cultural do seu tempo. Pode-se afirmar, assim, que **o ato administrativo de registro tem natureza precária.**

Já foram registrados, por exemplo: o Samba de Roda do Recôncavo Baiano; Ofício das Baianas de Acarajé; a Feira de Caruaru; o Frevo; o Tambor de Crioula do Maranhão; as Matrizes do Samba no Rio de Janeiro (Samba-Enredo, Samba de Terreiro e Partido Alto); a Roda de Capoeira; o toque dos Sinos em Minas Gerais; a Produção Tradicional e Práticas Socioculturais Associadas à Cajuína no Piauí; dentre tantos outros bens imateriais que enriquecem a cultura brasileira.

QUESTÕES DE CONCURSO

(CESPE – 2007 – TRF5 – Juiz Federal Substituto) Os modos de criar e de fazer enraizados no cotidiano das comunidades, tais como técnicas tradicionais de construção naval, integram o patrimônio cultural brasileiro, sendo meio idôneo para a sua proteção o registro.

Gabarito: CORRETO.

(FCC – 2014 – TJ-CE – Juiz Substituto) O Conselho de Defesa do Patrimônio Cultural de determinado Município estudou uma dança folclórica típica do local, pretendendo preservá-la. Para tanto, poderá registrar tal dança folclórica por se tratar de patrimônio imaterial.

Gabarito: CORRETO.

O **tombamento** é regulamentado pelo Decreto-Lei 25, de 30/11/1937 (Lei Geral do Tombamento), e se aplica aos **bens materiais (móveis ou imóveis).**

Frederico Amado assim define tombamento:

> Em **sentido amplo**, pode ser definido como um procedimento administrativo que veicula uma modalidade não supressiva de intervenção concreta do Estado na propriedade privada ou mesmo pública, de índole declaratória, que tem o condão de limitar o uso, o gozo e a disposição de um bem, gratuito (em regra), permanente e indelegável, destinado à preservação do patrimônio cultural material (móvel ou imóvel), dos monumentos naturais e dos sítios e paisagens de feição notável, pela própria natureza ou por intervenção humana. Já em **sentido estrito**, o tombamento é o ato administrativo de inscrição de um bem material em um dos Livros de Tombo. (2022, p. 256).

Admite-se o tombamento de um mesmo bem por mais de uma entidade política, uma vez que é competência comum aos entes federativos proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos, bem como para impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural (art. 23, III e IV, da CF/88).

QUESTÃO DE CONCURSO

(CESPE – 2007 – TRF5 – Juiz Federal Substituto) Por ser comum a competência material para proteção do patrimônio cultural, a União, o estado e o município podem, simultaneamente, instituir tombamento sobre um mesmo bem, desde que haja relevância histórico-cultural de âmbito local, regional ou nacional.

Gabarito: CORRETO.

No que se refere à competência para legislar sobre a proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico, ela é concorrente para a União, Estados e Distrito Federal (art. 24, VII da CF/88), bem como para os Municípios (art. 30, I e II, da CF/88).

ATENÇÃO: PARTICULARIDADES ACERCA DOS QUILOMBOLAS

TEMA COM ESPECIAL RELEVÂNCIA PARA AS PROVAS DE MINISTÉRIO PÚBLICO E DEFENSORIAS PÚBLICAS!

Há um **tombamento feito diretamente pela Constituição Federal, que incide sobre todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos,** consoante §5º do art. 216 da CF/88.

Registre-se ainda o quanto disposto no art. 68 do ADCT que estabelece que, **aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras, é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.**

A doutrina afirma que são considerados remanescentes de comunidades de quilombos agrupamentos humanos de afrodescendentes que se formaram durante o sistema escravocrata ou logo após a sua extinção e que se originaram por diversos motivos, como a fuga de escravos, heranças, doações, recebimento de terras como pagamento de serviços etc.

O Decreto n.º 4.887/2003 define como remanescentes das comunidades dos quilombos os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

O Decreto n.º 6.040/2007, por sua vez, conceitua "Povos e Comunidades Tradicionais" como grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.

Assim, a principal característica que marca as comunidades tradicionais e os quilombolas é a sua relação de identidade com a terra, que não se restringe a uma relação de posse ou propriedade, merecendo especial atenção na Constituição e em compromissos internacionais assumidos.

Frise-se que, no julgamento da ADI 4269/DF, em 18/10/2017, **o STF deu interpretação conforme ao art. 4º, §2º da Lei n.º 11.952/2009** (que trata sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal) **para dizer que é inconstitucional qualquer interpretação que permita a regularização fundiária das terras ocupadas por quilombolas e outras comunidades tradicionais da Amazônia Legal em nome de terceiros ou de forma a descaracterizar o modo de apropriação da terra por esses grupos.** Ou seja, os quilombolas e outras comunidades não podem perder as suas terras em caso de regularização fundiária.

A Suprema Corte também deu interpretação conforme ao art. 13 da aludida lei para **afastar quaisquer interpretações que concluam pela desnecessidade de fiscalização dos imóveis rurais até quatro módulos fiscais, devendo o ente federal utilizar-se de todos os meios referidos em suas informações para assegurar a devida proteção ambiental e a concretização dos propósitos da norma para, somente então, ser possível a dispensa da vistoria prévia, como condição para inclusão da propriedade no programa de regularização fundiária de imóveis rurais de domínio público na Amazônia Legal.** Significa dizer que: a União deve lançar mão de todos os meios para assegurar a devida proteção ambiental e a concretização dos propósitos da norma, para somente então ser possível a dispensa da vistoria prévia como condição para inclusão da propriedade no programa de regularização fundiária de imóveis rurais de domínio público na Amazônia Legal.

QUESTÃO DE CONCURSO

(CESPE/CEBRASPE – 2022 – DPE-TO – Defensor Público) A Constituição Federal de 1988, em atenção ao valor histórico-cultural dos extintos quilombos, consagrou diretamente, independentemente de lei, o tombamento de todos os documentos e sítios detentores de reminiscências históricas que lhe fazem referência.

Gabarito: CORRETO.

Há ainda a **desapropriação**, modalidade supressiva de intervenção do Estado na propriedade privada ou mesmo na pública (estadual, distrital e municipal), na subespécie **desapropriação por utilidade pública**, quando se trata da proteção de bens culturais. Trata-se de instituto cujo estudo deverá ser aprofundado na disciplina do Direito Administrativo.

Atente-se para o fato de que questões relacionadas ao tema do inventário, registros, vigilância, tombamento e desapropriação podem aparecer nas provas de Direito Constitucional, Direito Administrativo, ou até mesmo Direito Ambiental, já que se pode falar em meio ambiente cultural.

Ainda acerca da cultura, deve-se destacar o art. 216-A, que prevê o **Sistema Nacional de Cultura**, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, que institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes federativos e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais.

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 seguintes princípios:

Art. 216-A, CF/88.
I - diversidade das expressões culturais;
II - universalização do acesso aos bens e serviços culturais;
III - fomento à produção, difusão e circulação de conhecimento e bens culturais;
IV - cooperação entre os entes federados, os agentes públicos e privados atuantes na área cultural;
V - integração e interação na execução das políticas, programas, projetos e ações desenvolvidas;
VI - complementaridade nos papéis dos agentes culturais;
VII - transversalidade das políticas culturais;
VIII - autonomia dos entes federados e das instituições da sociedade civil;
IX - transparência e compartilhamento das informações;
X - democratização dos processos decisórios com participação e controle social;
XI - descentralização articulada e pactuada da gestão, dos recursos e das ações;

XII - ampliação progressiva dos recursos contidos nos orçamentos públicos para a cultura.

O §2º do art. 216-A afirma que constitui a estrutura do Sistema Nacional de Cultura, nas respectivas esferas da Federação:

Art. 216-A, §2º, CF/88.
I - órgãos gestores da cultura;
II - conselhos de política cultural;
III - conferências de cultura;
IV - comissões intergestores;
V - planos de cultura;
VI - sistemas de financiamento à cultura;
VII - sistemas de informações e indicadores culturais;
VIII - programas de formação na área da cultura; e
IX - sistemas setoriais de cultura.

A Constituição ainda prevê que lei federal disporá sobre a regulamentação do Sistema Nacional de Cultura, bem como de sua articulação com os demais sistemas nacionais ou políticas setoriais de governo.

Por fim, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão os seus respectivos sistemas de cultura em leis próprias.

8. DESPORTO

A Constituição Federal estabelece que é dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um.

Conforme lembrado por Bernardo Gonçalves Fernandes (2020, p. 2116), **a proteção ao desporto não pode ser tomada de modo reducionista como proteção ao esporte, pois abrange ainda as atividades de recreação, lazer e diversidade**, sendo afirmado, no §3º do art. 217, que **o Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social.**

São princípios e regras que orientam o desporto:

Art. 217, CF/88.
I - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;
II - a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento;
III - o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não- profissional;
IV - a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.

A Constituição Federal prevê a **Justiça Desportiva,** órgão de natureza administrativa (portanto, não integrante do Poder Judiciário), com atribuições para julgar causas exclusivamente relacionadas à disciplina e às competições esportivas. Tal órgão é custeado pelas federações e confederações esportivas.

O §1º do art. 217 da CF/88 contempla **exceção ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, ao afirmar que o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei,** que terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final. Caso a contenda não tenha sido solucionada no âmbito administrativo no prazo de sessenta dias, abre-se a possibilidade de provocação do Poder Judiciário, ainda que não tenha ocorrido o esgotamento das vias administrativas.

9. CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO

Nos termos do art. 218 da CF/88, o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação. Atualmente, a matéria é regulamentada na Lei n.º 10.973/2004.

A **pesquisa científica básica e tecnológica** receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação, sendo que a pesquisa tecnológica deverá estar voltada preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

Os §§3º ao 7º do art. 218 da CF/88 contemplam regras direcionadas ao incentivo à ciência, pesquisa, tecnologia e inovação, nos seguintes termos:

> **Art. 218, CF/88.**
> **§ 3º** O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa, tecnologia e inovação, inclusive por meio do apoio às atividades de extensão tecnológica, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.
> **§ 4º** A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.
> **§ 5º** É 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.
> **§ 6º** O Estado, na execução das atividades previstas no *caput,* estimulará a articulação entre entes, tanto públicos quanto privados, nas diversas esferas de governo.
> **§ 7º** O Estado promoverá e incentivará a atuação no exterior das instituições públicas de ciência, tecnologia e inovação, com vistas à execução das atividades previstas no caput.

O art. 219 da CF/88 prevê que o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal. Além disso, o Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia.

A CF/88 prevê ainda que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão firmar instrumentos de cooperação com órgãos e entidades públicos e com entidades privadas, inclusive para o compartilhamento de recursos humanos especializados e capacidade instalada, para a execução de projetos de pesquisa, de desenvolvimento científico e tecnológico e de inovação, mediante contrapartida financeira ou não financeira assumida pelo ente beneficiário, na forma da lei (art. 219-A).

Por fim, o art. 219-B prevê o Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI), organizado em regime de colaboração entre entes, tanto públicos quanto privados, com vistas a promover o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação, cujas normas gerias serão estabelecidas em lei federal, garantindo-se aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a possibilidade de legislarem concorrentemente sobre as suas peculiaridades.

10. COMUNICAÇÃO SOCIAL

Quando do estudo dos direitos e garantias fundamentais, viu-se que a Constituição Federal protege amplamente a liberdade de manifestação de pensamento, a liberdade de expressão de atividades artística, intelectual, científica, dentre outras garantias intrínsecas à noção de Estado Democrático de Direito.

A comunicação social integra o núcleo essencial do direito de liberdade de informação, bem como está relacionada à liberdade de expressão e de manifestação do pensamento. Afinal, em uma democracia, deve-se privilegiar a livre circulação de ideias, expressões e manifestações que contribuam para o enriquecimento e amadurecimento do debate público.

Por isso, o art. 220 da CF/88 afirma que **a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição,** sendo que nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observando-se: a liberdade de manifestação do pensamento; o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando-se também aqui a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; a liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão; e o direito do livre acesso à informação.

A Constituição veda toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. Por outro lado, o texto constitucional estabelece que lei federal poderá:

- 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.

O mencionado art. 221 da CF/88 estabelece os **princípios regentes da produção e da programação das emissoras de rádio e televisão,** abaixo transcrito:

> **Art. 221, CF/88 -** A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:
> **I -** preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;
> **II** - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;
> **III** - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;
> **IV** - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

QUESTÃO DE CONCURSO

(FCC – 2021 – DPE-AM – Defensor Público) Ao tratar da comunicação social, a Consituição Federal dispõe expressamente que a produção e programação das emissoras de rádio e televisão atenderão, entre outros, ao princípio do respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Gabarito: CORRETO.

A CF/88 estabelece ainda que:

- a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso (art. 220, §4º);
- os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio (art. 220, §5º);
- a publicação de veículo impresso de comunicação independente de licença de autoridade (art. 220, §6º).

Acerca da **propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens,** o art. 222 da CF/88 estabelece que é **privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no país.** Em qualquer caso, contudo, pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverá 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, ficando a cargo da lei disciplinar a participação de capital estrangeiro nessas empresas. É estabelecido ainda que qualquer alteração no controle societário dessas empresas deverá ser comunicada ao Congresso Nacional.

A responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, em qualquer meio de comunicação social.

O art. 222, §3º da CF/88 fixa que os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios regentes da produção e da programação das emissoras de rádio e televisão, fixadas no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais.

Conforme o texto constitucional, ainda, **compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal,** cabendo ao Congresso Nacional apreciar o ato no prazo do art. 64, §2º e 4º da CF/88 (prazos estabelecidos para os projetos de lei de iniciativa do Presidente da República em que há solicitação de urgência na sua tramitação), a contar do recebimento da mensagem.

Acerca da concessão, permissão e autorização destes serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, devem ser observadas as seguintes regras:

- o prazo da concessão ou permissão será de dez anos para as emissoras de rádio e quinze anos para as de televisão;
- a não renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal;
- o ato de outorga ou renovação somente produzirá efeitos legais após deliberação do Congresso Nacional, observando-se os prazos e quórum acima mencionado;
- o cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial.

Por fim, a CF/88 prevê a possibilidade de o Congresso Nacional instituir, como o seu órgão auxiliar, o Conselho de Comunicação Social, na forma da lei.

11. MEIO AMBIENTE

O art. 225 da CF/88 contempla o **direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.** Trata-se de um direito imaterial, coletivo, de terceira geração (dimensão), transindividual e com aplicabilidade imediata, pois a sua incidência não depende de regulamentação.

Neste aspecto, destaca-se, desde já, a **possibilidade de criação de deveres ambientais por simples ato regulamentar, desde que a norma secundária tenha fundamento de validade diretamente na Constituição, na aplicação direta do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ou em outro dispositivo da Lei Maior.**

Neste sentido, por exemplo, no julgamento da ADPF 101, **o STF validou vedação de importação de pneus usados de países que não integram o MERCOSUL, feita mediante atos regulamentares do CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente – e da Secretaria do Comércio Exterior.**

O direito fundamental em questão pode ser realizado por ações positivas ou negativas do Poder Público e de toda a coletividade, a partir de um desenvolvimento sustentável. Eis a redação do *caput* do art. 225 da CF/88:

> **Art. 225, CF/88 -** 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.

O §1º do art. 225 traz algumas **incumbências ao Poder Público para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**, a saber:

> **Art. 225, §1º, CF/88 - I** - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
> **II** - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
> **III** - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.

QUESTÃO DE CONCURSO

(FCC – 2022 – MPE-PE – Promotor de Justiça) Para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, incumbe ao Poder Público definir, em todas as unidades da federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.

Gabarito: CORRETO.

Sobre os espaços territoriais especialmente protegidos, o Código Florestal Brasileiro – Lei n.º 12.651/2012 – elenca as seguintes espécies: áreas de preservação permanente; apicuns e salgados; reserva legal; áreas verdes urbanas; áreas de uso restrito. Ademais, a Lei n.º 9.985/2000 – Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – contempla as unidades de conservação de proteção integral e as unidades de conservação de uso sustentável. Trata-se de tema a ser estudo no âmbito do Direito Ambiental.

Contudo, aqui vale uma observação: o inciso III menciona que **a alteração e a supressão de espaços territoriais especialmente protegidos somente é permitida por meio de lei,** não sendo possível, por exemplo, que ocorra mediante decreto ou medida provisória.

Assim, apenas a lei oriunda do Poder Legislativo da entidade política responsável pela criação do espaço ambiental protegido poderá: a) diminuir a sua dimensão; b) reduzir a proteção ambiental; c) extinguir o espaço protegido. **Mesmo que a área ambiental tenha sido instituída por um decreto, por exemplo, com as áreas de preservação permanente e as unidades de conservação, apenas a lei em sentido estrito poderá prejudicar a proteção.** A ideia é dificultar ao máximo o retrocesso na proteção ambiental.

> **Art. 225, IV, CF/88.** exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

A realização de determinadas atividades ou empreendimentos demanda a realização de estudos ambientais (avaliação de impacto ambiental), definida pela Resolução n.º 237/1997 do CONAMA como "todos e quaisquer estudos relativos aos aspectos ambientais relacionados à localização, instalação, operação e ampliação de uma atividade ou empreendimento, apresentado como subsídio para a análise da licença requerida" (art. 1º, III).

O estudo ambiental (ou avaliação de impacto ambiental) constitui um gênero, do qual tem como espécie mais complexa o Estudo de Impacto Ambiental/Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA).

Exige-se o EIA para a realização de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, sendo, por isso, necessário determinar os limites geográficos da área que será direta ou indiretamente afetada pelos impactos decorrentes da implementação do projeto. Tal afirmação já foi cobrada no concurso para Juiz Federal da 1ª Região, em 2009.

> **Art. 225, CF/88.**
> **V** - controlar 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;
> **VI -** promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;
> **VII** - proteger a fauna e a 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;

Sobre a proteção da fauna, registre-se que o STF considerou inconstitucional, com base na proteção do meio ambiente, as chamadas "brigas de galo", pois é vedado o tratamento cruel dos animais, tratando-se de uma visão biocêntrica do direito.

Ainda sobre o âmbito de proteção dos direitos dos animais, destaque-se que o STF considerou constitucional lei estadual que proíba a utilização de animais para testes de produtos cosméticos, mas a lei estadual, por outro lado, não pode proibir a comercialização de produtos que tenham sido desenvolvidos a partir de testes em animais. **Não havendo norma federal disciplinadora, é constitucional lei estadual que proíba a utilização de animais para desenvolvimento, experimento e teste de produtos cosméticos, higiene pessoal, perfumes, limpeza e seus componentes. É inconstitucional norma estadual que vede a comercialização de produtos desenvolvidos a partir de teste em animais, bem como a que determina que conste no rótulo informação acerca da não realização de testes em animais** (STF. Plenário. ADI 5995/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 28/5/2021, Info. 1019).

O STF afirmou, ainda, que **não afronta a competência legislativa da União o dispositivo de Constituição Estadual que proíbe a caça em seu respectivo território,** uma vez que o Estado-membro possui competência para tratar sobre o tema, nos termos do art. 23, VI e VII, e art. 24, VI, da CF/88, notadamente no que se refere à proteção do meio ambiente e da fauna (STF. Plenário. ADI 350/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 18/6/2021, Info. 1022).

Outro tema importante e bastante controvertido é o conflito entre o direito à liberdade religiosa e a proteção à vida animal, discutido no âmbito do STF no bojo do RE 494601/RS, de relatoria do Min. Marco Aurélio, em que se debatia sobre a possibilidade de lei estadual autorizar o sacrifício de animais em rituais de religiões de matriz africana. No âmbito da Suprema Corte, fixou-se a seguinte tese: **"É constitucional a lei de proteção animal que, a fim de resguardar a liberdade religiosa, permite o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana".**

Note-se que o STF, por mais de uma vez, decidiu que a vedação à crueldade contra os animais tem aplicabilidade imediata, independentemente de lei regulamentadora.

Outro caso foi o julgamento da ADI 4.983, em 6/10/2016, invalidando lei cearense que regulamentava a vaquejada, considerada inconstitucional por nela haver crueldade intrínseca. Ocorre que, no mesmo ano, foi publicada a Lei n.º 13.364/2016, elevando o Rodeio, a Vaquejada e as respectivas expressões artístico-culturais à condição de manifestações da cultura nacional e de patrimônio cultural imaterial.

Neste sentido, inclusive, a EC 96/2017 inseriu o §7º no art. 225 da CF/88, nos seguintes termos:

> **Art. 225, §7º, CF/88 - § 7º** Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, 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.
> **Art. 225, VIII, CF/88 - VIII** - manter regime fiscal favorecido para os biocombustíveis e para o hidrogênio de baixa emissão de carbono, na forma de lei complementar, a fim de assegurar-lhe 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 o art. 195, I, "b", IV e V, e o art. 239 e aos impostos a que se referem os arts. 155, II, e 156-A,

O inciso VIII foi alterado pela EC n.º 132/2023, merecendo atenção especial por se tratar de alteração recente, com probabilidade de ser cobrado em provas de concursos.

A Constituição contempla ainda previsão do **princípio do poluidor-pagador**, ao afirmar que **aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.**

Importante destacar, ainda, a previsão da responsabilidade por danos ambientais, nos termos do §3º do art. 225 da CF/88:

> **Art. 225, §3º, CF/88 - §3º** 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.

Da leitura do aludido preceito, verifica-se a previsão da responsabilidade penal, administrativa, bem como da responsabilidade civil pela ocorrência de danos ambientais. **Quanto à responsabilidade civil, a**

Constituição consagra a responsabilidade objetiva (independe de culpa ou dolo), aplicando-se a teoria do risco integral (não admite excludentes de responsabilidade, tais como caso fortuito, força maior, fato de terceiro ou culpa exclusiva da vítima).

ATENÇÃO

A responsabilidade civil por danos ambientais é objetiva, baseada na teoria do risco integral.

Ademais, os danos ambientais decorrentes de atividades consideradas lesivas ao meio ambiente deverão ser reparados pelos seus causadores, pessoas físicas ou jurídicas, sendo tal pretensão considerada imprescritível. Tal assertiva foi alvo de cobrança para o concurso de Promotor de Justiça Substituto do MPE-TO, elaborado pela CESPE/CEBRASPE, em 2022.

Ainda nesta temática, destacam-se três previsões constitucionais que já foram cobradas em provas de concursos públicos, seja nas provas de Direito Constitucional ou nas provas de Direito Ambiental:

a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônios nacionais, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. Nesse contexto, o candidato deve ter atenção para que a previsão constitucional não contempla a caatinga nem o cerrado;

são indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais;

as usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

Por fim, duas importantes decisões no âmbito das competências legislativas em matéria relacionada à proteção do meio ambiente e à saúde:

> **Info. 1093, STF** - É constitucional — por dispor sobre a proteção do meio ambiente e a proteção e defesa da saúde, matérias de competência legislativa concorrente entre a União, estados e DF (CF/1988, art. 24, VI e XII), e estabelecer restrição necessária, adequada e proporcional no âmbito de sua competência suplementar e nos limites de seu interesse local (CF/1988, art. 30, I e II) — lei municipal que veda a soltura de fogos de artifício e artefatos pirotécnicos produtores de estampidos. [101]
> **Info. 1073, STF** - É constitucional – formal e materialmente – lei municipal que obriga à substituição de sacos e sacolas plásticos por sacos e sacolas biodegradáveis. [102]
> Os municípios — no limite de seu interesse local e desde que em harmonia com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados — possuem competência para legislar sobre meio ambiente, e, caso sua regulamentação seja mais protetiva, pode ter prevalência sobre a legislação federal ou estadual.

[101] Disponível em:

https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1093.pdf

[102] Disponível em:

https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1073.pdf

12. FAMÍLIA, CRIANÇA, ADOLESCENTE, JOVEM E IDOSO

12.1. Família

A Constituição Federal de 1988 confere especial proteção à família, já que se trata de base da sociedade. Exemplo dessa proteção é vista na regra que estabelece a gratuidade da celebração do casamento civil ou na conferência de efeito civil ao casamento religioso.

Em relação ao casamento religioso, diante da laicidade estatal, deve-se prezar pelo tratamento isonômico a todas as crenças religiosas, de modo que deve ser atribuído efeito civil ao casamento religioso celebrado por qualquer religião, desde que preenchidos os requisitos previstos em lei (art. 1.515 e 1.516 do Código Civil).

Frise-se que as igrejas não são obrigadas a celebrar casamentos contrários aos seus dogmas religiosos, à sua fé, devendo os nubentes cumprir os requisitos estabelecidos pela própria igreja na qual desejam se casar. Assim, uma igreja ou um líder religioso que porventura afirme que a homoafetividade é pecado (por mais que se discorde desta afirmação) não pode ser obrigado a celebrar um casamento homoafetivo, nem mesmo por lei ou por ordem judicial.

O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

Para além do casamento, contudo, a CF/88 confere proteção também à união estável, que deve ser reconhecida como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento. Registre-se que, não obstante o texto constitucional fazer referência à união estável entre homem e mulher, **o STF realiza uma correta leitura extensiva, a fim de reconhecer a união homoafetiva também como entidade familiar.**

Deve ser reconhecida como entidade familiar, ainda, a comunidade formada por qualquer dos pais e os seus descendentes.

Importante tema no âmbito das regras constitucionais relacionadas à família é o planejamento familiar. O §7º do art. 226 da CF/88 afirma:

> **Art. 226, § 7º.** Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, 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.

Ademais, 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.

Deve-se ressaltar também que a CF/88 consagra de forma expressa o **princípio da igualdade nas relações familiares**, ao estabelecer que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, estabelecendo a igualdade entre eles (art. 226, §5º da CF/88).

Com a evolução do pensamento crítico e o desenvolvimento das relações sociais na sociedade contemporânea, o Direito, como ciência social aplicada, deve acompanhar as diversas "espécies de famílias" que vêm sendo constituídas e merecem igual atenção e respeito por parte do Estado e dos particulares.

Eduardo dos Santos (2022, p. 1298-1307) apresenta cada uma das modalidades (ou espécies) de famílias, abaixo elencadas:

a) Família Matrimonial: trata-se da família formada pelo casamento. O casamento, civil ou religioso, pode ser celebrado entre pessoas do sexo distinto (casamento heteroafetivo) ou entre pessoas do mesmo sexo (casamento homoafetivo);

b) Família Informal: trata-se da família formada pela união estável, reconhecida pelo art. 226, §3º da CF/88. O termo "informal" para esse modelo de família merece críticas, já que não há que se conferir diferenças entre família formada pelo casamento e família constituída pela união estável;

c) Família Homoafetiva: é formada pelo casamento ou pela união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Em 2011, o STF, ao julgar a ADPF 132 e a ADI 4277, conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 226, §3º da CF/88, para entender que o texto constitucional atribuiu os mesmos direitos da união estável heteroafetiva à união estável homoafetiva. Não há, assim, diferença de regime jurídico.

A partir de então, os Tribunais de Justiça passaram a admitir a conversão das uniões estáveis homoafetivas em casamento civil.

Posteriormente, em 2012, no julgamento do REsp 1.183.378, o STJ, fundamentado na decisão do STF, reconheceu que a CF/88 não consagrou apenas a união estável entre pessoas do mesmo sexo, mas, também, a possibilidade de as famílias homoafetivas formarem-se pelo casamento civil (igualmente às famílias heteroafetivas), sendo-lhes reconhecida a habilitação direta para o casamento, sem necessidade de formalização prévia de união estável.

d) Família Monoparental: formada por um dos pais e os seus descendentes, nos termos do art. 226, §4º, da CF/88;

e) Família Paralela ou Simultânea: trata-se de família constituída paralelamente a outra. Historicamente tratada de forma pejorativa, nominada como "concubinato", trata-se de uma realidade social que deve ser encarada como fenômeno jurídico, merecendo, portanto, efeitos positivos na esfera jurídica.

Independente de se tratar de uma relação movida pela boa-fé ou pela má-fé, o companheirismo (nome que se considera mais apropriado) deve ser reconhecido como entidade familiar.

Eduardo dos Santos lembra que "os tribunais superiores ainda não reconhecem a existência das famílias paralelas, negando-lhes o reconhecimento como entidade familiar, bem como os direitos civis, familiares e sucessórios" (2022, p. 1.301). O autor registra, contudo, evolução, ainda que tímida, na jurisprudência acerca da matéria.

Podem ser destacados os seguintes entendimentos:

- precedentes na Justiça Federal que, mesmo sem reconhecer a família paralela como entidade familiar, determinaram a partilha do benefício previdenciário do *de cujus* quando comprovada a boa-fé da companheira, ou seja, quando não havia conhecimento da relação oficial do *de cujus*;
- o STJ já reconheceu prestação de alimentos à companheira da relação paralela em razão da dissolução da relação que, no caso, perdurou por mais de 40 anos;
- a 8ª Câmara Cível do TJ-RS, no final de 2020, reconheceu união estável concomitante ao casamento e admitiu a partilha de bens eventualmente adquiridos durante a relação extraconjugal.

f) Família Poliafetiva: formada pela união afetiva de mais de duas pessoas (três ou mais pessoas). Frise-se que, no Brasil, os tribunais não reconhecem a família poliafetiva;

g) Família Parental ou Anaparental: aqui, verifica-se a convivência entre parentes ou mesmo entre pessoas que não são parentes, que possuem vínculo afetivo e animus de ser e conviver como família, com identidade de propósitos;

h) Família Composta, Pluriparental ou Mosaico: é constituída por casais em que um ou ambos os companheiros (ou cônjuges) é egresso de relações (uniões ou casamentos) anteriores, trazendo para a nova família os filhos das suas relações anteriores e, muitas vezes, possuindo filhos em comum;

i) Família Natural: formada pelos pais ou qualquer deles e os seus descendentes, relacionando-se com o conceito de família biológica;

j) Família Extensa ou Ampliada: estende-se para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade;

k) Família Substituta: é aquela que substitui a família biológica de uma criança ou adolescente, caso esta não possa, não consiga ou não queira cuidar deste filho. Quando ocorre a adoção, a família substituta pode ocupar o papel da família biológica de forma definitiva. Nos casos de guarda e tutela, a família substituta pode ocupar o papel da família biológica de forma transitória;

l) Família Eudemonista: é aquela que busca a realização plena de seus membros, caracterizando-se pela comunhão de afeto recíproco, lealdade, companheirismo, consideração e respeito mútuos entre os membros que a compõe, independente de vínculo biológico.

12.2. Criança, Adolescente e Jovem

O art. 227 da CF/88 estabelece que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, 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.

A Constituição consagra a **doutrina da proteção integral.** Neste sentido, estabelece que o Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

> **Art. 227, CF/88 –** (...)
> **I** - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;
> **II** - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas com deficiência.

Ademais, o §3º do art. 227 prevê o **direito à proteção especial,** nos seguintes termos:

> **Art. 227, § 3º, CF/88 –**
> **§3º** O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

> **I** - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;
> **II** - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;
> **III** - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola;
> **IV** - 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;
> **V** - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;
> **VI** - 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;
> **VII -** programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.

O §4º do art. 227 da CF/88 prevê um mandamento constitucional de criminalização, ao estabelecer que a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Em relação à adoção, a CF/88 prevê que deverá ser assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

No que se refere aos filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

No atendimento aos direitos da criança e do adolescente, serão levadas em consideração as ações governamentais na área da assistência social, tratadas no art. 204 da CF/88, abaixo transcrito:

> **Art. 204, CF/88 -** As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:
> **I** - 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;
> **II** - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.
> **Parágrafo único.** É facultado 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:
> **I -** despesas com pessoal e encargos sociais;
> **II** - serviço da dívida;
> **III** - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.

Nesse ponto, importante realizar a seguinte observação:

O inciso II do art. 204 da CF/88 previu a participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis como diretriz das ações governamentais na área da assistência social.

O ECA previu no art. 88, II, como diretriz da política de atendimento, a "criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais".

Em nível federal, a Lei n.º 8.242/91 criou o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), contemplando, dentre outras competências, a de zelar pela aplicação da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente e gerir o Fundo Nacional para crianças e adolescentes. Na sua composição, a lei previu a participação de representantes do Poder Executivo, sendo assegurada a participação dos órgãos executores das políticas sociais básicas na área de ação social, justiça, educação, saúde, economia, trabalho e previdência social e, em igual número, por representantes de entidades não-governamentais de âmbito nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente.

Em 2019, o Presidente da República editou o Decreto n.º 10.003, alterando as normas sobre a constituição e o funcionamento do CONANDA, além de terem sido destituídos membros do Conselho no curso dos seus mandatos. O PGR ajuizou ADPF contra o Decreto. **O STF decidiu que as regras do aludido Decreto contrariam norma constitucional expressa, que exige a participação, e colocam em risco a proteção integral e prioritária da infância e da juventude, no caso o art. 204, II e 227, §7º da CF/88. Ademais, o decreto ofende o princípio da legalidade ao desrespeitar as normas que regem o Conselho e, ao procurar modificar o funcionamento do CONANDA mediante decreto, quando necessária lei, exclui a presença do Congresso Nacional em debate de extrema relevância para o País.**

ATENÇÃO

São incompatíveis com a Constituição Federal as regras previstas no Decreto n.º 10.003/2019, que, a pretexto de regular o funcionamento do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente (CONANDA), frustram a participação das entidades da sociedade civil na formulação e no controle da execução de políticas públicas em favor de crianças e adolescentes.

Não bastasse isso, essas normas violam o princípio da legalidade (STF. Plenário. ADPF 622/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 27/2/2021, Info. 1007).

Em relação aos jovens, a Constituição Federal prevê que a lei estabelecerá:

- o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens;
- o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das diversas esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

O art. 229 da CF/88 consagra o **princípio da solidariedade e reciprocidade nas relações familiares,** ao prever que 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 e enfermidade.

Por fim, a CF/88 afirma que **são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.** Vê-se, assim, que a inimputabilidade penal da criança e do adolescente é matéria constitucional.

12.3. Idoso

Sobre os idosos, destaca-se o art. 230 da CF/88:

> **Art. 230, CF/88** - 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.
> **§ 1º** Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.
> **§ 2º** Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos

urbanos.

Nesse aspecto, destaca-se o **Estatuto do Idoso,** que considera idosas as pessoas com idade igual ou superior a 60 anos e que traz diversas regras protetivas, recomendando-se a sua leitura atenta para as provas de concursos públicos que contemplem a sua cobrança em edital.

13. ÍNDIOS

A primeira Constituição a prever proteção aos povos indígenas foi a CF/1934, que os denominou pejorativamente de silvícolas, expressão utilizada pelas Constituições posteriores, vindo a ser substituída apenas em 1988, que passou a empregar o termo "índios".

Trata-se de povos originários da América, os quais têm reconhecido pela Constituição Federal de 1988 o **princípio da proteção da identidade** e o **direito à diferença dos povos indígenas.**

O *caput* do art. 231 assim prevê:

> **Art. 231, CF/88 -** São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Vale lembrar que a CF/88 traz, em seu art. 22, XIV da CF/88, que **é competência privativa da União legislar sobre populações indígenas.**

Registrem-se ainda outros dois dispositivos constitucionais que reforçam o reconhecimento do direito à diferença dos povos indígenas: art. 210, §2º e art. 215, §1º da CF/88.

> **Art. 210, §2º, CF/88 -** O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.
>
> **Art. 215, § 1º, CF/88 -** O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

A Constituição Federal contempla importantes **disposições referentes às terras indígenas.**

Conforme o art. 20, XI da CF/88, **as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas são bens da União.**

O art. 231, §1º da CF/88 afirma que **são terras tradicionalmente ocupadas pelas populações indígenas as por elas habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.**

Frise-se que, embora sejam bens da União, **as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes**, sendo compreendida, por alguns autores, como bens públicos de uso especial.

Conforme §3º do art. 231 da CF/88, **o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivadas com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.**

Ademais, **as terras tradicionalmente ocupadas pelos povps indígenas são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.**

Frise-se, contudo, que se a terra já foi habitada pelos indígenas , mas o aldeamento estava extinto quando da promulgação da CF/88, ela não será considerada terra indígena.

Neste sentido, importante destacar a Súmula n.º 650 do STF:

> **Súmula n.º 650, STF -** Os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto.

Aqui, o candidato deve estar atento à questão do marco temporal e a demarcação de terras indígenas.

O STF já firmou entendimento, no RMS 29.087, no sentido de que **somente são reconhecidos aos indígenas os direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupem se a área estiver habitada por eles na data da promulgação da CF/88 (marco temporal) e, complementarmente, se houver a efetiva relação destes com a terra (marco da tradicionalidade da ocupação).**

Já foi visto que o art. 231 da CF/88 estabelece que a União tem o dever de demarcar as terras indígenas. O art. 67 da ADCT, por sua vez, estabeleceu o prazo de cinco anos para a conclusão de tal demarcação, contados a partir da promulgação da Constituição.

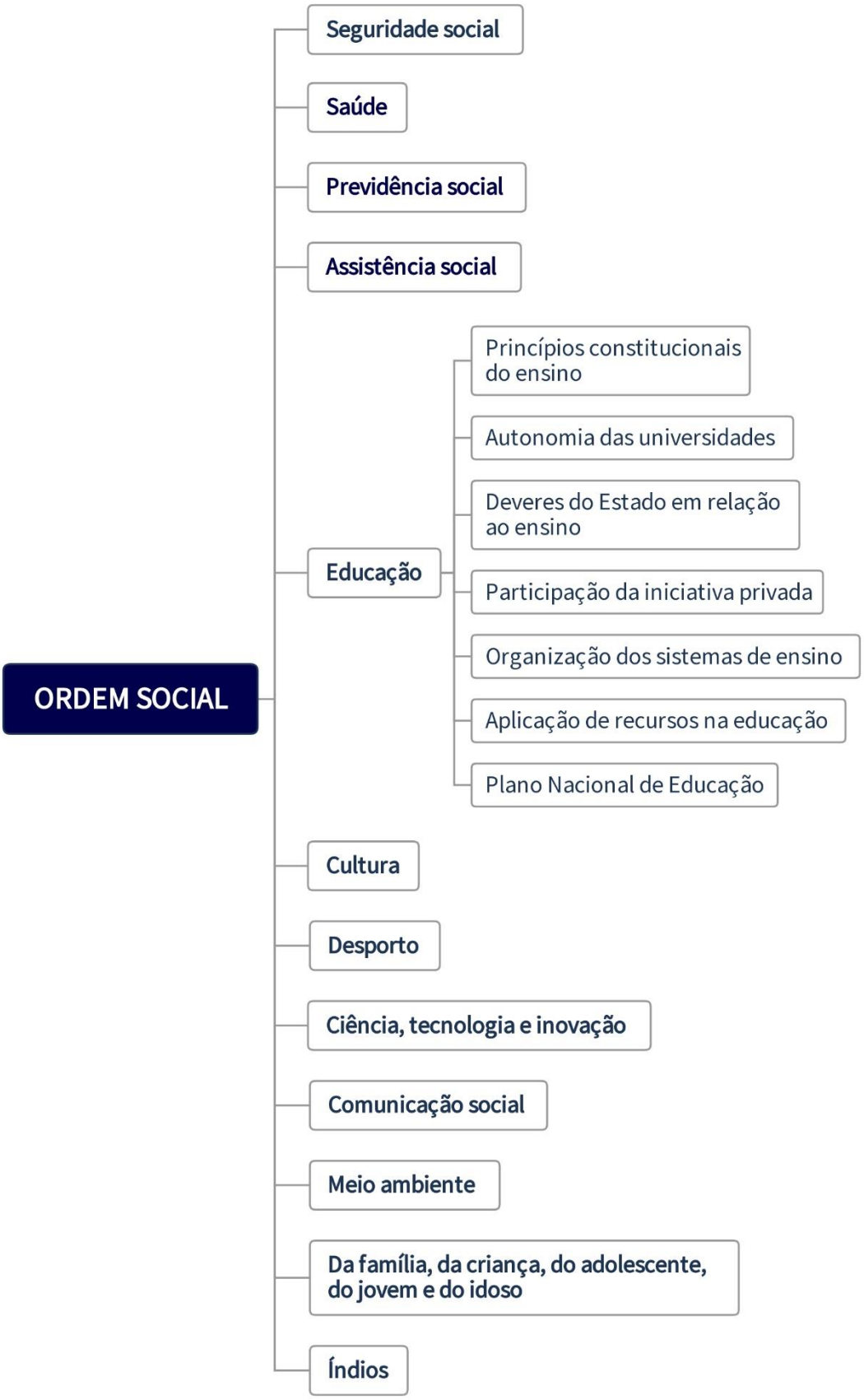
O processo de demarcação de uma terra indígena é regulamentado pelo Decreto n.º 1775/1996, e passa por cinco fases, sendo elas: (I) identificação da área por meio de estudo antropológico, cujas conclusões são publicadas pela FUNAI, abrindo-se a oportunidade de exercício do contraditório e contestação dos resultados por parte dos interessados; (II) declaração da posse permanente, por portaria do Ministério da Justiça; (III) demarcação física, in loco; (IV) homologação da demarcação por meio de decreto do Presidente da República; (V) registro imobiliário. Trata-se, assim, de um processo complexo e que perdura por anos.

Tramitam no STF algumas ações relacionadas a processos de demarcação de terras indígenas, diante da inércia da União. Neste sentido, o STF, voltando-se à proteção dos direitos dos índios e das terras indígenas, assentou:

ATENÇÃO

A não homologação das demarcações dessas terras deriva de inércia deliberada do Poder Público, em afronta ao direito originário dos índios.

Ao afastar a proteção territorial em terras não homologadas, a FUNAI sinaliza a invasores que a União se absterá de combater atuações irregulares em tais áreas, o que pode constituir um convite à invasão de terras que são sabidamente cobiçadas por grileiros e madeireiros, bem como a prática de ilícitos de toda ordem. Além disso, a suspensão da proteção territorial abre caminho para que terceiros passem a ali transitar, o que põe em risco a saúde dessas comunidades, expondo-as a eventual contágio por COVID-19 e outras enfermidades (STF, Plenário. ADPF 709-MC-segunda-Ref/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, julgados em 25/02/2022, Info 1045).


ORDEM SOCIAL
Seguridade social
Saúde
Previdência social
Assistência social
Educação
Princípios constitucionais do ensino
Autonomia das universidades
Deveres do Estado em relação ao ensino
Participação da iniciativa privada
Organização dos sistemas de ensino
Aplicação de recursos na educação
Plano Nacional de Educação
Cultura
Desporto
Ciência, tecnologia e inovação
Comunicação social
Meio ambiente
Da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso
Índios

ÍNDEX

Súmulas Vinculantes

Súmula Vinculante n.º 3, STF

Súmula Vinculante n.º 5, STF

Súmula Vinculante n.º 6, STF

Súmula Vinculante n.º 10, STF

Súmula Vinculante n.º 12/STF

Súmula Vinculante n.º 14, STF

Súmula Vinculante n.º 18, STF

Súmula Vinculante n.º 19, STF

Súmula Vinculante n.º 21, STF

Súmula Vinculante n.º 22, STF

Súmula Vinculante n.º 25, STF

Súmula Vinculante n.º 28, STF

Súmula Vinculante n.º 29, STF

Súmula Vinculante n.º 39, STF

Súmula Vinculante n.º 40, STF

Súmula Vinculante n.º 41, STF

Súmula Vinculante n.º 44, STF

Súmula Vinculante n.º 45, STF

Súmula Vinculante n.º 46, STF

Súmula Vinculante n.º 49, STF

Súmula Vinculante n.º 50, STF

Súmula Vinculante n.º 52, STF

Súmula Vinculante n.º 57, STF

Informativos

Informativo 657, STF

Informativo 775, STF

Informativo 859, STF

Informativo 863, STF

Informativo 939 , STF

Informativo 944, STF

Informativo 946, STF

Informativo 959, STF

Informativo 970 , STF

Informativo 1000, STF

Informativo 1005, STF

Informativo 1007 , STF

Informativo 1008, STF

Informativo 1012 , STF

Informativo 1013, STF

Informativo 1014 , STF

Informativo 1016 , STF

Informativo 1018, STF

Informativo 1021 , STF

Informativo 1025, STF

Informativo 1026, STF

Informativo 1027 , STF

Informativo 1028 , STF

Informativo 1030 , STF

Informativo 1031, STF

Informativo 1035, STF

Informativo 1038, STF

Informativo 1043, STF

Informativo 1044, STF

Informativo 1045, STF

Informativo 1051, STF

Informativo 1053 , STF

Informativo 1054, STF

Informativo 1059, STF

Informativo 1.070 , STF

Informativo 1072 , STF

Informativo 1073 , STF

Informativo 1081 , STF

Informativo 1082 , STF

Informativo 1084 , STF

Informativo 1088, STF

Informativo 1089, STF

Informativo 1090 , STF

Informativo 1091, STF

Informativo 1093 , STF

Informativo 1096 , STF

Informativo 1097 , STF

Informativo 1098, STF

Informativo 1104, STF

Súmulas

Súmula 19, STJ

Súmula 67, TSE

Súmula 208 do STJ

Súmula 209 do STJ

Súmula n.º 272, STF

Súmula n.º 299, STF

Súmula 347 do STF

Súmula n.º 392, STF

Súmula n.º 473, STF

Súmula n.º 513, STF

Súmula n.º 595, STF

Súmula 606, STF

Súmula n.º 626, STF

Súmula n.º 627, STF

Súmula n.º 628, STJ

Súmula n.º 629, STF

Súmula n. º 631, STF

Súmula n.º 632, STF

Súmula 637, STF

Súmula n.º 640, STF

Súmula n.º 642, STF

Súmula 649, STF

Súmula n.º 650/STF

Súmula n.º 654, STF

Súmula n.º 667, STF

Súmula n.º 683, STF

Súmula 691, STF

Súmula 692, STF

Súmula 693, STF

Súmula 694, STF

Súmula 695, STF

Súmula n. º 701, STF

Súmula 702, STF

Súmula n.º 730, STF

Leis

ADCT

Constituição Federal de 1988

Constituição de 1946

CPC/15

CPP

EC nº 97/2017

EC 109/21

Emenda Constitucional de 1969

Emenda Constitucional 132/2023

Lei n.º 1.579/1952

Lei n.º 4.717/65

Lei n.º 8.742/93

Lei n.º 9.504/97

Lei n.º 9.507/97

Lei n.° 9,610/98

Lei nº 9.868/99

Lei nº 9.882/99

Lei n.º 10.001/2000

Lei nº 10.016/09

Lei n.º 10.168/2000

Lei n.º 12.016/09

Lei n.º 12.965

Lei n.º 13.300/2016

Lei n.° 13.448/2017

Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADI 2.076/AC, STF

ADI 4.709/DF, STF

ADI 5.357 , STF

ADI 5.540, STF

ADI 5.545/RJ, STF

ADI 5.619, STF

ADI 6.327/DF

Arguição de descumprimento de preceito fundamental

ADPF 336/DF

ADPF 548, STF

ADPF 622 MC/DF, STF

ADPF 706, STF

ADPF 764/CE, STF

ADPF 863, STF

ADPF 713, STF

Recursos Extraordinários

RE 402.717, STF

RE 414.426, STF

RE 597.854, STF

RE 603.583, STF

RE 738.481/SE, STF

RE 1.008.166, STF

RE 1.348.854/DF

RE 1.297.884

Recursos Especiais

REsp 1.391.263/SP , STJ

REsp 1.859.665

Temas e Teses

Tema 832, STF

Tema 988, STF

Tema 1.074 , STF

Tema 1.140

Tema 1.182

Tese 400, STF

Tese 559, STF

Tese 1.033, STF

Agravo de Instrumento

AI 386.820 AgR-ED-EDv-AgR, STF

Mandado de Segurança

MS 22.164, STF

Recurso Ordinário em Mandado de Segurança

RMS 61.302

Dispositivos

Convenção Americana de Direitos Humanos

Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948

Estatuto de Roma

Protocolo de San Salvador

Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

Regimento Interno do CNJ

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático**. Revista De Direito Administrativo, 217, 55–66., 1999.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMADO, Frederico. **Direito Ambiental**. 10ª ed. São Paulo: Ed. Juspodivm, 2022.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasi**l. *In:* BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro: Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BARROSO, Luis Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo**. Estado de Coisas Inconstitucional**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Metodologia Fuzzy e os camaleões normativos na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais.** *In:* Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora. 2004, p. 97-114.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CRUZ, Gabriel Dias Marques da. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: lineamentos básicos e revisão crítica no direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

CUNHA JR., Dirley da**. Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019.

CUNHA JR., Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática.** Salvador: Ed. Juspodivm, 2022..

FAJARDO, Raquel Yrigoyen**. *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la desconolonización*.** In: El derecho em América Latina. Cesar Rodriguez Garavito (org.). Beunos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, pp. 139-160.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves**. Curso de Direito Constitucional.** 12ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introduçao ao Direito Processual Constitucional.** Porto Alegra: Síntese, 1999.

HABERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. **A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional.** Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** Tradução: Inês Al. Lohbauer. São Paulo: Martin Claret, 2018.

LANDAU, David. **Abusive Constitucionalism.** UC Davis Law Review, Estados Unidos, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013.

LASSALE, Ferdinand. **O Que é uma Constituição?** São Paulo: CL Edijur, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 25ª. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución.** Barcelona: Editorial Ariel, 2018.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional.** 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos.** 7.ed. rev., atual., ampliada.

MENDES, Gilmar e BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Ed. Saraiva, 8ª ed., 2013.

MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do Direito Constitucional.** Trad. Peter Naumann. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NÁPOLI, Édem. **Direito Constitucional na medida certa para concursos.** 10ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2022.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica.** 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional.** 10. ed. rev.amp.atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

NUNES JR., Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional.** 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito constitucional descomplicado. 16. ed. São Paulo: Método, 2017.

POST, Robert. SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo Democrático: Por uma reconciliación entre Constitución y pueblo.** Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013.

SAMPAIO, Nelson de Souza. **O processo legislativo.** 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SANTOS, Eduardo do. **Manual de Direito Constitucional.** 2ª ed. São Paulo: Ed. Juspodivm, 2022.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.** Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>. Acesso em: 12 jul. 2022.

SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 29ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 7. ed. São Paulo: Malheiros,2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional.** 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil. *Ley, derechos, justicia.*** Trad. de Marina Gascón. 3ª ed. Madrid: Editorial Trotta S.A., 1999.